

FRANCESCO GRAZIADEI,  
GIUSEPPE RIZZO, ANDREA STAZI

## RETI E CONTENUTI NELLA PROSPETTIVA DELLA CONVERGENZA: SCENARI ED OPZIONI APERTE DALLO SVILUPPO DEL DIGITALE

**SOMMARIO:** Premessa. — I. Il mercato e la concorrenza. — 1. Le reti. Nuove regole per una nuova catena del valore. — 1.1. Concorrenza « nella rete ». — 1.2 L'accesso alla rete. — 1.3. Concorrenza fra reti. — 2. L'accesso ai contenuti. — II. La comunicazione digitale interattiva: il problema della tutela dei contenuti sulle reti di comunicazione elettronica. — 1. Accesso ai contenuti nelle comunicazioni elettroniche digitali ed istanze di tutela dell'opera dell'ingegno. — 2. La « doppia via » praticabile: modalità di fruizione dei contenuti « aperte » e tutela proprietaria « forte ». — 3. Il ruolo fondamentale del Digital Rights Management e di una regolazione flessibile. — III. La comunicazione elettronica delle informazioni, la loro utilizzazione commerciale e le esigenze di tutela della privacy e sicurezza dei dati. — 1. Le misure di sicurezza richieste per il trattamento di dati con strumenti elettronici dal nuovo Codice per la tutela della privacy. — 2. Le « misure minime di sicurezza » del Codice privacy sono sufficienti ed effettivamente praticabili nel contesto delle comunicazioni elettroniche? — IV. Conclusioni.

### PREMESSA.

**D**i qui a pochi anni sarà completato il cammino di integrazione dei media, che darà luogo ad un articolato, ed al contempo semplice, sistema globale di produzione, archiviazione, distribuzione e consumo delle informazioni, destinate a viaggiare rapidamente ed in formati compatibili su reti a larga banda, via cavo o via etere.

La c.d. « convergenza », ovvero, secondo l'accezione comune, la capacità di differenti piattaforme di rete di gestire servizi di tipo fondamentalmente simile, rappresenta in sostanza una vera e propria rivoluzione, resa possibile dalla tecnologia numerica ed in grado, grazie ad essa, di rendere omogenei, e quindi veicolabili sugli stessi canali, servizi o contenuti

\* Osservatorio di Proprietà Intellettuale, Concorrenza e Comunicazioni, Università LUISS Guido Carli, Roma.

\*\* Sebbene il lavoro sia il frutto di una riflessione comune degli autori, a Francesco Graziadei vanno attribuiti la Premessa ed i parr. I e IV, a Giuseppe Rizzo il par. II, ad Andrea Stazi il par. III. Si ringrazia il Prof. Gustavo Ghidini per i preziosi consigli forniti, e il costante stimolo nell'inquadramento delle problematiche.

sa ed i parr. I e IV, a Giuseppe Rizzo il par. II, ad Andrea Stazi il par. III. Si ringrazia il Prof. Gustavo Ghidini per i preziosi consigli forniti, e il costante stimolo nell'inquadramento delle problematiche.

storicamente appartenenti a mondi diversi: quello della telefonia, della televisione e del personal computer. Lo sviluppo della tecnologia digitale rende possibile infatti trasformare immagini in movimento, testi o suoni in bit, e renderli percepibili immediatamente da tutti i mezzi di comunicazione già presenti sul mercato.

Questo, da un lato — vale a dire rispetto all'universo dei consumatori — porterà ad una sempre maggiore interoperabilità fra i mezzi di comunicazione, connotata inoltre da una sempre maggiore interattività tra utente e strumento trasmissivo. Dall'altro, implicherà senz'altro conseguenze altrettanto radicali anche sul versante delle imprese coinvolte nel nuovo processo di sviluppo.

Già il processo di liberalizzazione e di apertura del mercato mondiale delle telecomunicazioni ha prodotto benefici « a cascata » per tutti gli interessati: sia per i consumatori, che hanno goduto via via di prezzi più bassi e servizi migliori, ma anche, su scala esponenziale, per il mondo dell'industria, che ne ha ricavato nuove cospicue fonti di attività.

Con l'avvicinarsi della svolta del digitale e della convergenza tra i diversi mezzi di comunicazione su una medesima piattaforma, si profila, poi, una potente spinta « espansiva » del mercato verso una tendenziale frammentazione del panorama degli operatori, con esaltazione dei loro diversi ruoli e prestazioni.

In un contesto nel quale i contenuti, resi interamente digitali, possono essere distribuiti tramite una qualsiasi rete di trasmissione digitale di dati avente una banda sufficientemente ampia, risultano principalmente due le tipologie fondamentali di attori che cooperano, e allo stesso tempo competono, sul piano dell'offerta: da un lato i fornitori di accesso, e dall'altro i fornitori di contenuto, così distinguendo le infrastrutture di trasporto dalle imprese che si occupano di programmi, i *carriers* dai *packagers* e così via: con il conseguente profilarsi di una vera e propria nuova catena del valore del settore comunicazione ed un possibile aumento dei soggetti in esso operanti.

È evidente che, sul piano della formazione del potere di mercato da parte di ciascuna impresa, la convergenza potrà avere un impatto assai rilevante, il che rende alquanto delicato il ruolo delle autorità di regolamentazione (comunitarie e nazionali, secondo le rispettive attribuzioni) nella definizione dei mercati rilevanti come primo passo per l'eventuale imposizione di obblighi *ex ante*<sup>1</sup>. Da un lato, difatti, una convergenza effettiva (caratterizzata da elevata sostituibilità tra reti e servizi) può ampliare il mercato di riferimento e così stemperare il potere di mercato di cui l'operatore semmai dispone qualora si consideri un contesto più ristretto. Dall'altro la convergenza, consentendo all'operatore di ampliare il proprio *business* oltre i confini entro i quali era precedentemente e tradizionalmente circoscritto potrebbe — al contrario — gettare le premesse perché chi ha già acquisito posizioni di forza in un determinato mercato le estenda anche ad altri nuovi e convergenti settori.

---

<sup>1</sup> Secondo i principi e le procedure che governano l'intervento della *Sector Specific regulation* ai sensi del nuovo fra-

*mework* sulle comunicazioni elettroniche, per il quale vedi diffusamente, *infra*, par. I.

Là dove, invece, fra servizi e reti che si assumono convergenti permangono difficili condizioni di sostituzione sia dal lato della domanda che da quello dell'offerta, dovrà escludersi che il potere di mercato di un operatore possa essere compresso o comunque condizionato da una temuta concorrenza di differenti ma « convergenti » servizi o piattaforme<sup>2</sup>.

Unitamente ai problemi, invero assai complessi, legati alla competizione dei *players* sui mercati che vanno così delineandosi, il mutato assetto tecnologico, in continua ed inarrestabile evoluzione, sembra idoneo ad incidere sensibilmente sulla stessa disciplina della proprietà intellettuale, con particolare riferimento al diritto d'autore. La legislazione di settore, infatti, è nata in ambiente — per così dire — analogico, ed è stata modellata (dai legislatori, dalla dottrina e dalla giurisprudenza) in base al paradigma della strettissima compenetrazione di *corpus mysticum*, opera intellettuale, e *corpus mechanicum*, supporto materiale della stessa. Uno schema la cui tenuta, ad oggi, è messa a durissima prova dal flusso inarrestabile delle informazioni trasformate in codice binario.

Analogamente, inoltre, tale flusso di dati e informazioni digitalizzate e diffuse in modalità sempre più « multiplatforma » e « multicanale » grazie alle descritte innovazioni tecnologiche, può dar luogo, su un ulteriore versante, ad un possibile aumento delle minacce alla sicurezza di tali dati, e quindi, in ultima analisi, al diritto alla riservatezza (*privacy*) dell'individuo. Ove ciò avvenga, potrebbe profilarsi una riduzione della propensione soggettiva dei potenziali fruitori all'utilizzo dei nuovi mezzi di comunicazione elettronica (come sembrano annunciare, ad esempio, i fastidi derivanti dal fenomeno dello *spamming*, oppure le difficoltà riscontratesi, sempre in ordine alla tutela della *privacy*, nello sviluppo dell'« *e-commerce* »).

## I. IL MERCATO. COMPETIZIONE E COOPERAZIONE. FORNITORI DI ACCESSO E FORNITORI DI CONTENUTI.

### 1. RETI E CONTENUTI DIGITALI. NUOVE REGOLE PER UNA NUOVA CATENA DEL VALORE.

Nella nuova era dei media digitali assistiamo — come detto — ad una vera e propria rivoluzione rispetto alla realtà precedente, fatta di mercati e settori ben definiti e consolidati nel tempo. Ci confrontiamo con una destrutturazione e ristrutturazione di mercati e settori che avviene secondo nuove logiche, nuovi, ruoli, funzioni, operatori ecc. Vediamo ora più da vicino, anche alla luce del dibattito che ha accompagnato la predisposizione del nuovo quadro regolamentare comunitario sulle comunicazioni elettroniche, come cambia lo scenario.

<sup>2</sup> In tal senso, si veda la relazione alla « Raccomandazione della Commissione dell'11 febbraio 2003 relativa ai mercati rilevanti di prodotti e servizi delle comunicazioni elettroniche suscettibili di una regola-

zione *ex ante* ai sensi della direttiva 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti e i servizi di comunicazione elettronica », C(2003) 497.

Con lo sviluppo dei media digitali, la catena del prodotto evolve verso forme di articolazione (fornitura di contenuti, di programmi, trasmissione e diffusione etc.) più complesse di quelle che hanno sinora caratterizzato i contenuti analogici<sup>3</sup>. Orbene, rispetto al nuovo contesto occorre chiedersi quali sono e saranno le possibili forme di integrazione e, conseguentemente, gli snodi sui quali si giocherà la competizione o cooperazione tra reti e contenuti. Ad ogni attività potrebbero corrispondere operatori differenti, così come potrebbero affermarsi, al contrario, modelli di integrazione verticale assoluta che copra ogni fase della catena del valore. È probabile però che si assista a forme di integrazione verticale che riguardino solo alcune attività e perciò siano caratterizzate da una certa « specializzazione » degli operatori<sup>4</sup>.

Quanto agli interventi regolatori, questi da tempo cercano di adeguarsi ai nuovi contesti tecnologici e di mercato, come emerge in primo luogo dall'azione comunitaria<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Più specificamente, può individuarsi un segmento della filiera produttiva relativo alla fornitura del contenuto (produzioni di audiovisivo, cessione di diritti televisivi), un altro riguardante la fornitura del programma (articolazione del palinsesto e in genere dei vari contenuti disponibili, inclusi i servizi interattivi). Ancora, specie nelle reti televisive, vi sarà una fase relativa al « multiplexaggio » (vale a dire l'inserimento di più programmi in un unico « contenitore » di diffusione costituito da un blocco di dati, il *multiplex*), e alla gestione dell'*Electronic Program Guide* (EPG), nonché — specie in presenza di una offerta televisiva ad elevata interattività — all'elaborazione del software dell'*Application Program Interface* (API). Entreranno poi in gioco le fasi di trasmissione del segnale (dal fornitore del programma a chi ne gestisca la distribuzione e da quest'ultimo ai vari snodi della sua rete ed, in alcuni casi, all'utente finale) ed eventualmente di diffusione (là dove sia contemplata una irradiazione punto — multipunto). Vi sarà infine il segmento relativo alla produzione dei *set top boxes* ed altri terminali. Oltre a tali fasi, sono da aggiungere quelle specifiche di una offerta di contenuti a pagamento. Ci si riferisce al marketing e alla vendita dei servizi, all'assistenza post vendita, ed in genere alla gestione della base abbonati (SMS) nonché alla fornitura del sistema di accesso condizionato (CAS).

<sup>4</sup> Ad esempio potranno aversi degli operatori (di telecomunicazione) coinvolti prevalentemente nella fase del trasporto del segnale, del « multiplexaggio » e della diffusione, dei servizi di vendita e post vendita. Così come potranno darsi soggetti che si concentrino solo sui contenuti digitali oppure assumano sia la funzione di forni-

tura di contenuti e programmi che quella relativa ai servizi di vendita e post vendita degli stessi (vale a dire alla gestione del rapporto con l'utente finale, là dove vi sia una relazione commerciale diretta tra fornitore di contenuto ed utente).

<sup>5</sup> Già i risultati della consultazione sul noto Libro Verde della Commissione sulla convergenza della fine del 1997 (COM(97) 623 del 3 dicembre 1997), ed in particolare le più importanti indicazioni emerse in sede di consultazione mostrano, come osservato dalla Commissione, « *the need for separation of transport and content regulation, with recognition of the links between them in particular for possible competition problems* » nonché « *the need for more horizontal approach to all transport network infrastructure and associated services, irrespective of the types of services carried* ».

Nel 1999 poi la Commissione, partendo dall'assunto — cardine di tutto il nuovo quadro regolamentare delle comunicazioni elettroniche — che « *convergence means the same services can be carried over any transmission network, whether fixed or mobile, telecommunications or cable TV, satellite or terrestrial* », e sottolineando che « *[t]he new framework would include all broadcast network (terrestrial, satellite and cable) as well as telecommunications networks in its scope* », ha ritenuto necessario prevedere « *two separate authorizations, one relating to operation of the network infrastructure and the transmission of broadcast signals, and other concerned with the content of broadcast transmission* ». Comunicazione della Commissione europea « *Towards a new framework for electronic communication infrastructure and associated services - The 1999 Communication Review* », COM(1999)539.

Il settore delle comunicazioni ha così subito recentemente una profonda evoluzione anche dal punto di vista normativo, a seguito dell'approvazione delle nuove direttive comunitarie sulle comunicazioni elettroniche (denominate, rispettivamente, direttiva «quadro», «accesso», autorizzazioni», «servizio universale», nonché, da ultimo, «direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche»)<sup>6</sup>, che hanno sostituito le direttive di armonizzazione adottate a partire dai primi anni '90. Questa evoluzione dovrebbe comportare — ed in parte sta già comportando — notevoli (e..convergenti) ripercussioni rispetto all'attività dell'Autorità di settore e di quella Antitrust.

In particolare, la nuova disciplina sulle comunicazioni elettroniche, ispirata a principi di semplificazione e di armonizzazione, recepisce le esigenze di convergenza tecnologica, sottoponendo alle medesime norme tutte le reti e servizi di comunicazioni, comprese pertanto quelle utilizzate per la radiodiffusione sonora e televisiva, le reti elettriche (se usate per trasmettere segnali) e le reti televisive via cavo, indipendentemente dal tipo di dati trasportati. Inoltre, il recente quadro normativo, nel dettare le linee del nuovo equilibrio tra concorrenza e regolazione, si è ispirato ad un *favor* per la prima rispetto alla seconda, ed all'esigenza di eliminare le incertezze nella ripartizione delle competenze tra le diverse autorità, nonché di evitare duplicazioni di interventi.

