

AUGUSTO CERRI

TELECOMUNICAZIONI E DIRITTI FONDAMENTALI

SOMMARIO: 1. Linee di tendenza della disciplina comunitaria del fenomeno telematico. — 2. Le complesse valenze del fenomeno telematico e delle collegate problematiche giuridiche. — 3.1. Le comunicazioni che avvengono fra soggetti predeterminati. La tutela della riservatezza. — 3.2. I profili specifici della tutela della riservatezza nel rapporto comunicativo per via telematica. — 3.3. La *privacy* intesa come garanzia dalla intromissione di terzi. — 3.4. Le direttive comunitarie in tema di tutela della *privacy*. — 3.5. La tutela della riservatezza nelle comunicazioni via Internet. — 3.6. La tutela della riservatezza e le persone giuridiche. — 4.1. Le comunicazioni fra persone non determinate (profili pubblici e privati con riguardo al mezzo telematico). — 4.2. I caratteri del mezzo telematico ed i problemi di tutela dell'utente. — 4.3. Ulteriori limiti della libertà di manifestazione del pensiero e mezzo telematico. — 4.4. Il regime dell'informazione telematica. — 5.1. Il regime giuridico del « mezzo » telematico. — 5.2. Il problema dell'accesso. — 5.3. La « rete » ed il suo regime giuridico. — 5.4. Il regime di concorrenza nella gestione dei servizi. — 5.5. Il pluralismo dell'informazione. — 6. Considerazioni conclusive.

1. LINEE DI TENDENZA DELLA DISCIPLINA COMUNITARIA DEL FENOMENO TELEMATICO.

Non penso possa la mia limitata esperienza in tema di presupposti tecnici del fenomeno telematico esser valida scusante per dispensarmi dall'esaminarne almeno quei profili che sono rilevanti da un punto di vista economico e giuridico.

La telematica comporta la trasmissione a distanza di segnali (suoni, immagini, etc.), attraverso un mezzo che si interpone fra due o più terminali. Il mezzo che si interpone può esser dato dall'etere, da satelliti artificiali, da una o più reti di cavi che coprono un certo territorio. La trasmissione via satellite può peraltro esser recepita solo con speciali (e più costose) antenne « paraboliche ». La principale rete che copre il territorio nazionale è, d'altra parte, quella telefonica, pur se possono esistere strutture minori a carat-

* Relazione al convegno « Il diritto delle comunicazioni » tenutosi i giorni 20 e 21 settembre 1996 ad Alghero organizzato dall'Università di Sassari e dal Centro di

iniziativa giuridica Piero Calamandrei nell'ambito della ricerca CNR « Il diritto delle telecomunicazioni ».

tere locale (impianti televisivi via cavo) e se esistono reti pubbliche con proprie e specifiche destinazioni (rete Enel, delle Ferrovie, della società autostrade, etc.)¹, di più limitata capillarità.

Il fenomeno telematico, il fenomeno televisivo e quello telefonico tendono tecnicamente e, ciò che più importa per quanto ci riguarda, anche da un punto di vista commerciale, ad unificarsi. È possibile, peraltro, distinguere una problematica economica (un mercato) dei terminali, del mezzo di trasmissione, dell'organizzazione dei servizi. Fuori da un vero mercato è, invece, largamente il fenomeno che va sotto il nome di Internet, che nasce dal collegamento progressivo (e quasi inarrestabile) di una serie di terminali, in possesso di privati cittadini, di entità non aventi fini di lucro, di organizzazioni commerciali, etc. Chiunque può accedere a questa rete generale, collegandosi a sua volta con terminali di enti che con essa siano collegati o per la mediazione di imprese commerciali.

Nello « spazio cibernetico », dunque, si possono incontrare entità commerciali che offrono servizi a certe condizioni od anche entità disinteressate che organizzano dibattiti, promuovono lo scambio d'informazioni, mettono a disposizione i loro archivi, etc.; si possono fare, come è ovvio (e come accenneremo) anche incontri meno gradevoli.

La Comunità europea ha per tempo percepito l'imponenza del fenomeno e, con una serie di direttive, ha promosso dapprima la liberalizzazione del mercato dei terminali (direttiva n. 301/1988) e poi anche dei servizi diversi da quello di telefonia vocale (n. 388/1990), del servizio, in particolare, di telefonia radiomobile (n. 