Dal canto suo, il quadro normativo e regolamentare nazionale sta progressivamente adeguandosi alle istanze di convergenza-specializzazione di cui si è detto, in primo luogo evolvendo verso una più articolata distinzione dei ruoli fra i vari operatori coinvolti nella produzione e diffusione di contenuti digitali, e da qui, dei titoli abilitativi relativi a ciascuna attività. Così, ad esempio, dal titolo concessorio tipico dell'emittenza radiotelevisiva su frequenze terrestri in tecnica analogica, relativo sia all'attività di radiodiffusione che all'installazione ed esercizio dei relativi impianti, si passa, per le diffusioni terrestri digitali, a tre distinti titoli abilitativi: una licenza individuale per l'attività di operatore di rete (che dovrà evolvere in una autorizzazione generale, cui si accompagnerà un provvedimento specifico di assegnazione delle frequenze, secondo le nuove linee

<sup>6</sup> Si tratta delle seguenti direttive del Parlamento europeo e del Consiglio, adottate il 7 marzo 2002 e pubblicate in *GUCE* L 108 del 24 aprile 2002, da pag. 7: direttiva 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro); direttiva 2002/19/CE, relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate nonché all'interconnessione delle medesime (direttiva accesso); direttiva 2002/20/CE, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni); direttiva 2002/22/CE, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale). A esse si aggiunge la direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consi-

glio del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, in *GUCE* L 201/37, del 31 luglio 2002 (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche). Il pacchetto di direttive del 2002 contempla altresì una direttiva di liberalizzazione adottata dalla Commissione, che costituisce però, principalmente (anche se forse non esclusivamente, come generalmente ritenuto), un testo consolidato delle direttive di liberalizzazione adottate dalla Commissione medesima a partire dalla fine degli anni ottanta: direttiva 2002/77/CE, del 16 settembre 2002, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica (direttiva concorrenza), pubblicata in *GUCE* L 249/21 del 17 settembre 2002.

della « direttiva autorizzazioni » e le disposizioni sia del Codice delle comunicazioni elettroniche<sup>7</sup>, che ha dato attuazione al nuovo *framework* comunitario in materia, nonché della legge n. 112 del 3 maggio 2004, c.d. « Gasparri »<sup>8</sup>, una autorizzazione per la fornitura di contenuti ed una autorizzazione per fornitura di servizi<sup>9</sup>.

Rispetto alla complessità dei fenomeni, economici e normativi, or ora evocati, possono darsi diverse opzioni, che influenzeranno le dinamiche competitive e la dialettica concorrenza-cooperazione nei mercati coinvolti dai media digitali.

### 1.1. CONCORRENZA « NELLA RETE ».

Un primo scenario prevede pochi operatori di rete e numerosi fornitori di contenuti o servizi non integrati in altre fasi della catena del valore.

In questo caso, la concorrenza sarà prevalentemente « nella rete », secondo il ben noto modello scelto inizialmente dalle istituzioni comunitarie per avviare la liberalizzazione dei servizi di telecomunicazioni, modello che ha visto nascere una categoria regolamentare cardine dell'intervento asimmetrico ed *ex ante* della disciplina delle tlc liberalizzate: ci si riferisce a quell'insieme di principi che vanno sotto il nome di *Open Network Provision*, sia nella loro prima e originaria accezione di garanzie di accesso alla rete del (allora) monopolista pubblico, sia nel più recente significato di accesso alla rete locale (c.d. *local loop*) quale parte della rete, che — dopo un originario atteggiamento agnostico — è ormai assunta come difficilmente duplicabile.

Ove, nel contesto ora ipotizzato, dai servizi si passi ai contenuti, il principale referente concettuale normativo può ravvisarsi, come più volte evidenziato anche dal Prof. Cheli, in quel diritto di accesso alla rete della concessionaria del servizio pubblico previsto, in epoca di monopolio, da una legge del 1975 (la n. 103): diritto che esprimeva la garanzia del cosiddetto pluralismo interno.

### 1.2. L'ACCESSO ALLA RETE.

In un contesto caratterizzato da pochi operatori di rete (in ipotesi anche da uno solo), come accennato, assume rilevanza decisiva l'articolazione degli obblighi di accesso alla rete.

<sup>7</sup> Decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale*, n. 214 del 15 settembre 2003, supplemento ordinario n. 150, recante il « Codice delle comunicazioni elettroniche ».

<sup>8</sup> Legge 3 maggio 2004, n. 112, Norme di principio in materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della RAI - Radiotelevisione italiana Spa, nonché delega al Governo per l'emanazione del Testo unico della radiotelevisione, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* del 5 maggio 2004, n. 104, Suppl. Ord. n. 82. Quest'ultimo,

di prossima approvazione, ai sensi dell'articolo 16 della legge 112/2004, dovrà coordinare le norme vigenti apportando alle medesime le necessarie integrazioni modificazioni e abrogazioni.

<sup>9</sup> Ancora, la disciplina dei titoli abilitativi per i canali trasmessi via satellite o via cavo prevede una autorizzazione per i *content providers* distinta dai titoli autorizzatori specifici per l'installazione ed esercizio delle reti via cavo o per i servizi di rete via satellite.

Tali obblighi sono tanto più importanti (specie qualora fattori fisici od economici determinino un mercato dei sistemi distributivi tendenzialmente oligopolistico) in presenza di due fattori: l'esistenza di operatori di rete integrati verticalmente con i fornitori di contenuto<sup>10</sup>; l'assegnazione della capacità trasmissiva (specie ove costituita da una risorsa scarsa) all'operatore di rete in assenza della attribuzione di un diritto a trasmettere in capo al soggetto cui sia rilasciata l'autorizzazione come fornitore di contenuti.

Quanto agli obblighi che assistono e regolano il diritto di accesso alla rete, occorre tenere distinte le norme volte ad evitare distorsioni della concorrenza nello svolgimento dei rapporti fra operatori (operatori di rete — fornitori di contenuto — fornitori di servizi) da quelle ispirate ad una garanzia di accesso al mercato da parte dei (o di alcuni) fornitori di contenuto al fine di assicurare un contesto pluralistico.

Con riferimento al primo aspetto, la partita si gioca sulle asimmetrie regolamentari introdotte (o ridisegnate) dal *nuovo pacchetto di direttive CE del 2002* (principalmente dalla « direttiva accesso »).

Il nuovo quadro comunitario, come detto, riguarda indifferentemente tutte le reti di comunicazione elettronica, creando così una serie di obblighi tendenzialmente uniformi fra i vari sistemi distributivi convergenti. Il nuovo *framework* dichiaratamente non tocca gli aspetti relativi alla disciplina dei contenuti e/o alla tutela del pluralismo informativo.

In tema di accesso la direttiva del 2002, in particolare, prevede la possibilità di imporre alcuni obblighi asimmetrici agli operatori che detengano un significativo potere di mercato (secondo la nuova definizione, che riconduce il quadro regolamentare al diritto della concorrenza). Come criterio generale pertanto, ove non siano coinvolti valori diversi da quelli della tutela di un mercato competitivo, gli obblighi di accesso si applicano solo a quegli operatori che, a seguito delle analisi di mercato svolte dalle Autorità Nazionali di Regolamentazione (ANR), si ritengano in una situazione di dominanza economica e conseguentemente siano gravati da responsabilità diverse ed ulteriori rispetto a quelle degli altri *players* presenti sul mercato<sup>11</sup>.

La direttiva contempla però la possibilità — in casi specifici — di imporre obblighi di accesso o interconnessione anche in via generalizzata a tutti gli operatori, confermando peraltro alcune disposizioni già contenute in precedenti direttive relative alla tv digitale<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Osservando alcuni mercati stranieri si può riscontrare ad esempio come in certi casi ci si trovi in presenza di operatori che svolgono solo le attività tecniche di trasmissione, multiplexaggio e diffusione, ma non anche quelle di fornitori di contenuto.

<sup>11</sup> È questo il regime degli obblighi previsti negli articoli da 9 a 13 della direttiva « accesso ». Si tratta di categorie di obblighi asimmetrici *ex ante*, in larga parte già previste dalle fonti precedenti (trasparenza, articolo 9; non discriminazione, articolo 10; separazione contabile, articolo 11; accesso e uso di risorse della rete, articolo 12; controllo dei prezzi, articolo 13). Le ANR possono comunque imporre anche

obblighi non tipici, purché ottengano l'autorizzazione in tal senso da parte della Commissione (la Commissione « *autorizza o impedisce all'autorità nazionale di regolamentazione di prendere tali misure* » (art 8.3 « direttiva accesso »).

<sup>12</sup> L'articolo 5 della direttiva accesso prevede: (i) obblighi di interconnessione e accesso se questa è essenziale ad assicurare l'interconnettività da punto a punto e (ii) nella misura necessaria a garantire l'accessibilità per gli utenti finali ai servizi radiofonici e televisivi digitali specificati dallo Stato membro. Inoltre, contempla l'obbligo di rendere disponibili a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie sia le in-



Per quanto riguarda invece gli obblighi di *must carry*, occorre richiamare una disposizione, contenuta nella Direttiva « servizio universale »<sup>13</sup>, la quale consente agli Stati membri di introdurre, a carico delle reti di comunicazione elettronica che distribuiscano servizi di diffusione televisiva o radiofonica al pubblico, obblighi di trasmissione di canali e servizi radiofonici e televisivi, se per un numero significativo di utenti di tale rete quest'ultima rappresenti il mezzo principale per la ricezione di quei servizi di diffusione e qualora tali obblighi siano funzionali al perseguimento di obiettivi di interesse generale. L'obbligo di trasmissione può essere accompagnato da un indennizzo appropriato, che deve essere applicato in modo proporzionato e trasparente, per evitare di dar luogo a discriminazioni tra i diversi operatori di rete<sup>14</sup>.

Nel diritto interno, accanto alle disposizioni contenute nel Codice delle comunicazioni elettroniche, che dà attuazione alle direttive comunitarie sopra richiamate (pur facendo salve le norme speciali in materia di reti utilizzate per la diffusione circolare di programmi sonori e televisivi)<sup>15</sup>, con

terfacce per programmi applicativi (API) che le guide elettroniche ai programmi (EPG). Si tratta di misure facoltative per l'imposizione delle quali è necessaria una previa autorizzazione della Commissione (anche se non sembra ravvisabile un vero e proprio potere di veto da parte di quest'ultima).

Sono previsti altresì obblighi generali con riferimento ai sistemi di accesso condizionato, che in sostanza ripropongono i contenuti della direttiva 95/47 (e dunque i sistemi di CA debbono consentire il *transcontrol*, i fornitori di sistemi di CA debbono assicurare ai telediffusori accesso ai sistemi di CA a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie, debbono offrire servizi di CA in contabilità separata, quando concedono licenze sui diritti di proprietà intellettuale relativi ai sistemi di accesso condizionato ai fabbricanti debbono farlo a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie e senza impedire l'inserimento di una Interfaccia Comune o di un CAS di altri operatori). In realtà, anche tali condizioni sono facoltative, potendo le ANR decidere di applicarle soltanto agli operatori con SMP, previa autorizzazione della Commissione (secondo quanto si ricava espressamente dall'articolo 6, comma 3, della direttiva accesso, il quale rinvia alla procedura degli articoli 6 e 7 della direttiva quadro).

Teoricamente, le Autorità Nazionali di Regolamentazione dei singoli Paesi membri avrebbero discrezionalità anche nell'individuazione degli obblighi specifici da imporre agli operatori con « significativo potere di mercato » (c.d. *remedies*) il nuovo framework comunitario impegna però le ANR dei singoli Paesi membri ad un coor-

dinamento, fra loro e con la commissione, al fine di giungere ad un intervento armonizzato rispetto a fattispecie analoghe. Le ANR, sulla base di tali principi, stanno concretamente procedendo ad elaborare orientamenti ed azioni condivise.

<sup>13</sup> Si veda in particolare l'articolo 31 della Direttiva 2002/22/CE (« direttiva servizio universale »), *cit.*

<sup>14</sup> Occorre rilevare che nel recepire tale norma il Codice delle comunicazioni elettroniche (vedi *supra*, nota 4) ha così disposto (articolo 81, rubricato come « Obblighi di trasmissione »): « *Eventuali obblighi di trasmissione per specifici canali e servizi radiofonici e televisivi sono disciplinati dalle disposizioni di legge in materia di radiodiffusione sonora e televisiva* ». È stato correttamente osservato (O. GRANDI-NETTI, *Profili radiotelevisivi del codice delle comunicazioni elettroniche*, in *Il Codice delle Comunicazioni Elettroniche* a cura di M. Clarich-G.F. Cartei, Milano, 2004) che, al fine di valutare l'effettività nell'ordinamento italiano dell'obbligo comunitario in commento, occorrerà pertanto valutare quanto dispone la disciplina radiotelevisiva, ed in particolare il regolamento sull'accesso adottato dall'Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni ai sensi dell'articolo 29 della delibera AGCom n. 435/01/CONS, per il quale si rimanda a quanto si dirà nel testo nonché — in particolare — *infra*, note 17 e 18. Per quanto concerne in generale il recepimento del *framework* comunitario del 2002 da parte del Codice delle comunicazioni elettroniche con riguardo ai profili relativi alla radiodiffusione, v. nota seguente.

<sup>15</sup> Per una prima e sintetica ricostruzione delle « esclusioni » operate dal Codi-



specifico riferimento alle reti televisive digitali su frequenze terrestri si pongono alcune previsioni rilevanti contenute nella legge n. 66/01<sup>16</sup> e nella delibera n. 435/01/CONS dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni<sup>17</sup> e nella legge n. 112 del 2004<sup>18</sup>.

La legge Gasparri, in particolare, riprendendo quanto già stabiliva la delibera n. 435/01 dell'Autorità, condiziona la libertà negoziale dell'operatore di rete nei confronti del fornitore di contenuti, imponendo i consueti canoni di parità, non discriminazione, ecc.<sup>19</sup>. La legge n. 66/2001 e — conformemente — la delibera n. 435/01 (confermate dalla legge 112/2004) prevedono e disciplinano una riserva di capacità trasmissiva per la fase di sperimentazione in favore di fornitori di contenuto terzi rispetto all'operatore di rete<sup>20</sup>.

ce delle Comunicazioni elettroniche e dei rilievi critici in merito alla compatibilità con il *framework* comunitario sulle comunicazioni elettroniche del quadro normativo nazionale risultante dal combinato disposto del Codice e delle norme introdotte dalla legge Gasparri, v. F. GRAZIADEI, *Codice delle Comunicazioni elettroniche: un quadro regolamentare « convergente »?*, in *Temi Romana*, Gennaio-Aprile 2003, p. 50 e ss.. Per una trattazione sistematica dell'argomento, si veda O. GRANDINETTI, *Profili radiotelevisivi del codice delle comunicazioni elettroniche*, cit.

<sup>16</sup> L. 20 marzo 2001, n. 66, Conversione in legge, con modificazioni, del D.lgs. 23 gennaio 2001, n. 5, recante disposizioni urgenti per il differimento di termini in materia di trasmissioni radiotelevisive analogiche e digitali, nonché per il risanamento di impianti radiotelevisivi, pubblicata nella *G.U.* n. 70 del 24 marzo 2001.

<sup>17</sup> Delibera n. 435/01/CONS, Approvazione del regolamento relativo alla radiodiffusione terrestre in tecnica digitale, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* del 6 dicembre 2001, n. 284, Supplemento Ordinario n. 259.

<sup>18</sup> La materia sarà, a breve, riordinata dall'adozione del testo unico della radiotelevisione, cfr. *retro*, nota 9.

<sup>19</sup> In particolare, secondo l'articolo 5, comma 2, lettera e), della legge Gasparri, che riproduce in linea di massima l'articolo 27, comma 2 della delibera AGCom n. 435/01, l'operatore di rete è tenuto a parità di trattamento verso i fornitori di contenuto terzi, rendendo disponibili le stesse informazioni tecniche fornite alle proprie controllate o collegate. Inoltre vi è un divieto di discriminazione in merito agli accordi tecnici in materia di qualità trasmissiva e condizioni di accesso alla rete, nonché di utilizzare oltre i limiti di quanto strettamente necessario per concludere gli accordi tecnici e commerciali le informazioni

fornite dai *content providers* terzi. Tali obblighi sono imposti in via generale a tutti gli operatori di rete, a prescindere dal relativo potere di mercato. Rispetto al testo della delibera n. 435/01 dell'Autorità, la legge n. 112/04 ha precisato però che l'obbligo di fornire capacità trasmissiva a terzi fornitori di contenuto è « a condizioni di mercato ». La trasparenza è affidata ad uno specifico obbligo di separazione societaria per l'operatore che svolga sia attività di operatore di rete che quella di fornitore di contenuti.

<sup>20</sup> Per gli operatori che svolgono la sperimentazione, e più specificamente per i soggetti che siano titolari di più di una concessione in tecnica analogica o di una concessione e una autorizzazione, è previsto, conformemente a quanto disposto dalla legge n. 66/01, un obbligo di riservare almeno il 40% della capacità trasmissiva del blocco di diffusione a fornitori di contenuto terzi. Si precisa però che, a seguito dell'approvazione da parte dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni della delibera 136/05/CONS concernente « *Interventi a tutela del pluralismo ai sensi della legge 3 maggio 2004, n. 112* », pubblicata sul sito *web* « <http://www.agcom.it> » in data 4 marzo 2005, tale obbligo per le reti facenti capo alle società RAI-Radiotelevisione italiana Spa e RTI S.p.a. viene esteso anche oltre la fase di sperimentazione e sino alla completa attuazione del Piano nazionale di assegnazione delle frequenze in tecnica digitale. Ai sensi della delibera 136/05 l'Autorità adotterà un disciplinare per l'individuazione dei fornitori di contenuto indipendenti aventi titolo ad accedere alla quota di riserva di cui si è detto. Si segnala che la materia potrebbe ora essere ulteriormente innovata, quanto all'ambito di applicazione dell'obbligo di riserva di capacità in favore di contenuti indipendenti, dall'adozione del Testo Unico sulla radiotelevisione.

In un ulteriore regolamento, che l'Autorità, ai sensi della delibera 435/01, ha adottato con la delibera n. 253/04/CONS<sup>21</sup>, sono disciplinati specifici obblighi di accesso gravanti sull'operatore di rete nei confronti dei fornitori di contenuto non riconducibili all'operatore di rete che presentino un particolare valore per il sistema televisivo nazionale o locale<sup>22</sup>.

L'Autorità, correttamente, si occupa di una disciplina dell'accesso da parte dei contenuti di particolare valore, ma rimanda, per le problematiche generali relative all'accesso alle reti televisive digitali, all'attuazione del quadro comunitario sulle comunicazioni elettroniche ed in particolare all'eventuale adozione di *remedies* relativi all'accesso.

Pertanto, come sottolineato dall'Autorità stessa, ricondotti nel loro naturale e fisiologico nuovo contesto regolamentare, gli obblighi di accesso

<sup>21</sup> La delibera dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni n. 435/01/CONS, all'articolo 29, stabiliva che l'Autorità adottasse entro il 31 marzo 2004, un provvedimento (del quale fissava alcuni principi e criteri direttivi nello stesso articolo 29) che, tra l'altro, stabilisse norme a garanzia dell'accesso di fornitori di contenuti, non riconducibili direttamente o indirettamente agli operatori di rete, i quali rappresentano un particolare valore per il sistema televisivo nazionale e locale, nonché criteri che garantissero, in presenza di risorse insufficienti a soddisfare tutte le richieste, l'accesso alle radiofrequenze da parte dei fornitori di contenuto di particolare valore (si veda in particolare l'art. 29 della delibera n. 435/01, comma 1, lettere a) e b)). Tale provvedimento è ora espressamente richiamato dalla legge n. 112/2004, la quale, al comma 5 dell'articolo 23, prevede che a partire dalla data di entrata in vigore della legge medesima, la licenza di operatore di rete sarà rilasciata ai soggetti che assumano l'obbligo di rispettare le disposizioni che saranno stabilite dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni nel provvedimento previsto dall'articolo 29 della delibera 435/01. Di qui l'adozione da parte dell'Autorità della delibera n. 253/04/CONS, recante « *Norme a garanzia dell'accesso dei fornitori di contenuti di particolare valore alle reti per la televisione digitale terrestre* », pubblicata sul sito web dell'Autorità in data 12 agosto 2004.

<sup>22</sup> I contenuti di particolare valore, secondo la delibera n. 253/04 dell'Autorità, saranno quelli che attraverso canali tematici a ciò dedicati arricchiscano il contenuto educativo della programmazione oppure rafforzino il pluralismo informativo, infine, migliorino il rapporto fra cittadino e pubblica amministrazione (mediante servizi interattivi legati all'*e-government*), nonché i canali che contribuiscano alla

promozione di opere europee e di produttori europei indipendenti in misura superiore ai limiti minimi fissati dalla legge. Per le emittenti locali, i fornitori di contenuti di particolare valore saranno altresì quelli che si indirizzano alla promozione delle minoranze linguistiche nonché le emittenti a carattere comunitario. In favore di tali operatori viene stabilita una quota di riserva, pari al 20% della capacità trasmissiva (e comunque ad almeno un programma per ciascuna rete digitale), gravante su quegli operatori di rete che siano soggetti all'obbligo di destinare a terzi parte della propria capacità trasmissiva (ad esempio quei soggetti che debbano riservare a fornitori di contenuto indipendenti almeno il 40% del proprio *multiplex* in fase di sperimentazione). Nel caso la quota di riserva di cui si è detto risulti insufficiente a soddisfare tutte le richieste degli aventi diritto, viene previsto un meccanismo di condivisione della rete fra i vari *content providers* di particolare valore, mediante un sistema di *time sharing* (statico o dinamico) fra i vari operatori. Con riferimento ad uno dei profili di maggiore problematicità che saranno sollevati dall'introduzione della regolamentazione dell'accesso, costituito dal rapporto fra i diritti attribuiti dalle nuove norme ed accordi già conclusi fra operatori di rete fornitori di contenuto, l'Autorità considera che, nell'ambito della quota di riserva, le richieste provenienti dai fornitori di contenuti aventi particolare valore prevarranno rispetto agli accordi già stipulati, a partire dalla prima scadenza contrattuale utile. Per una trattazione analitica della disciplina dell'accesso alle reti televisive digitali su frequenze terrestri ed ai suoi profili critici, sia lecito rinviare a F. GRAZIADEI, *Accesso al mercato delle reti e dei contenuti nella transizione all'TV digitale terrestre*, in *Contratto e impresa*, n. 1, 2005, p. 229 e ss.

alla rete in via generale dovranno prescindere da qualunque automatismo ma essere subordinati ad una previa analisi di mercato, ed imposti solo agli operatori con significativo potere di mercato<sup>23</sup>.

Fermo restando che il nuovo *framework* comunitario (e gli obblighi di accesso di cui si è detto) dovrebbe applicarsi anche ai servizi di rete relativi alla diffusione via satellite dei segnali (inclusi pertanto i satelliti a diffusione diretta utilizzati per i programmi o servizi radiotelevisivi), una complessa articolazione degli obblighi di accesso ai servizi di rete è contenuta negli impegni assunti dall'operatore satellitare Sky (che peraltro non svolge direttamente tali servizi) di fronte all'Antitrust comunitario<sup>24</sup>.

In quella stessa sede, si regolano altresì (e forse soprattutto) gli obblighi di accesso alla piattaforma<sup>25</sup>.

Nel suo complesso il quadro di tali impegni, riferito alla presenza di un operatore monopolista (o comunque ampiamente dominante), costituisce, in senso sostanziale, la « regolamentazione » del mercato di riferimento dell'operatore medesimo.

### 1.3. CONCORRENZA FRA RETI.

Un secondo scenario prevede invece la presenza di una pluralità di reti e di operatori di servizi o di contenuti presumibilmente operanti su tutte o comunque su numerose fasi della catena del prodotto.

È uno scenario rispondente alla seconda fase della liberalizzazione delle telecomunicazioni, nella quale si assunse che occorreva aprire alla concorrenza non soltanto i servizi a valore aggiunto ma anche le reti (e la telefonia). Di conseguenza, oltre al satellite già liberalizzato, fecero ingresso nel mercato prima le reti cosiddette « alternative » (quelle delle *public utilities*) e le reti televisive via cavo, nonché quelle di telefonia mobile, per poi giungere alla possibilità di installare ed esercire qualunque tipo di rete di telecomunicazione pubblica. In questa fase, il *focus* del legislatore si sposta dall'accesso alla rete all'interconnessione fra le reti (oggetto di una specifica direttiva di armonizzazione).

Un simile scenario sembra presupporre necessariamente una serie di elementi di contesto volti ad assicurarne la realizzabilità e sostenibilità. Ci si riferisce innanzitutto all'esistenza di una effettiva sostituibilità fra le diverse reti distributive, in termini di costi e funzionalità garantite. In sostanza, occorre che l'assunto sottolineato con tanta enfasi dal regolatore comunitario del 2002, e che poggia su una visione convergente delle reti

<sup>23</sup> Si vedano, in particolare, l'articolo 1 dell'Allegato B alla delibera n. 39/04/CONS dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, pubblicata sul sito *web* dell'Autorità in data 24/3/2004, relativa alla « Consultazione pubblica concernente norme a garanzia dell'accesso dei fornitori di contenuti di particolare valore alle reti per la televisione digitale terrestre », nonché i considerati secondo e terzo della delibera n. 253/04/CONS cit..

<sup>24</sup> Si veda, in particolare, la decisione

della Commissione europea, del 2 aprile 2003, che ha autorizzato la fusione fra i due operatori televisivi satellitari Stream e Telepiù, caso n. Comp/n. 2876-Newscorp/Telepiù.

<sup>25</sup> Tali obblighi sembrano restare fuori dal campo di applicazione del nuovo *framework* comunitario sulle reti e servizi di comunicazione elettronica. Indicazioni in tal senso si rinvencono nelle stesse direttive. Si veda ad esempio il 45° considerando della direttiva « servizio universale ».

di comunicazione elettronica, sia già una realtà. Tanto maggiore potrà essere il numero di reti in competizione fra loro, quanto più queste siano effettivamente dei mezzi « neutri » rispetto al tipo di contenuto o servizio trasportato<sup>26</sup>.

Una seconda condizione è che, in presenza di una effettiva sostituibilità fra le differenti reti, questa non sia concretamente pregiudicata da un contesto regolamentare che gradui in maniera differente le condizioni di accesso al mercato ed incida sulla concorrenza nel mercato fra le diverse reti/tecnologie distributive. Si tratta di un principio di neutralità tecnologica del regolatore, formalmente introdotto dal nuovo *framework* e ora, grazie al Codice delle comunicazioni elettroniche, divenuto diritto positivo interno.

Un ulteriore profilo di carattere regolamentare che può incidere nel configurare un mercato delle reti caratterizzato da una molteplicità di operatori oppure da pochi e solidi soggetti, sono gli strumenti scelti per assicurare la distribuzione universale dei contenuti/servizi. Quanto più si privilegeranno opzioni che pretendano da ciascun sistema la copertura universale del territorio/popolazione, tanto più si innalzeranno le barriere economiche di accesso al mercato, consentendo la sopravvivenza esclusivamente di grandi operatori e configurando il servizio come caratterizzato da forti economie di scala. Viceversa, la possibilità di coperture parziali del territorio con possibilità di integrarsi con altri operatori o altri sistemi distributivi creerebbe i presupposti per la presenza di un maggior numero di soggetti.

Un sistema caratterizzato da una pluralità di reti-servizi e operatori presuppone inoltre una elevata interoperabilità fra i sistemi presenti sul mercato. In tal caso soluzioni proprietarie<sup>27</sup> (sia pure assistite da obblighi di cooperazione) sembrano scoraggiare una effettiva concorrenza, come mostrato ad esempio dalla vicenda relativa ai sistemi di accesso condizionato delle piattaforme televisive satellitari a pagamento (nel vecchio contesto duopolistico precedente la fusione dei due operatori)<sup>28</sup>. Al riguardo, è

<sup>26</sup> Indicativo è il dibattito in corso circa la possibilità per le reti mobili di offrire contenuti audiovisivi tradizionali, dove alcuni operatori sembrano essere più avanti (e più fiduciosi) di altri ed hanno già iniziato ad accaparrarsi diritti per la diffusione di contenuti di flusso relativi a palinsesti televisivi (possibilità che sembra recentemente confermata anche dall'esperienza di altri Paesi), mentre altri mostrano una visione più « tradizionale » che sottolinea la differenza fra i « contenuti » accessibili dalle reti mobili e la fruizione tradizionale del broadcasting televisivo.

<sup>27</sup> Ci si riferisce, in particolare, alla presenza di più operatori concorrenti, ciascuno titolare di diritti di proprietà intellettuale sulle tecnologie che controllano le fasi più importanti della distribuzione dei servizi o dei contenuti sulle reti di comunicazione elettronica, tra cui — in primo luogo — l'accesso alla rete dell'utente finale.

<sup>28</sup> Come noto, i due operatori concorrenti Stream e Telepiù, ciascuno proprietario di un diverso sistema di accesso condizionato, hanno entrambi diffuso presso i propri abbonati una base di decodificatori in grado di operare esclusivamente con la propria tecnologia. Il rimedio regolatorio, volto ad assicurare il perseguimento dell'obiettivo del c.d. « decoder unico », come previsto dalla legge n. 78 del 1999 (che stabiliva un diritto dell'utente di poter fruire di tutte le offerte televisive concorrenti utilizzando lo stesso apparato), è consistito nella imposizione di un obbligo di cooperazione tra operatori concorrenti, c.d. accordi di *simulcrypt* (grazie ai quali ciascun operatore metteva a disposizione dell'altro la propria tecnologia e permetteva che il segnale del *competitor* fosse criptato anche in conformità al proprio software di accesso condizionato, con la conseguente possibilità da parte di tutti i

noto che la ricerca di una elevata interoperabilità può transitare per una standardizzazione imposta, o per una standardizzazione incoraggiata dalle istituzioni ma assunta su base volontaria da parte degli operatori<sup>29</sup>, ovvero per la promozione di apparati *multistandard*<sup>30</sup>.

## 2. L'ACCESSO AI CONTENUTI.

Per assicurare una effettiva concorrenza tra reti, qualora queste siano numerose sia per la presenza di più operatori di rete operanti con una specifica tecnologia, sia grazie alla concorrenza fra reti operanti con tecnologie differenti, sembra decisivo assicurare una effettiva possibilità di *accesso ai contenuti* (specie quelli ritenuti essenziali per una offerta di successo) da parte di tutti gli operatori di rete. La disponibilità o meno di contenuti strategici potrebbe difatti determinare il successo o l'insuccesso di una piattaforma, ed in ultima istanza di una tecnologia.

Il problema si sta ponendo difatti con una certa urgenza proprio per quegli operatori di rete (si pensi all'ADSL, o alla fibra ottica, o ancora alle reti mobili di terza generazione) che non siano già integrati verticalmente con i maggiori fornitori di contenuto (i principali *broadcasters* analogici o la ricca offerta di contenuti della pay tv satellitare)<sup>31</sup>.

decodificatori diffusi di decifrare il segnale di entrambi gli operatori). L'attuazione del suddetto obbligo di *simulcrypt* ha però incontrato forti resistenze da parte degli operatori ed ha richiesto un incisivo e costante intervento dell'Autorità di regolamentazione.

<sup>29</sup> Come mostrano le diverse esperienze della telefonia mobile e — recentemente — del *Multimedia Home Platform* per i decodificatori per la ricezione della tv digitale.

<sup>30</sup> A tale soluzione, ad esempio, era ascrivibile l'alternativa al *simulcrypt* (cfr. *retro*, nota 26) quale sistema per consentire l'interoperabilità dei sistemi di accesso condizionato, costituita dal c.d. *multicrypt*. Con tale sistema il decodificatore diveniva un apparato « neutro », nel quale — grazie ad una interfaccia comune — potevano inserirsi diversi moduli di accesso condizionato, contenenti ciascuno il sistema di accesso condizionato scelto da un determinato fornitore di una offerta televisiva. Alla soluzione di apparati multistandard sembra potersi ascrivere anche la scelta per apparati decodificatori in grado di ricevere e decodificare al tempo stesso il segnale proveniente da diverse piattaforme distributive, come nel caso di segnali televisivi che potrebbero essere distribuiti all'utente finale su frequenze terrestri, via satellite o via cavo.

<sup>31</sup> A conferma della centralità del pro-

filo da ultimo evidenziato nel testo, si segnala la crescente attenzione al tema da parte delle Autorità di concorrenza e di regolazione, comunitaria e nazionale. In particolare, la Commissione europea, utilizzando lo strumento delle indagini per settore economico, sta verificando con una prima Sector Inquiry, avviata a gennaio 2004, le condizioni di vendita dei contenuti ai gestori delle reti mobili di terza generazione ed ha programmato l'avvio di una seconda Secret Inquiry che si concentrerà sulla fornitura dei contenuti su Internet (si v. a riguardo gli interventi del commissario Mario Monti al Workshop su « *Fixed and mobile telecommunication markets system: the Open Network Provision (ONP) era balance and EU new regulatory framework perspectives* », Napoli, 22-23 marzo 2004, nonché al Workshop « *Availability of content for the new media* », Bruxelles, 8 luglio 2004).

Dal canto suo, la citata delibera 136/05/CONS dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (*supra*, nota 19) ha disposto l'avvio di una Indagine Conoscitiva volta ad « *accertare le condizioni attuali e i possibili sviluppi futuri, sotto il profilo del pluralismo e della concorrenza, del mercato dei contenuti anche con riferimento alla gestione dei diritti di esclusiva nonché alle modalità di accordo tra fornitori di contenuti e gli operatori delle diverse piattaforme digitali* ».

Con riferimento ai contenuti della piattaforma satellitare esistono, come accennato, dei precisi impegni imposti all'operatore Sky dalla Commissione europea. Tali impegni presentano però talune criticità (in quanto — ad esempio — il loro ambito di applicazione copre soltanto alcune delle fattispecie di accesso al contenuto rilevanti per l'operatore di rete) ed hanno già dato luogo ad un contenzioso del quale si è occupata l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni. Non è certo questa la sede per entrare nel merito di un'eventuale regolamentazione generale dell'accesso ai contenuti, peraltro sollecitata da più parti<sup>32</sup>.

## II. LA COMUNICAZIONE DIGITALE INTERATTIVA: IL PROBLEMA DELLA TUTELA DEI CONTENUTI SULLE RETI DI COMUNICAZIONE ELETTRONICA.

### 1. ACCESSO AI CONTENUTI NELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE DIGITALI ED ISTANZE DI TUTELA DELL'OPERA DELL'INGEGNO.

Si è fatto finora cenno alla problematica dell'accesso dei contenuti<sup>33</sup> alle reti di comunicazioni elettroniche. Si è altresì anticipato che la questione — tradizionalmente posta con riferimento alle reti di *broadcasting* — assume, nel mutato contesto di riferimento, termini nuovi ed ulteriori, che introducono elementi di complicazione nel sistema ancora alla ricerca di definitive e stabili soluzioni.

Le reti convergenti, infatti, presuppongono (ed, in certa misura, implicano) un uso « circolare » dei contenuti sia da parte dei soggetti che operano sul fronte della domanda sia da parte di quelli che agiscono sul lato dell'offerta; e ciò è tanto più vero quanto più ci si riferisca ad ipotesi (già allo studio, ma per ora solo futuribili<sup>34</sup>) di reti multistrato, multiservizio e multifrequenza.

In un quadro di tal genere assumerà autonoma rilevanza il problema delle forme e dei limiti dell'accesso ai contenuti circolanti sulle reti da parte dei soggetti, a vario titolo, interessati ad essi.

<sup>32</sup> A riguardo, spesso si attribuisce ad una norma introdotta dalla legge n. 112 del 2004 il significato di un sia pur rudimentale ed essenziale intervento *ex ante* a garanzia dell'accesso ai contenuti. Ci si riferisce all'articolo 5, lettera f), della legge Gasparri, il quale stabilisce che « i fornitori di contenuti, in caso di cessione dei diritti di sfruttamento degli stessi, sono tenuti a farlo senza pratiche discriminatorie tra le diverse piattaforme distributive, alle condizioni di mercato, fermi restando il rispetto dei diritti di esclusiva, le norme in tema di diritto d'autore e la libera negoziazione tra le parti ».

<sup>33</sup> Si tenga presente che, ai fini della

trattazione delle questioni esaminate nel presente paragrafo, per « contenuto » si intenderà l'opera dell'ingegno protetta dal diritto d'autore.

<sup>34</sup> Sul punto, si veda il *Programma nazionale di ricerca per le telecomunicazioni — più cooperazione nella ricerca per una maggiore competizione sul mercato*, presentato a Roma dalla Fondazione Ugo Bordoni presso l'Aula Magna del Ministero delle Comunicazioni il 2 ottobre del 2002 e reperibile sul sito *web* della Fondazione Ugo Bordoni « <http://www.fub.it> ». In particolare, si vedano le proposizioni enunciate alle pagg. 11 e ss..

«L'accesso dei contenuti (alle reti) e l'accesso ai contenuti (da parte dei soggetti interessati)»<sup>35</sup> è quindi l'endiadi con la quale il Legislatore dell'era digitale è chiamato a confrontarsi, con un approccio, diremmo, dinamico.

Riprendendo (e specificando) quanto sopra appena accennato, ricordiamo che lo sviluppo di applicazioni e tecnologie digitali che sta accompagnando la diffusione dei servizi di comunicazione elettronica e della società dell'informazione darà (auspicabilmente) vita ad un mercato dei contenuti potenzialmente vastissimo<sup>36</sup>, nell'ambito del quale per il legislatore diverrà obiettivo prioritario quello di garantire che la diffusione dei contenuti digitali avvenga nel rigoroso rispetto, fra le altre, delle norme e dei principi a tutela della proprietà intellettuale, ed in ogni caso secondo modalità che possano contemporaneamente salvaguardare sia gli interessi (principalmente patrimoniali) dei titolari dei contenuti e dei loro aventi causa, sia quelli dei consumatori<sup>37</sup>.

La possibilità di distribuire contenuti digitali attraverso nuovi canali, quali Internet ed i terminali mobili, rende infatti possibile che il contenuto, in qualsiasi forma esso si estrinsechi, venga distribuito senza limiti di passaggi e fruitori. Ma pone anche il grave rischio che tale accresciuta circolazione avvenga senza che i legittimi titolari dei contenuti possano esercitare un effettivo controllo (venendo così privati di qualsivoglia possibilità di remunerazione)<sup>38</sup>. Questo rischio — che comunque è sempre esistito anche in ambiente analogico — si accresce per i contenuti espressi e veicolati (anche) in forma digitale, in quanto da un lato la riproduzione degli stessi, oltre ad essere sovente più celere e semplice (ed in definitiva più economica) di quella analogica, non ne danneggia lo standard qualitativo; dall'altra il materiale digitale si presta a meccanismi di distribuzione dotati di maggiori potenzialità, dato che una copia può velocemente e facilmente

<sup>35</sup> In tal senso è stato opportunamente chiarito (v. M. FABIANI, *Diritto d'autore e accesso a Internet*, in *Il dir. aut.*, 2001, pag. 267) che quando si parla della protezione del diritto d'autore su opere immesse sulle reti di comunicazione elettronica è assai frequente il ricorso al termine «accesso», che viene adottato con riferimento a diversi momenti dell'utilizzazione dell'opera in rete. In particolare si parla di accesso con riferimento all'atto di prima immissione dell'opera nella rete (accesso alla rete o accesso originario) e di accesso dell'utente all'opera digitalizzata (accesso al contenuto).

<sup>36</sup> La multicanalità nell'accesso ai servizi della società dell'informazione fa sì che il medesimo servizio/contenuto possa essere offerto sfruttando un insieme di differenti apparati di utente quali TV, computer, terminali mobili, ecc.. Considerata quindi la (potenziale) molteplicità di fruizione di uno stesso servizio, la catena del valore viene ad essere frazionata tra diversi soggetti che giocano ognuno un ruolo diverso ma interdipendente: i *content owners*, i *content aggregators*, i *platform vendors* e gli *operators* e

*service providers*. Tali soggetti sono, a vario titolo e per ragioni diverse, interessati alla diffusione di applicazioni, servizi e contenuti sulle reti. E del resto appare un dato di immediata percezione come, negli ultimi anni, la crescente ampiezza di banda trasmissiva a disposizione degli utenti (o, in alternativa, la migliore efficienza degli algoritmi di compressione dei segnali digitali) abbia comportato l'introduzione di una serie di servizi, applicazioni e/o prodotti multimediali (più o meno appetibili) che vengono offerti agli utenti in numero sempre più elevato.

<sup>37</sup> Si tratta, ovviamente, di interessi — quelli dei consumatori/utenti — da ascrivere principalmente, se non in via esclusiva, alla sfera ricreativa e/o cognitiva, come peraltro appare riconosciuto dallo stesso Legislatore comunitario. Si veda in proposito il considerando 14 della direttiva 2001/29 (v. *infra* nota 36).

<sup>38</sup> Sugli atti di utilizzazione rilevanti per il diritto di autore in ambiente telematico, si veda: M. FABIANI, *La tutela del diritto di autore su Internet*, in *Il dir. aut.*, 2001, pag. 348.



essere distribuita ad un numero potenzialmente illimitato di fruitori (ad esempio attraverso invii multipli di posta elettronica<sup>39</sup>).

Non solo. L'interesse dei c.d. *content owners* al controllo dei contenuti sui quali possiedono i diritti e quindi ad ottenere la remunerazione per l'uso che eventuali soggetti terzi abbiano a fare dei medesimi, si confronta anche con l'esigenza dei consumatori finali di poter disporre dei contenuti digitali con sempre maggiore flessibilità, accedendovi da diversi canali multimediali (TV, PC, telefoni cellulari), con possibilità di riprodurli velocemente.

Di qui, l'importanza di individuare possibili soluzioni di tutela<sup>40</sup> che, contemperando le anzidette esigenze, permettano un equilibrato sviluppo dei mercati interessati e favoriscano contemporaneamente la competizione tra i relativi *players*<sup>41</sup>.

## 2. LA « DOPPIA VIA » PRATICABILE: MODALITÀ DI FRUIZIONE DEI CONTENUTI « APERTE » E TUTELA PROPRIETARIA « FORTE ».

In linea teorica, un obiettivo di politica legislativa quale quello appena sopra evidenziato, che pure appare di ardua realizzazione, potrebbe essere perseguito mediante due vie.

Anzitutto si potrebbero incentivare delle modalità di fruizione dei contenuti « aperte », peraltro accompagnate a modelli commerciali atti ad assicurare la remunerazione dei titolari.

Alternativamente, si potrebbe optare per una tutela proprietaria « forte » che consenta la rigorosa protezione dei prodotti creativi secondo modelli tradizionali.

La prima via presenterebbe indubbiamente caratteri di forte innovatività. Il prodotto creativo, infatti, potrebbe essere messo a disposizione degli utenti interessati con modalità « graduate », che consentano al consumatore/utente possibilità di godimento e di fruizione dalle più « deboli » (in quanto connotate da vincoli o limitazioni più o meno penetranti) alle più

<sup>39</sup> Si veda: U. DRAETTA, *Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*, Milano, 2001, p. 129.

<sup>40</sup> È peraltro evidente che, nel caso di specie, enucleare i possibili percorsi e mezzi di tutela non è un processo logico assoluto: di converso, il tentativo di perseguire un obiettivo di tal genere deve ovviamente avvenire nella più piena consapevolezza dei limiti eventualmente imposti dal contesto normativo di riferimento. Nel presente lavoro (ed in una prospettiva parzialmente differente) ci si intende concentrare — pur senza pretesa di esaustività — su alcune macro-opzioni di politica legislativa che appaiono rilevanti nell'affrontare il tema in parola. Tuttavia, ove lo si riterrà opportuno, si richiameranno i principali punti di « frizione » tra le ipotesi astrattamente prospettate ed i re-

*straints* imposti dal diritto positivo (che peraltro, come è noto, appare — in questo settore più che in altri — particolarmente soggetto a non sempre commendevoli fenomeni di « obsolescenza »).

<sup>41</sup> Sul tema della netta antitesi tra il modello commerciale tipico della fornitura dei servizi di comunicazione, da un lato, e quello della commercializzazione dei contenuti sulle reti telematiche, dall'altro, si veda: V. ZENO-ZENCOVICH, *I rapporti fra gestori di reti e fornitori di contenuti nel contesto europeo*, in questa *Rivista*, 2004, p. 426. L'autore, prospettando con assoluta precisione i termini della questione, formula delle riflessioni sulle vie attraverso le quali i due modelli di *business* possano trovare una sintesi in un ambiente tecnologico fisiologicamente convergente.

intense, assimilabili le ultime a quelle derivanti da *status* giuridici quali il possesso o la proprietà. A tale insieme di facoltà/poteri (ad es. copia, trasmissione, modifica, ecc.) che venissero di volta in volta riconosciuti all'utente, corrisponderebbero, nella prassi, altrettanti gradi di contribuzione economica (livelli di prezzo) cui l'utente stesso sarebbe tenuto per garantire in ogni caso la remunerazione del contenuto (arrivando a concepire anche dei « micropagamenti » per gli usi infinitesimali o comunque caratterizzati da maggiori limitazioni).

Sempre al primo modello potrebbero ascrivere nuove forme di circolazione e diffusione dei contenuti nel quadro delle quali la remunerazione degli stessi sia garantita da offerte commerciali di carattere pubblicitario: come accade per un giornale gratuito che copre i costi con i ricavi delle inserzioni (si immagini il caso in cui un contenuto, ad esempio un libro o una canzone, circoli sulle reti di comunicazione come indissolubilmente legato ad un messaggio pubblicitario alla cui percezione l'eventuale fruitore sia tecnicamente obbligato). In tal caso la remunerazione del contenuto potrebbe derivare dalla contribuzione dell'inserzionista; tale contribuzione, peraltro, grazie alle possibilità tecniche connesse alla digitalizzazione delle informazioni, potrebbe essere commisurata al numero di « contatti » — esattamente calcolabili attraverso *software* non complessi — cui l'inserzionista stesso acceda (e dei quali, in ultima analisi, benefici) grazie alla circolazione del contenuto cui il messaggio « pubblicitario » resta legato.

Si tratta, evidentemente, di tipi tutti ancora da delineare nelle loro specifiche connotazioni, ma accomunati dal tentativo/obiettivo di sfruttare i margini di libertà di fruizione che l'ordinamento concede per introdurre nuovi e profittevoli modelli commerciali.

È ben evidente che un approccio quale quello sopra descritto comporterebbe una vera e propria « rivoluzione copernicana » del sistema di tutela dei diritti di proprietà intellettuale rispetto ai modelli classici. Non si può certo dire, al momento, se i tempi siano effettivamente maturi per una svolta così netta. Appare tuttavia sensato osservare che la spiccata innovatività di schemi quali quelli appena tratteggiati renderebbe assolutamente necessaria una accurata ed attenta riflessione su tempistica e gradualità della realizzazione della nuova prospettiva.

Il secondo modello, cui si è fatto dianzi richiamo, appare piuttosto calibrato su un paradigma autoriale per così dire « classico », modellato quindi con riferimento alla circolazione delle opere creative nell'ambiente analogico. In breve il diritto di accesso ai contenuti in ambiente digitale verrebbe regolato da norme ed istituti che, seguendo i paradigmi classici, prevedano una accurata graduazione del rapporto « *dialettico ed osmotico* »<sup>42</sup> tra i diritti degli autori e dei loro aventi causa, da un lato, e le facoltà riconosciute dall'ordinamento agli utilizzatori, dall'altro.

Ed è, sostanzialmente, all'interno di tale modello che l'attuale diritto positivo italiano (e ancor prima — come si dirà oltre — l'ordinamento comunitario) propone una prospettiva di soluzione (pur con qualche aggiustamento, di recentissima introduzione).

<sup>42</sup> Per una limpida disamina critica dei rapporti fra diritti degli autori e libere utilizzazioni, si veda: N. ABRIANI, *Le utiliz-*

*zazioni libere nella società dell'informazione: considerazioni generali*, in AIDA, 2002, pag. 98.

Avendo riguardo al diritto vigente, ci troviamo al momento di fronte ad un *framework* giuridico di riferimento in progressiva e rapida evoluzione, per lo più costituito da dati alquanto disomogenei, spesso stratificatisi a seguito di una attività legislativa serrata, ma non sempre coordinata e coerente negli obiettivi<sup>43</sup>.

In particolare, occorre avere essenzialmente riguardo da un lato alla Legge Autore (come recentemente modificata dal decreto legge n. 72 del 22 marzo 2004 recante « *Interventi per contrastare la diffusione telematica abusiva di materiale audiovisivo, nonché a sostegno delle attività cinematografiche* ») e dall'altro alle norme della Direttiva 29/2001 sul diritto d'autore nella società dell'informazione<sup>44</sup>, recepita dal legislatore italiano con il Decreto Legislativo del 9 aprile 2003, n. 68.

Con detta Direttiva, il legislatore comunitario ha inteso precisare le regole di protezione delle opere oggetto di diritto d'autore, alla luce delle nuove « minacce » che ai diritti degli autori provengono dalle reti digitali e dall'infrastruttura informatica tutta<sup>45</sup>.

Tale ultima impostazione sembra peraltro confermata, nelle sue linee generali, dalla stessa Direttiva 2004/48/CE<sup>46</sup> sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale (c.d. direttiva *enforcement*).

Non si intende certo esaminare analiticamente in questa sede le recenti modifiche — alcune delle quali, peraltro, ancora *in fieri* — della disciplina sul diritto d'autore, cui si è fatto poc'anzi riferimento. Ciò che, invece, appare interessante osservare, in sintonia con le osservazioni critiche sopra svolte, è l'approccio del Legislatore di fronte alle nuove sfide della società dell'informazione. Invero, è un dato di fatto che la disciplina derivante dal recepimento della direttiva 29/2001 e dalla direttiva 48/2004 è sostanzialmente incentrata intorno all'idea di una tutela forte dei contenuti veicolati attraverso le reti di comunicazione elettronica<sup>47</sup>.

Come è stato correttamente osservato, infatti, l'ambiente « elettronico » (intendendo per tale l'ambiente virtuale creato dall'interconnessione delle reti e dall'interoperabilità dei terminali per le comunicazioni elettroniche) amplifica fortemente i rischi di *free riding* e quindi affievolisce (di fatto) l'efficacia della normale tutela<sup>48</sup>, che va pertanto rafforzata mediante l'in-

<sup>43</sup> Per una ricostruzione accurata della disciplina di settore colta nella sua rapida e continua evoluzione, tesa fra l'azione armonizzatrice comunitaria e l'attività di recepimento, non sempre impeccabile, del legislatore nazionale, si veda: L. CHIMIENTI, *Lineamenti del nuovo diritto d'autore*, V ed., Milano, 2004.

<sup>44</sup> Direttiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001 sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, in *GUCE* L 167 del 22 giugno 2001, pagg. 10-19.

<sup>45</sup> La definitiva dematerializzazione (digitalizzazione) dei contenuti, infatti, ha reso nel corso del tempo parzialmente inefficienti le misure (si direbbe « classiche ») previste dalla previgente normativa

sul diritto d'autore, calibrate sulla tradizionale stretta interdipendenza tra diritto e supporto (opera letteraria-libro; opera musicale-disco; opera dell'arte figurativa-quadro), interdipendenza che adesso è completamente superata per effetto delle multiformi possibilità che ha l'utente di fruire dei contenuti oggetto di diritti senza la forte limitazione derivante da una univoca relazione con il *corpus mechanicum*.

<sup>46</sup> Pubblicata sulla *GUCE* L 157 del 30 aprile 2004.

<sup>47</sup> In questo senso, v.: V. ZENO-ZENCovich, *I rapporti fra gestori di reti e fornitori di contenuti nel contesto europeo*, in questa *Rivista*, 2004, 425.

<sup>48</sup> M. WINKLER, *Brevi note intorno alla direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei di-*

serimento dei più appropriati puntelli, in alcuni e ben mirati punti « nevralgici » della disciplina.

### 3. IL RUOLO FONDAMENTALE DEL DIGITAL RIGHTS MANAGEMENT E DI UNA REGOLAZIONE FLESSIBILE.

Ciò detto, e prescindendo in questa sede dal più che vivace dibattito (tenutosi in sede politica, ma sviluppatosi soprattutto in ambito extraparlamentare) entro cui la Legge Urbani è stata discussa, è d'uopo rilevare che qualsiasi idea o prospettiva di protezione « forte » dei diritti di proprietà intellettuale in ambito digitale non può prescindere, allo stato, dal ricorso ad appropriati sistemi tecnici che consentano al soggetto che vanta la titolarità dei diritti sui contenuti di vigilare sul corretto e lecito uso degli stessi da parte dei terzi.

In questo senso si parla di tecniche di DRM (*Digital Rights Management*), cioè di quel complesso di misure tecnologiche che consentono la prevenzione dagli usi illeciti o comunque non rientranti nella sfera di facoltà dell'utilizzatore<sup>49</sup>. E per « misure tecnologiche » si intendono « *tutte le tecnologie, i dispositivi o componenti che, nel normale corso del loro funzionamento, sono destinati ad impedire o limitare atti, su opere o altri materiali protetti, non autorizzati dal titolare del diritto d'autore* »<sup>50</sup>.

A questa nozione possono essere ricondotti, per fare solo uno dei possibili esempi (secondo la comune esperienza dei consumatori), i codici di blocco (o altri accorgimenti tecnici) che impediscono all'utente di un operatore di telefonia mobile di ritrasmettere a terzi e gratuitamente un contenuto — come una suoneria o un notiziario on line — « scaricato » dal *server* del proprio *carrier*.

È ben evidente quale sia l'utilità dei sistemi di DRM per i titolari dei diritti sulle opere dell'ingegno. Il DRM rappresenta infatti un'ottima opportunità per elaborare soluzioni tecniche che consentano il rispetto delle norme a tutela della proprietà intellettuale sulle reti di comunicazioni elettroniche. In questo senso, grazie alle tecniche di DRM, gli autori (o, in ogni caso, i soggetti titolari di diritti di utilizzazione economica) potrebbero conseguire una efficace tutela dei propri diritti di proprietà intellettuale sui contenuti veicolati sulle reti di comunicazioni elettroniche. I soggetti facenti parte della catena del valore, servendosi del DRM, saranno agevolati nell'adottare delle coerenti strategie di *business* per garantire la remunerazione dei contenuti, la flessibilità della gestione degli stessi e contestualmente il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale. In questo modo, l'interoperabi-

ritti connessi nella società dell'informazione, in *Dir. comm. int.*, 2001, pag. 706.

<sup>49</sup> Recentemente, con specifico riferimento ai temi del DRM, si veda: G. GHIDINI-M. LILLÀ MONTAGNANI, *Esercizio del diritto d'autore e dei diritti connessi e dispositivi tecnologici di controllo dell'accesso ai prodotti culturali: profili giuridici*, relazione al convegno *Gestione collettiva dell'offerta e della domanda di prodotti culturali: collecting societies e « gruppi di ac-*

*quisto* », del 4 febbraio 2005, Roma, Università La Sapienza, in corso di pubblicazione. Nella relazione vengono fra l'altro ricostruiti i modelli di *business* entro cui le misure di DRM vengono di norma utilizzate, e così svolte delle considerazioni critiche circa l'impatto di tali scenari sull'intero sistema del diritto d'autore.

<sup>50</sup> Art. 6, co. 3 della direttiva 29/2001/CE.

lità dei sistemi e la multicanalità dell'accesso non verrebbero sostanzialmente ostacolati e potrebbero innescare un vero e proprio circolo virtuoso.

Del resto, proprio per le ragioni appena riferite, qualunque soluzione concreta di DRM dovrà consentire, quanto meno in linea di principio e salve le determinazioni del titolare, il pieno sfruttamento dei diritti di proprietà intellettuale oggetto di protezione, non essendo immaginabile un sistema che renda in qualche misura « monco » il fascio di diritti di utilizzazione economica delle opere o dei contenuti trasmissibili mediante le reti. Tale necessità sembra peraltro rispondere pienamente alle esigenze di massima valorizzazione del contenuto e di un più efficiente sfruttamento dello stesso. E massima efficienza nello sfruttamento significa, in linea derivata, abbattimento dei costi di fruizione per il consumatore finale.

Ferma quindi l'ineludibile esigenza (e rilevanza) pratica del DRM, una disciplina delle misure tecnologiche di difesa si giustifica proprio in quanto — come da più parti si è affermato — l'essenza stessa del diritto dell'autore si risolve di fatto in un controllo sull'accesso all'opera<sup>51</sup>.

È altrettanto vero, però, che il potere di controllo dell'autore deve conciliarsi con il rispetto degli « usi liberi » e delle « zone » di *fair use* garantiti dalla legge. Storicamente, infatti, il diritto esclusivo dell'autore di disporre dell'opera (e quindi di controllare l'accesso ad essa) ha « sofferto » di limitazioni ed eccezioni, previste dall'ordinamento al fine di garantire il rispetto ed il soddisfacimento di interessi (ad es. istruzione, ricerca, cronaca, etc.) sovraordinati all'interesse particolare dell'autore di ricavare profitto dalla propria creazione.

Recentemente, poi, la breccia nelle difese dell'autore si è andata ampliando e ciò non tanto per l'allargarsi degli spazi legali del *fair use*, bensì, in fatto, per il moltiplicarsi delle possibilità — non tutte e non sempre lecite — che ha oggi l'utente di procurarsi contenuti protetti praticamente a costo zero. In tale prospettiva basti considerare, con riferimento alle reti digitali, che — in assenza di « blocchi » tecnologici — le possibilità dell'utente di accedere al contenuto protetto e di veicolarlo a sua volta presso altri utenti si moltiplicano a dismisura; parallelamente, i modi di accesso e distribuzione non autorizzati divengono meno dispendiosi, sia in termini di tempo che di denaro<sup>52</sup>.

Da quest'ordine di considerazioni sorge l'esigenza di costruire un apparato normativo minimo entro cui possano svilupparsi quelle « misure tecnologiche » che consentano all'avente diritto di esercitare il proprio legittimo controllo sull'opera e contemporaneamente permettano all'utente di

<sup>51</sup> Per l'accezione, innovativa, del diritto d'autore come *access right*, v.: M. RICOLFI, *Il diritto d'autore*, in N. ABRIANI, G. COTTINO, M. RICOLFI, *Diritto Industriale*, in *Trattato di diritto commerciale diretto da G. Cottino*, Volume II, Padova, 2001.

<sup>52</sup> Si pensi, giusto per avere una prima idea del fenomeno, a quanto avveniva fino a qualche tempo fa se un consumatore voleva « duplicare » un libro o una audiocassetta: egli avrebbe dovuto fotocopiare il materiale cartaceo ovvero acquistare un nastro vergine per incidervi il contenuto

del nastro originale, il tutto con evidenti esborsi economici dovuti al costo del supporto, nonché tempo perduto per la realizzazione della procedura. Ora, invece, un utente di servizi di telefonia mobile di seconda o terza generazione potrebbe, in assenza di « misure tecnologiche » di protezione, scaricare sul proprio terminale un *file* audio ovvero un filmato — ad es. quelli relativi agli *highlights* delle partite di calcio — e poi ritrasmetterlo via porta infrarossi o tecnologia *Bluetooth* ad un terminale di altro utente.

continuare a poter fruire delle c.d. « utilizzazioni libere » consentite dalla legge.

Le necessarie riflessioni *de iure condendo*, peraltro, vanno integrate con la considerazione per cui qualsivoglia tentativo di disciplinare i sistemi di DRM in armonia con le norme a protezione dei diritti di proprietà intellettuale deve confrontarsi con l'esigenza di creare regole (o *standard*) armonizzati a livello sopranazionale, e ciò proprio in considerazione della dimensione sempre meno « particolare » dei mercati di riferimento. Non v'è dubbio, infatti, che sopranazionali ed integrati sono i mercati entro cui operano i vari soggetti facenti parte della catena del valore che si è in precedenza descritta.

Si impone pertanto l'esigenza di un'azione unitaria da parte del Legislatore internazionale. E qui un ruolo di straordinaria importanza potrà essere svolto dalle istituzioni comunitarie.

Non si tratta, dunque, semplicemente di costruire dei « binari » normativi per tecnici, ingegneri e programmatori (ai quali il giurista, in definitiva, poco ha da insegnare sul piano delle soluzioni del problema tecnico contingente). Si tratta piuttosto di prefigurare — in un panorama normativo mutevole e sovente di difficile interpretazione — le condizioni di illiceità di determinati usi che avvengano in violazione delle legittime difese adottate dall'avente diritto.

Al momento, lo scarno *framework* giuridico del DRM è costituito essenzialmente dalla stessa Direttiva 29/2001 sul diritto d'autore nella società dell'informazione, che, come detto, è stata recepita dal legislatore italiano con il Decreto Legislativo 9 aprile 2003, n. 68.

Come già accennato, la disciplina dettata dalla Direttiva 29/2001 innalza il grado di protezione che gli autori possono vantare avverso le nuove « minacce » derivanti dall'esteso uso e dalla capillare diffusione delle reti digitali e dell'infrastruttura informatica tutta.

Per ciò che più precisamente concerne il DRM, le norme fondamentali della direttiva 29/2001/CE citata che forniscono un primo generale quadro normativo del DRM sono quelle che si ricavano dall'art. 6 della direttiva (testo che, peraltro, appare di tutt'altro che agevole interpretazione). Tali norme indirizzano gli Stati membri verso una regolamentazione delle « misure tecnologiche » (come definite dall'art. 6, co. 3 della direttiva 29/2001) volte alla tutela dei diritti dell'autore.

Ed è proprio con l'obiettivo di individuare tali condizioni di illiceità che si può tentare una lettura del testo normativo in esame.

Le previsioni dell'art. 6 della direttiva riguarda, come detto, gli « obblighi relativi alle misure tecnologiche ».

L'art. 6.1 della direttiva stabilisce che « *Gli Stati membri prevedono un'adeguata protezione giuridica contro l'elusione di efficaci misure tecnologiche, svolta da persone consapevoli, o che si possano ragionevolmente presumere consapevoli, di perseguire tale obiettivo* ».

L'art. 6.2 della direttiva sancisce il divieto dei c.d. « atti preparatori » finalizzati all'attuazione dei comportamenti elusivi, il cui divieto in sé è stabilito all'art. 6.1<sup>53</sup>.

<sup>53</sup> L'art. 6.2 della direttiva 2001/29/CE recita:

« *Gli Stati membri prevedono un'adeguata protezione giuridica contro la fabbrica-*

L'art. 6.3, il cui testo è stato sopra riportato, chiarisce come detto la nozione di « misure tecnologiche »<sup>54</sup>.

L'art. 6.4, per molti versi il passaggio maggiormente critico della normativa, individua l'esatto rapporto fra la tutela delle anzi dette « misure tecnologiche » e le eccezioni<sup>55</sup> (sancite all'art. 5 della direttiva) alla esclusività del diritto d'autore<sup>56</sup>. In tal modo, la direttiva perviene indirettamente (e per differenza) ad una definizione del concetto di « accesso legale » all'opera dell'ingegno.

L'art. 6.4 della direttiva è, in effetti, il passaggio maggiormente complesso del testo normativo in esame, ed una sua analisi completa non

*cazione, l'importazione, la distribuzione, la vendita, il noleggio, la pubblicità per la vendita o il noleggio o la detenzione a scopi commerciali di attrezzature, prodotti o componenti o la prestazione di servizi, che:*

a) siano oggetto di una promozione, di una pubblicità o di una commercializzazione, con la finalità di eludere, o

b) non abbiano, se non in misura limitata, altra finalità o uso commercialmente rilevante, oltre quello di eludere, o

c) siano principalmente progettate, prodotte, adattate o realizzate con la finalità di rendere possibile o di facilitare l'elusione di efficaci misure tecnologiche ».

<sup>54</sup> « Tutte le tecnologie, i dispositivi o componenti che, nel normale corso del loro funzionamento, sono destinati ad impedire o limitare atti, su opere o altri materiali protetti, non autorizzati dal titolare del diritto d'autore ».

<sup>55</sup> Le sette eccezioni previste dalla direttiva sono le seguenti:

a) la reprografia;

b) gli atti di riproduzione specifici effettuati da biblioteche accessibili al pubblico, istituti di istruzione, musei, archivi;

c) le registrazioni effimere di opere realizzate da organismi di diffusione radiotelevisiva;

d) le riproduzioni di emissioni radiotelevisive effettuate da istituzioni sociali pubbliche;

e) la riproduzione o comunicazione al pubblico per uso didattico o di ricerca scientifica;

f) la riproduzione o comunicazione al pubblico per uso a favore di portatori di handicap;

g) la riproduzione o comunicazione al pubblico per uso per fini di pubblica sicurezza o ufficiali.

<sup>56</sup> L'art. 6.4 della direttiva 2001/29/CE recita:

« In deroga alla tutela giuridica di cui al paragrafo 1, in mancanza di misure volontarie prese dai titolari, compresi accor-

di fra titolari e altre parti interessate, gli Stati membri prendono provvedimenti adeguati affinché i titolari mettano a disposizione del beneficiario di un'eccezione o limitazione, prevista dalla normativa nazionale in conformità dell'articolo 5, paragrafo 2, lettere a), c), d), e), o dell'articolo 5, paragrafo 3, lettere a), b) o e), i mezzi per fruire della stessa, nella misura necessaria per poter fruire di tale eccezione o limitazione e purché il beneficiario abbia accesso legale all'opera o al materiale protetto in questione.

Uno Stato membro può inoltre adottare siffatte misure nei confronti del beneficiario di un'eccezione di una limitazione prevista in conformità dell'articolo 5, paragrafo 2, lettera b), a meno che i titolari non abbiano già consentito la riproduzione per uso privato nella misura necessaria per poter beneficiare dell'eccezione o limitazione in questione e in conformità delle disposizioni dell'articolo 5, paragrafo 2, lettera b), e paragrafo 5, senza impedire ai titolari di adottare misure adeguate relativamente al numero di riproduzioni conformemente alle presenti disposizioni.

Le misure tecnologiche applicate volontariamente dai titolari, anche in attuazione di accordi volontari e le misure tecnologiche attuate in applicazione dei provvedimenti adottati dagli Stati membri, godono della protezione giuridica di cui al paragrafo 1.

Le disposizioni di cui al primo e secondo comma del presente paragrafo non si applicano a opere o altri materiali a disposizione del pubblico sulla base di clausole contrattuali conformemente alle quali i componenti del pubblico possono accedere a dette opere e materiali dal luogo e nel momento scelti individualmente.

Quando il presente articolo si applica nel contesto delle direttive 92/100/CEE e 96/9/CE, il presente paragrafo si applica mutatis mutandis ».



può, per ovvie ragioni di spazio, trovare in questa sede una approfondita trattazione.

Basti per ora rilevare che il principio generale contenuto nell'art. 6.4 della direttiva è quello per cui la libertà contrattuale delle parti prevale sulla legge sul diritto d'autore in ambiente digitale. E tanto si evince da agevole interpretazione testuale dell'art. 6.4, 1° sottoparagrafo, ove il Legislatore comunitario da un lato invita gli Stati membri ad introdurre norme che garantiscano l'operatività, in favore degli utenti, delle eccezioni di cui all'art. 5, ma dall'altro avverte altresì che si tratta di una tutela « minima », che fa salvi i diversi accordi fra le parti.

Sembra questo un principio innovativo e di straordinaria importanza (recepito dal Legislatore italiano con la novella delle Legge Autore all'art. 71-*quinquies*, 190 e 194-bis).

L'importanza, però, non risiede solo nell'opzione di politica legislativa in sé (che pure lascia aperti, in linea teorica, varchi « negoziali » più ampi nel controllo dell'avente diritto sull'accesso all'opera), quanto piuttosto nel fatto che vengono individuati in maniera abbastanza precisa i confini dell'« accesso legale » all'opera protetta: da un lato le famose « eccezioni » previste dalla legge, dall'altro (ed in via sussidiaria) le eventuali pattuizioni fra l'avente diritto (e per avente diritto, si badi, non si intende solo l'autore o il *content owner*, ma anche ogni altro soggetto della catena del valore che sia legittimato alla fornitura del contenuto all'utente) e le altre parti interessate con riferimento a quelle citate sette eccezioni salvaguardate nell'ambiente digitale (cfr. nota 56).

In conclusione, all'esito di quanto sin qui detto circa la tutela dei contenuti nell'ambiente digitale ed il ruolo del DRM, sembra che la peculiare interazione fra le istanze di tutela dei diritti di proprietà intellettuale ed i multiformi « attacchi » che a questi ultimi provengono dal costante ed incessante evolversi della tecnologia suggeriscano l'opportunità di una regolazione « flessibile » che sia pronta ad adeguarsi rapidamente alla evoluzione tecnologica, i tempi assai rapidi della quale mal si conciliano con una normativa rigida, non aperta al cambiamento (*ergo*, il regolatore è qui forse preferibile al Legislatore).

### III. LA COMUNICAZIONE ELETTRONICA DELLE INFORMAZIONI, LA LORO UTILIZZAZIONE COMMERCIALE E LE ESIGENZE DI TUTELA DELLA PRIVACY E SICUREZZA DEI DATI.

Da ultimo, sotto un ulteriore profilo, l'utilizzazione « ampliata » e « multicanale » delle informazioni, che può sì, da un lato, senz'altro produrre il beneficio di un allargamento dei mercati e delle offerte di comunicazione, nello stesso tempo, su un versante opposto, può dar luogo ad un possibile aumento delle minacce alla *privacy* e alla sicurezza dei dati immessi in tale « Rete telematica integrata »<sup>57</sup>.

<sup>57</sup> Con riferimento al rapporto tra la *privacy* e la sicurezza dei dati, basti forse riportare quanto affermato dal Garante per la protezione dei dati personali nella

sua *Relazione Annuale* del 1997: « *Le disposizioni che in varia forma regolano la raccolta, l'elaborazione e la divulgazione delle informazioni personali risulterebbero*

Di qui, come accennato in Premessa, una possibile conseguente riduzione della propensione soggettiva all'utilizzo stesso dei mezzi di comunicazione elettronica: si pensi in particolare, al riguardo, da un lato al fenomeno dello *spamming* ed ai disagi che il medesimo comporta per i titolari di caselle di posta elettronica<sup>58</sup>; dall'altro, alle difficoltà ed incertezze operative che accompagnano, quanto meno nel nostro Paese, lo sviluppo dello strumento del c.d. *e-commerce*<sup>59</sup>.

*inefficaci qualora non fossero assistite da un'idonea politica della sicurezza che porti a custodire i dati e a gestire i sistemi riducendo al minimo il rischio della perdita anche accidentale delle informazioni o di un accesso non corretto o non consentito* » (Garante per la protezione dei dati personali, *Relaz. 1997*, p. 36). Cfr., al riguardo: G.M. RICCIO, *Sicurezza dei dati e dei sistemi*, in S. SICA, P. STANZIONE (a cura di), *La nuova disciplina della privacy - D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, Bologna, 2004, p. 126 ss.; nonché G. CORASANTI, *Esperienza giuridica e sicurezza informatica*, Milano, 2003, p. 49 ss.; D. LIANTONIO, *La legge sulla privacy e la sicurezza dei dati*, in R. PARDOLESI (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Milano, 2003, p. 751. Rispetto ai profili problematici per la riservatezza e la sicurezza dei dati immessi nella rete interattiva, v. in particolare: V. ZENO-ZENCOVICH, *Ragioni ed obiettivi del Codice*, in F. CARDARELLI, S. SICA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Il codice dei dati personali - Temi e problemi*, Milano, 2004, p. 4 ss. (il quale traccia il nuovo ambito d'interesse delle suddette tematiche, a seguito della diffusione della tecnologia digitale, evidenziando il fatto che: «Prima si sarebbe focalizzata l'attenzione (e dunque l'intervento) sugli elaboratori; ora l'elaboratore sta solo ad indicare una delle tante apparecchiature le quali funzionano grazie ad un programma informatico al quale affluiscono dati digitalizzati»); S. RODOTÀ, *Intervista su privacy e libertà* (a cura di P. Conti), Bari, 2005, p. 109 ss., nonché *Tecnopolitica*, Bari, 2004; G. CORASANTI, *La sicurezza dei dati personali*, in F. CARDARELLI, S. SICA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Il codice dei dati personali - Temi e problemi*, op. cit., p. 111 ss., nonché *Esperienza giuridica e sicurezza informatica*, op. cit., p. 179 ss.; A. BIASOTTI, *Codice della privacy e misure minime di sicurezza - D.Lgs. 196/2003 (II Edizione)*, Roma, 2004, p. 15 ss.; P. PERRI, *Le misure di sicurezza*, in J. MONDUCCI, G. SARTOR (a cura di), *Il Codice in materia di protezione dei dati personali - Commentario sistematico al D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196*, Padova, 2004, p. 137 ss.;

oltre che, in generale riguardo alle comunicazioni interattive, G. CASSANO, *Internet e riservatezza*, in *Internet. Nuovi problemi e questioni controverse* (a cura di G. Cassano), Milano, 2000, p. 9 ss.

<sup>58</sup> Disagi che sono stati, da ultimo, dettagliatamente delineati dalla Commissione nella recente « *Comunicazione relativa alle comunicazioni commerciali indesiderate (spam)* », COM(2004) 28 def. del 22 gennaio 2004, in specie p. 7 ss..

<sup>59</sup> Riguardo a tali questioni, si rimanda in particolare a: A.M. GAMBINO, *E-commerce*, in G. ALPA (a cura di) *Diritto privato dei consumi*, in corso di pubblicazione, Torino, 2005; A. SIROTTI GAUDENZI, *Il commercio elettronico nella Società dell'Informazione*, Napoli, 2003, p. 195 ss.; F. DELFINI, *Il commercio elettronico*, Padova, 2004, in specie p. 192 ss.; E. TOSI (a cura di), *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, Milano, 2003, in specie p. 269 ss. (G. Finocchiaro) e 307 ss. (E. Tosi); V. ZENO-ZENCOVICH, *Note critiche al decreto sul commercio elettronico*, in questa *Rivista*, 2003, p. 507 ss.; S. SICA, *La riforma della legge sui dati personali*, in questa *Rivista*, 2002, p. 289 ss.; A. LEVI, F. ZANICHELLI, *L'utilizzo dell'e-mail a fini pubblicitari: dallo spamming al permission marketing*, in *Rivista di diritto industriale*, 2001, p. 195 ss.; D. MEMMO, *La privacy informatica: linee di un percorso normativo*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 1213 ss.; M. ATELLI, *Privacy e telecomunicazioni*, Napoli, 1999, p. 222 ss.; G. CIACCI, *Internet e diritto alla riservatezza*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1999, p. 233 ss.; G. BRIGANTI, *L'attuazione della direttiva europea sul commercio elettronico*, consultabile sul sito web <http://www.iusreporter.it/Testi/ecommerce1.htm>. Ma si vedano anche: G. CASSANO (a cura di), *Diritto delle nuove tecnologie informatiche e dell'Internet*, Milano, 2002; F. TOZZI, *I pagamenti elettronici*, in G. ALPA (a cura di), *Diritto privato dei consumi*, op. cit.; M. TIDONA, *I pagamenti elettronici in Internet*, Rimini, 2001, e *Il commercio elettronico della Rete Internet*, in A. SIROTTI GAUDENZI (a cura di), *Trattato Breve di Diritto della Rete*, Rimini,

# 1. LE MISURE DI SICUREZZA RICHIESTE PER IL TRATTAMENTO DI DATI CON STRUMENTI ELETTRONICI DAL NUOVO CODICE PER LA TUTELA DELLA PRIVACY.

Un contributo fondamentale, sull'argomento, appare quello proveniente dal nuovo *Codice in materia di protezione dei dati personali*<sup>60</sup>, che ha recepito la precedente disciplina in materia al fine di completarla con adattamenti rispondenti alla continua ed inesorabile evoluzione dei sistemi informatici<sup>61</sup>.

2001; R. GAMBERALE, *Le problematiche legali del commercio elettronico*, in *Giur. it.*, 2001, p. 417 ss.; oltre ad A. STAZI, *La pubblicità commerciale on line*, Milano, 2004, in partic. pp. 16, 27 ss. e 79 ss., e *La disciplina delle comunicazioni elettroniche non richieste alla luce del D.Lgs. n. 70/2003 sul commercio elettronico e del nuovo « Codice in materia di protezione dei dati personali »*, in questa *Rivista*, n. 2003, p. 1101 ss..

<sup>60</sup> Emanato con decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n. 174 del 29 luglio 2003 ed entrato in vigore il 1° gennaio 2004. Per un'ampia trattazione delle novità introdotte dal Codice della *privacy*, si vedano: V. Italia (coordinato da), *Codice della privacy - Commento al Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n. 196 aggiornato con le più recenti modifiche legislative*, Milano, 2004; F. CARDARELLI, S. SICA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Il codice dei dati personali - Temi e problemi*, op. cit.; S. SICA, P. STANZIONE (a cura di), *La nuova disciplina della privacy - D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, op. cit.; J. MONDUCCI, G. SARTOR (a cura di), *Il Codice in materia di protezione dei dati personali - Commentario sistematico al D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196*, op. cit.; G.P. CIRILLO (a cura di), *Il Codice sulla protezione dei dati personali*, Milano, 2004; R. IMPERIALI, R. IMPERIALI, *Codice della privacy - Commento alla normativa sulla protezione dei dati personali*, Milano, 2004; R. ACCIAI (a cura di), *Il diritto alla protezione dei dati personali - La disciplina sulla privacy alla luce del nuovo Codice*, Rimini, 2004; AA.VV., *Guida al diritto Il Sole 24Ore - Il Codice della privacy*, Milano, n. 8/2003; M. MASNADA, *Relazione sul Codice in materia di protezione dei dati personali*, in corso di pubblicazione sul sito web <http://www.iplaw.it>.

<sup>61</sup> La disciplina della *privacy* è stata quindi richiamata anche nel *Codice delle comunicazioni elettroniche* (d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, attuativo del nuovo fra-

mework comunitario in materia contenuto nelle direttive del 2002, cit.), nel quale in particolare: a) rispetto alla generale garanzia dei diritti inderogabili di tutela delle persone nell'uso dei mezzi di comunicazione elettronica e di piena libertà di fornitura delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, sono fatte salve le limitazioni derivanti da esigenze (tra le altre) « della riservatezza e protezione dei dati personali, poste da specifiche disposizioni di legge o da disposizioni regolamentari di attuazione » (art. 3, c. 3); b) viene inoltre espressamente menzionato, tra gli obiettivi generali della disciplina di reti e servizi di comunicazione elettronica, il rispetto del diritto costituzionalmente garantito della « segretezza delle comunicazioni, anche attraverso il mantenimento dell'integrità e della sicurezza delle reti di comunicazione elettronica » (art. 4, c. 1, lett. b); c) viene previsto che il Ministero e l'AGCom, nell'ambito delle rispettive competenze, promuovano gli interessi dei cittadini, tra le altre cose « contribuendo a garantire un livello elevato di protezione dei dati personali e della vita privata » e « garantendo il mantenimento dell'integrità e della sicurezza delle reti pubbliche di comunicazione » (art. 13, c. 6, lettere c), f). Il ruolo centrale in materia peraltro, anche nell'ambito delle comunicazioni elettroniche, pare comunque spettare al Garante, il quale ha il duplice compito di svolgere funzioni direttamente ispettive e di controllo, e di curare la conoscenza tra il pubblico della disciplina rilevante in materia di trattamento dei dati personali e delle relative finalità, nonché delle misure di sicurezza dei dati (art. 154, Codice *privacy*). Si vedano, in argomento: G. CORASANITI, *La sicurezza dei dati personali*, op. cit., p. 128 ss.; S. FARO, *Trattamento dei dati personali e tutela della riservatezza nelle comunicazioni elettroniche*, in M. CLARICH, G. CARTEI (a cura di), *Il Codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2004, p. 529 ss..

Nel nuovo *corpus* normativo, infatti, oltre a prevedersi in generale il divieto di utilizzare una rete di comunicazione elettronica per accedere ad informazioni archiviate nell'apparecchio terminale di un abbonato o utente, per archiviare informazioni o per monitorare le operazioni dell'utente — salvo peraltro il caso di determinati scopi legittimi relativi alla memorizzazione tecnica (per il tempo strettamente necessario alla trasmissione della comunicazione) o alla fornitura di uno specifico servizio richiesto dall'abbonato o utente (che abbia espresso il proprio consenso al trattamento) — vengono disciplinati in modo specifico gli aspetti tecnici delle misure di sicurezza da applicare, anche in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnologico, alle diverse operazioni che contemplano l'impiego di dati di natura personale, con particolare riguardo proprio alla trasmissione dei dati per via telematica.

I soggetti fornitori di servizi di comunicazione elettronica<sup>62</sup> sono tenuti ad adottare tutte quelle misure tecniche ed organizzative idonee rispetto al caso concreto, e comunque adeguate al rischio esistente per salvaguardare da ogni forma di utilizzazione o cognizione non consentita sia la sicurezza dei servizi offerti, sia l'integrità dei dati relativi al traffico e all'ubicazione dell'apparecchiatura terminale dell'utente<sup>63</sup>. Inoltre, quando per aversi un'effettiva sicurezza del servizio o dei dati è richiesta anche l'adozione di misure che riguardano la rete, il fornitore del servizio di comunicazione elettronica deve adottare tali misure congiuntamente con il fornitore della rete pubblica di comunicazioni.

Il fornitore di servizi, ancora, è tenuto a fornire una specifica informativa nei confronti degli abbonati ed, ove possibile, degli utenti, tutte le volte in cui sussista un particolare rischio di violazione della sicurezza della rete, dovendo altresì indicare, quando il rischio è al di fuori dell'ambito di applicazione delle misure che egli stesso è tenuto ad adottare, tutti i possibili rimedi e i relativi costi presumibili<sup>64</sup>. Attraverso quest'insieme di di-

<sup>62</sup> Intendendosi per tali, ai sensi dell'art. 4, c. 2, lett. e) del Codice, « i servizi consistenti esclusivamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali su reti di comunicazioni elettroniche, compresi i servizi di telecomunicazioni e i servizi di trasmissione nelle reti utilizzate per la diffusione circolare radiotelevisiva nei limiti previsti dall'art. 2 lett. c) della direttiva 2002/21/CE » (ed aggiungendosi a ciò, nell'art. 32, il carattere fondamentale che siano accessibili al pubblico). Sull'argomento, si rimanda in specie a: P. PERRI, *Le misure di sicurezza*, op. cit., pp. 119 ss. e 150 ss..

<sup>63</sup> In particolare, i rischi da evitarsi sono i seguenti: a) « distruzione o perdita, anche accidentale, dei dati »; b) « accesso non autorizzato »; c) « trattamento non consentito o non conforme alle finalità della raccolta » (cfr. art. 31, Codice). È punita, pertanto, anche la distruzione o la perdita accidentale, ossia derivante da meri accadimenti naturali. Il titolare del trattamento, quindi, deve fare fronte a tali ipotesi in via preventiva, predisponendo le mi-

sure (tecnico-contrattuali) necessarie ad evitare i relativi danni. In proposito, si vedano in specie: G.M. RICCIO, *Sicurezza dei dati e dei sistemi*, op. cit., p. 128 s.; G. CORASANITI, *La sicurezza dei dati personali*, op. cit., p. 114 s.; R. IMPERIALI, R. IMPERIALI, *La tutela dei dati personali*, Milano, 1997, p. 145.

<sup>64</sup> Analoga informativa, inoltre, deve essere resa dal fornitore al Garante per la protezione dei dati personali ed all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni. A tali soggetti spetta, in considerazione di quanto sin qui accennato, esercitare — e promuovere — un'azione congiunta a tutela della libertà della comunicazione e dei dati personali, sia attraverso valutazioni (ove possibili comuni) sull'adeguatezza delle informazioni fornite sia, a monte, tramite l'acquisizione del punto di vista degli utenti per mezzo di adeguate procedure consultive, ad esempio tramite l'esame dei reclami più diffusi o delle accertate attività di segnalazione, relativi a particolari modalità di svolgimento o inconvenienti deri-

sposizioni, dunque, il Codice in sostanza recepisce integralmente le prescrizioni dettate in tema di sicurezza dalla direttiva 2002/58/CE<sup>65</sup>.

Il Codice demanda, poi, al *Disciplinare Tecnico* di cui al suo « *Allegato B* »<sup>66</sup> la determinazione degli aspetti organizzativi e delle modalità di applicazione delle misure di sicurezza dei dati personali<sup>67</sup>.

In base ad esso, i sistemi informatici utilizzati per il trattamento dei dati debbono, affinché il trattamento venga eseguito lecitamente, rispettare una serie di « *misure minime di sicurezza* ».

Innanzitutto, in tal senso, essi dovranno essere dotati di un sistema di « *autenticazione* », ovvero di identificazione certa dell'utente mediante un apposito processo di riconoscimento (*password*, *smart card*, impronta digitale, *etc.*), e di adeguate procedure di gestione delle relative credenziali di autenticazione<sup>68</sup>. Inoltre, quando per gli incaricati siano individuati profili di autorizzazione di ambito diverso, dovrà essere contemplato altresì un successivo sistema di « *autorizzazione* » — ovvero quel meccanismo tramite il quale il sistema informatico concede o meno, all'utente già autenticato, l'accesso a determinati dati o programmi (quali ad esempio un *database* o una risorsa di rete)<sup>69</sup>.

vanti da determinati servizi (cfr. ancora, sul tema: G.M. RICCIO, *Sicurezza dei dati e dei sistemi*, op. cit., p. 131; G. CORASANTI, *La sicurezza dei dati personali*, op. cit., p. 127 s.). A proposito delle questioni legate all'informativa e al consenso dell'interessato, si veda anche: G.M. RICCIO, *Il consenso dell'interessato al trattamento via Internet dei dati personali*, in S. SICA, P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Milano, 2002, p. 333 ss..

<sup>65</sup> « *Relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche* », pubblicata in GUCE L 201 del 31 luglio 2002. Riguardo alle disposizioni introdotte dalla direttiva 2002/58/CE, si vedano in particolare: G. CASSANO, M. AQUINO, *Il trattamento dei dati personali alla luce della direttiva 2002/58*, in *I Contratti*, 2003, p. 402 ss.; I. WALDEN, *Data Protection*, in *Computer Law* (edited by C. Reed, J. Angel), Oxford, N.Y., 2003, p. 451 ss.; F. DELFINI, *Il commercio elettronico*, op. cit., p. 192 ss.; G. BRIGANTI, *Comunicazioni elettroniche: sicurezza e riservatezza*, consultabile anche sul sito web [http://www.diritto.it/articoli/dir\\_tecnologie/briganti8.htm](http://www.diritto.it/articoli/dir_tecnologie/briganti8.htm); oltre al cit. A. STAZI, *La pubblicità commerciale on line*, p. 159 ss..

<sup>66</sup> Da aggiornarsi periodicamente « *con decreto del Ministro della Giustizia di concerto con il Ministro per le innovazioni e le tecnologie, in relazione all'evoluzione tecnica e all'esperienza maturata nel settore* » (art. 36, Codice).

<sup>67</sup> Riguardo ai rapporti fra il Codice ed il *Disciplinare Tecnico* e alle specifiche previsioni di quest'ultimo, si rimanda a: G. CORASANTI, *La sicurezza dei dati personali*, op. cit., p. 133 ss.; G.P. CIRILLO (a cura di), *Il Codice sulla protezione dei dati personali*, op. cit., p. 189 ss.; J. MONDUCCI, G. SARTOR (a cura di), *Il Codice in materia di protezione dei dati personali - Commentario sistematico al D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196*, op. cit., p. 152 ss.; F. BERGHELLA, *Guida pratica alle nuove misure di sicurezza per la privacy*, op. cit., p. 165 ss.; R. IMPERIALI, R. IMPERIALI, *Codice della privacy - Commento alla normativa sulla protezione dei dati personali*, op. cit., p. 795 ss..

<sup>68</sup> La *password*, in particolare, non deve contenere riferimenti agevolmente riconducibili all'incaricato, e deve essere modificata dallo stesso al primo utilizzo e successivamente almeno ogni sei mesi (tre nel caso di utilizzo di dati sensibili); cfr. Disc., parr. 1-11.

<sup>69</sup> Periodicamente, e comunque almeno annualmente, deve essere verificata la sussistenza delle condizioni per la conservazione dei profili di autorizzazione (Disc., parr. 12-14). Sul tema si vedano, tra gli altri: A. BIASOTTI, *Codice della privacy e misure minime di sicurezza - D.Lgs. 196/2003 (II Edizione)*, op. cit., in specie pp. 45 ss. e 113 ss.; R. ACCIAI (a cura di), *Il diritto alla protezione dei dati personali - La disciplina sulla privacy alla luce del nuovo Codice*, op. cit., p. 241 ss..

Il titolare dovrà, inoltre, curare l'aggiornamento periodico dell'individuazione dell'ambito del trattamento consentito ai singoli incaricati, la protezione degli strumenti elettronici e dei dati rispetto a trattamenti illeciti di dati, ad accessi non consentiti e a determinati programmi informatici — ciò in particolare attraverso l'aggiornamento dei *software antivirus* « con cadenza almeno semestrale » e dei *software* volti a prevenire la vulnerabilità di strumenti elettronici e a correggerne difetti « almeno annualmente » (salvo per il caso di trattamento di dati sensibili, ove l'aggiornamento deve essere almeno semestrale) — nonché, ancora, l'adozione di tecniche di cifratura o di codici identificativi per determinati trattamenti di dati sensibili<sup>70</sup>.

Per quei casi residuali, poi, nei quali la limitatezza tecnologica degli strumenti in uso o la loro obsolescenza non consentano di attuare completamente il dettato normativo, è prevista una dilazione dei termini per mettersi a norma<sup>71</sup>, con l'obbligo per il titolare di descrivere in un documento avente data certa, da custodire presso la propria struttura, gli impedimenti tecnici che hanno reso impossibile o parziale l'immediata applicazione delle misure minime di sicurezza<sup>72</sup>.

Il Codice prescrive, inoltre, la redazione e l'aggiornamento annuale di un *Documento Programmatico sulla Sicurezza (DPS)*, qualificandone specificamente finalità e contenuti<sup>73</sup>. In particolare, riguardo alle misure di protezione da adottare, il Codice si propone l'obiettivo di tutelare l'integrità e la riservatezza dei dati in tutte le fasi del trattamento (raccolta, registrazione, correzione, trasmissione, distruzione), con misure: a) fisiche (quali, ad esempio, limitazione degli accessi ai locali, protezione delle aree, presenza di armadi con chiave); b) logiche (*antivirus*, *firewall*); c) organizzative (nomine, sensibilizzazione del personale e dei collaboratori).

Riguardo al contenuto del suddetto DPS, è espressamente previsto, per quanto di rilievo in questa sede, che esso contenga: — l'elenco dei trattamenti di dati personali ai quali si procede e l'analisi dei rischi incombenti sui medesimi; — la distribuzione dei compiti e delle responsabilità nell'ambito delle strutture preposte al trattamento dei dati; — le misure da adottare per garantire l'integrità e la disponibilità dei dati stessi, nonché la protezione delle aree e dei locali rilevanti ai fini della loro custodia e accessibilità<sup>74</sup>.

<sup>70</sup> Riguardo a tali questioni, si rimanda in particolare a: A. BIASOTTI, *Codice della privacy e misure minime di sicurezza - D.Lgs. 196/2003 (II Edizione)*, op. cit., pp. 37 ss. e 133 ss.; F. BERGHELLA, *Guida pratica alle nuove misure di sicurezza per la privacy*, op. cit., p. 147 ss.; L. BAFIGO, *Documento programmatico entro il 31 marzo, in Guida al diritto Il Sole 24 Ore - Il Codice della privacy*, op. cit., p. 118 ss..

<sup>71</sup> Da ultimo, a seguito delle ripetute proroghe dei termini per l'attuazione delle previsioni in materia di misure di sicurezza concesse in seguito all'emanazione del Codice, dal 31 dicembre 2005 al 31 marzo 2006.

<sup>72</sup> In proposito si rinvia a: J. MONDUCI, G. SARTOR (a cura di), *Il Codice in materia di protezione dei dati personali - Commentario sistematico al D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196*, op. cit., p. 155 ss.; R. ACCIAI (a cura di), *Il diritto alla protezione dei dati personali - La disciplina sulla privacy alla luce del nuovo Codice*, op. cit., p. 266 ss..

<sup>73</sup> Non è previsto che il Documento debba essere notificato o comunicato, ma esso dovrà essere esibito all'Autorità a seguito di sua eventuale richiesta (cfr. deliberazione del Garante del 29 maggio 2000, in *Bollettino*, n. 13, p. 30, consultabile sul sito [web http://www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it)).

<sup>74</sup> Riguardo al DPS, si rimanda in



Quanto fatto per la tutela dei dati, infine, dovrà in ogni caso essere documentato in un atto avente data certa<sup>75</sup>.

## 2. LE « MISURE MINIME DI SICUREZZA » DEL CODICE PRIVACY SONO SUFFICIENTI ED EFFETTIVAMENTE PRATICABILI NEL CONTESTO DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE?

È opportuno domandarsi, riguardo alle suddette previsioni — ed al di là della tempistica che sarà effettivamente necessaria per la loro attuazione, come accennato in precedenza già più volte prorogata ed in generale certamente non priva di difficoltà ed incertezze per gli operatori — se esse siano o meno sufficienti, di per sé, a fornire soluzione al possibile incremento delle minacce alla *privacy* e alla sicurezza dei dati immessi nella nuova rete integrata delle comunicazioni. E, già ad una prima analisi, la risposta a tale quesito appare senz'altro negativa.

È vero, come si è detto, che tali disposizioni apportano un notevole contributo al sistema normativo della materia ed alla sicurezza dei dati trattati. È però altrettanto vero, al contempo, che da un lato per proprie carenze intrinseche<sup>76</sup>, e dall'altro per la loro natura congenitamente con-

particolare a: J. MONDUCCI, G. SARTOR (a cura di), *Il Codice in materia di protezione dei dati personali - Commentario sistematico al D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196*, op. cit., p. 149 ss.; A. BIASOTTI, *Codice della privacy e misure minime di sicurezza - D.Lgs. 196/2003 (II Edizione)*, op. cit., pp. 43 ss. e 183 ss.; R. ACCIAI (a cura di), *Il diritto alla protezione dei dati personali - La disciplina sulla privacy alla luce del nuovo Codice*, op. cit., p. 259 ss.; L. BAFFICO, *Documento programmatico entro il 31 marzo*, in *Guida al diritto Il Sole 24 Ore - Il Codice della privacy*, op. cit., p. 118 ss.; F. TOMMASI, *La sicurezza dei sistemi informativi ed il documento programmatico sulla sicurezza*, in G. CASSANO (a cura di) *Diritto delle nuove tecnologie informatiche e dell'Internet*, op. cit., p. 853 ss..

<sup>75</sup> Più specificamente, il paragrafo 26 del Disciplinare prevede che il titolare debba riferire, nella relazione accompagnatoria al bilancio d'esercizio, dell'avvenuta redazione o aggiornamento del Documento Programmatico sulla Sicurezza.

<sup>76</sup> Basti pensare, al riguardo, alla «cadenza almeno semestrale» per l'aggiornamento degli *antivirus*, termine considerato da più parti pressoché inutile (ove invece occorrerebbe una cadenza almeno mensile, o meglio ancora settimanale) sempre che, peraltro — ulteriore profilo non considerato dalla norma — una versione aggiornata, e adeguata, sia effettivamente disponibile sul mercato, o comunque *on li-*

*ne*. O altrimenti, si pensi all'installazione di correttivi ai programmi (c.d. *patches*) che si prevede debba essere effettuata «almeno annualmente» (salvo il caso di trattamenti di dati sensibili o giudiziari, per i quali il limite è di sei mesi); mentre termini più congrui (seppure ancora ampi) potrebbero essere forse rispettivamente quelli di due mesi ed un mese per i trattamenti di dati sensibili; anche in questo caso, peraltro, in dipendenza dalla disponibilità effettiva del programma. Ed ancora, si consideri la verifica dei profili di autorizzazione da effettuarsi «almeno annualmente», previsione evidentemente non in linea con l'esigenza di contemporaneità fondamentale tra autorizzazione e mantenimento delle condizioni di accesso (con tutti i rischi potenzialmente derivanti, viceversa, dal suddetto astratto richiamo periodico e dal conseguente eventuale «spazio temporale di vuoto regolatorio» per un ambito tanto delicato); ovvero, alla prevista modifica delle *password* «almeno ogni sei mesi» (tre nel caso di dati sensibili), già ampiamente superata, in quanto manifestamente inadeguata, dalla prassi; o magari, infine, in una prospettiva *pro futuro*, alla previsione dell'aggiornamento del Disciplinare «periodicamente», priva quindi di un limite massimo di durata delle sue norme (in difformità dal parere rilasciato dal Garante al Ministero di grazia e giustizia sul regolamento per l'adozione delle misure minime di sicurezza, pubblicato nel *Bollettino* del Garan-



nessa al carattere « personale » dei dati immessi nella rete, le disposizioni in tema di tutela « tecnologica » del trattamento di dati personali con strumenti elettronici non risultano certamente esaustive delle esigenze di sicurezza inerenti alla circolazione delle informazioni *on line*.

Ed ancor prima, non soltanto si mette frequentemente in dubbio la effettiva utilità, o meglio « praticabilità », di misure di sicurezza in un orizzonte, quale quello delle comunicazioni elettroniche, che appare sempre più incessantemente dematerializzato, naturalmente avulso dai controlli, ed in cui in ogni caso il progresso delle tecnologie risulta sempre più rapido dei provvedimenti normativi, eternamente costretti a « rincorrerlo ». Ma ci si interroga altresì, allo stesso tempo e proprio in virtù di tali fattori, su quale sia la strada migliore da percorrere per contrastare i suddetti fenomeni, se quella degli strumenti giuridico-regolatori ovvero quella degli strumenti tecnici (con tutti i dubbi sopra citati che questi ultimi suscitano)<sup>77</sup>.

In argomento, innanzitutto, abbandonare il mondo delle comunicazioni elettroniche alla « legge della giungla », non sembra un'opzione realisticamente praticabile, anche per la sua sempre maggiore incidenza su primari interessi « extra-elettronici » (informazione, proprietà intellettuale, concorrenza, *etc.*).

D'altro canto, sembra opportuno segnalare come l'esperienza degli ultimi anni evidenzi la diffusione, tra gli operatori del settore, dell'erronea convinzione secondo cui la sicurezza dei dati personali possa essere garantita da rimedi puramente tecnici (quali l'installazione di un *firewall* o di un *antivirus*)<sup>78</sup>.

È partendo dal polo opposto a tale visione, viceversa, che il citato Discipinare Tecnico del Codice *privacy* si occupa dell'opportunità che i meccanismi predisposti per la sicurezza siano formalizzati e verificabili, collegando inoltre l'effettività delle misure<sup>79</sup> alle adeguate informazione e consapevolezza dei rischi da parte degli utenti delle banche dati.

te, 1998, n. 6, p. 49 ss., e consultabile sul sito *web* <http://www.garanteprivacy.it>, secondo il quale: « *Le misure individuate dallo schema sono il risultato di una prima ricognizione normativa delle cautele basilari da seguire nel trattamento dei dati, che è soggetta ad adeguamenti apportati con cadenza almeno biennale, in relazione "all'evoluzione tecnica del settore e all'esperienza maturata (art. 15, comma 3, legge n. 675/1996)"* ». Sui temi sopra accennati, si rimanda più ampiamente a: G. CORASANTI, *La sicurezza dei dati personali*, op. cit., p. 137 ss.; G.M. RICCIO, *Sicurezza dei dati e dei sistemi*, op. cit., p. 132 s.; A. BIASOTTI, *Codice della privacy e misure minime di sicurezza - D.Lgs. 196/2003 (II Edizione)*, op. cit., pp. 37 ss. e 133 ss.; F. BERGHELLA, *Guida pratica alle nuove misure di sicurezza per la privacy*, op. cit., p. 147 ss.; L. BAFFIGO, *Documento programmatico entro il 31 marzo*, in *Guida al diritto Il Sole 24 Ore - Il Codice della privacy*, op. cit., p. 118 ss.; P. PERRI, *Le misure di sicurezza*, op. cit., p. 154.

<sup>77</sup> Relativamente a tali problematiche, si vedano in particolare: A. BIASOTTI, *Codice della privacy e misure minime di sicurezza - D.Lgs. 196/2003 (II Edizione)*, op. cit., in specie p. 447 ss.; P. PERRI, *Le misure di sicurezza*, op. cit., p. 141 ss..

<sup>78</sup> Si rimanda ancora, in proposito, a: A. BIASOTTI, *Codice della privacy e misure minime di sicurezza - D.Lgs. 196/2003 (II Edizione)*, op. cit., p. 359 ss.; *Il diritto alla protezione dei dati personali - La disciplina sulla privacy alla luce del nuovo Codice*, a cura di R. ACCIAI, op. cit., p. 249 ss.; F. BERGHELLA, *Guida pratica alle nuove misure di sicurezza per la privacy*, op. cit., p. 165 ss.; *Codice della privacy - Commento alla normativa sulla protezione dei dati personali*, di R. IMPERIALI, R. IMPERIALI, op. cit., p. 147 ss.; e L. BAFFIGO, *Documento programmatico entro il 31 marzo*, in *Guida al diritto Il Sole 24 Ore - Il Codice della privacy*, op. cit., p. 118 ss..

<sup>79</sup> Tecnologiche appunto, dato che, come è stato autorevolmente evidenziato,

E proprio l'esempio di tale Codice, sia pure con le sue suddette carenze e la sua natura inevitabilmente « settoriale »<sup>80</sup>, appare porsi quale adeguato strumento per una soluzione dei dubbi da ultimo riportati, indicando in sostanza quale via auspicabile, anche a livello di disciplina generale degli aspetti in esame nel settore delle comunicazioni elettroniche, quella di una normazione attenta e costantemente vigile rispetto alle evoluzioni del settore medesimo, che indichi dettagliatamente e specificamente le misure di sicurezza da adottarsi da parte dei soggetti coinvolti ad ogni livello nella circolazione delle informazioni<sup>81</sup>.

Ciò naturalmente, si badi bene, senza trascurare nello stesso tempo l'importanza, ai fini della tutela della sicurezza e della *privacy* nelle comunicazioni elettroniche, dell'impiego di strumenti più strettamente e direttamente « pratici » — quali ad esempio carte prepagate o accordi *e-traders* — distributori *off line*, e così via — che con sempre maggior frequenza gli operatori del settore stanno tentando di promuovere tra il pubblico (in particolare riguardo a strumenti ritenuti particolarmente « a rischio » come ad esempio l'*e-commerce*), per incrementare in misura sempre maggiore la propensione soggettiva degli utenti all'utilizzo dei mezzi di comunicazione elettronica.

#### IV. CONCLUSIONI.

Emerge, da quanto osservato in precedenza, che per governare la rivoluzione in atto, fondata sul digitale e sulla convergenza, e sulla connessa spinta del mercato verso la valorizzazione dei diversi ruoli e prestazioni dei gestori, non è possibile eludere la scelta fra opzioni normative — soprattutto di *regulation* — nettamente diverse, se non alternative, espressione di differenti equilibri di interessi. In altre parole, legislatore e regolatori indipendenti non sono semplicemente chiamati ad « applicare »

« la battaglia degli uomini contro le tecnologie è impari ed il più delle volte perdente; efficienza e razionalità suggeriscono che siano le tecnologie ad offrire rimedi ed antidoti all'invasività di altre tecnologie » (V. ZENO-ZENCOVICH, *Ragioni ed obiettivi del Codice*, op. cit., p. 8).

<sup>80</sup> Unitamente, d'altro canto, al nuovo esempio fornito a livello comunitario, sempre nell'ambito della tutela della riservatezza, ma riguardo all'ancor più specifico tema del c.d. *spamming*, con l'approccio che potremmo definire « multi-attivo » delineato dalla Commissione, in particolare nella recente « *Comunicazione relativa alle comunicazioni commerciali indesiderate (spam)* », cit. (v. *supra*, nota 57).

<sup>81</sup> Un primo importante contributo in questo senso, peraltro, potrebbe giungere già dall'adozione dei « *Codici di deontologia e di buona condotta* » previsti dal Codice medesimo, in particolare, per quanto in

questa sede di rilievo, per « *Internet e le reti telematiche* » (art. 133) e per le attività di « *marketing diretto* » (art. 140). A proposito del ruolo e dell'efficacia dell'autoregolamentazione, si rimanda in specie a: G. ALPA, *Autodisciplina e codice di condotta*, in *Società e diritto*, 1995, p. 127 ss.; C. ALVIST, *Pubblico e privato nei sistemi autoregolamentari. Il problema dei controlli sull'autonormazione nel settore della pubblicità commerciale*, in *Responsabilità comunicazione impresa*, 1999, p. 463 ss.; mentre rispetto ai profili problematici dei Codici deontologici, cfr. in particolare: S. SICA, *La riforma della legge sui dati personali*, op. cit., p. 289 ss.; G. CORASANTI, *La sicurezza dei dati personali*, op. cit., p. 157 ss.; G. PINO, *I codici di deontologia nella normativa sul trattamento dei dati personali*, in R. PARDOLESI (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, op. cit., p. 692.

norme di derivazione comunitaria: dovranno anche esercitare *proprie* opzioni di valore — e di interessi.

Queste scelte investiranno le questioni, sopra evocate, derivanti anzitutto dall'avvento del digitale rispetto al mercato, con particolare riferimento alla dicotomia/sovrapposizione tra fornitori di accesso e fornitori di contenuti ed alla conseguente opzione tra concorrenza « nella rete » (con pochi operatori di rete e numerosi fornitori di contenuti o servizi non integrati in altre fasi della catena del valore e obblighi di accesso/must carry nei confronti dei fornitori di contenuto indipendenti dall'operatore di rete) e concorrenza « fra reti » (con la presenza di una pluralità di reti e di operatori di servizi o di contenuti presumibilmente operanti su tutte o comunque su numerose fasi della catena del prodotto e con la più o meno pressante esigenza di assicurare l'interoperabilità e complementarietà fra i diversi sistemi distributivi), nonché alla necessità di assicurare una effettiva possibilità di accesso ai contenuti (specie quelli ritenuti essenziali per una offerta di successo) da parte di tutti gli operatori di rete.

Su altro versante, quello della tutela dei contenuti nelle comunicazioni elettroniche digitali, la scelta investirà l'opzione fra modalità « aperte » di fruizione dei contenuti — tali da prevedere nuovi modelli commerciali atti ad assicurare la remunerazione dei titolari dei contenuti stessi — ed una tutela proprietaria « forte » che consenta tale remunerazione attraverso la rigorosa protezione dei « prodotti creativi ». E per entrambe, la realizzazione di adeguati sistemi di *Digital Rights Management*.

Ancora, ed infine, le scelte dovranno affrontare la dicotomia tra l'interesse alla utilizzazione commerciale delle informazioni e le esigenze di privacy e sicurezza dei dati trasmessi elettronicamente, con le connesse tematiche dell'adeguatezza/efficacia delle misure di sicurezza (da ultimo dettagliatamente richieste dal nuovo Codice della privacy) per il trattamento di dati con strumenti elettronici, nonché dell'(eventuale, ma « falsa ») opzione tra misure tecniche e strumenti di tutela più strettamente giuridici.

È certo indispensabile, per dimostrare la capacità di tenere il passo degli sviluppi tecnologici ed economici determinati dalla convergenza e dalla evoluzione delle comunicazioni elettroniche, che l'opera legislativa e quella regolatoria esprimano visibilmente un'attenzione competente ed aggiornata sia alle nuove modalità e opportunità di comunicazione, sia agli strumenti tecnico-giuridici per la tutela degli utenti. Questo è senz'altro vero, persino ovvio. Ma si deve restare consapevoli che le opzioni fondamentali non sono il frutto deterministico della « natura della cosa » bensì sempre, in ultima analisi, di scelte di, e tra, interessi in gioco.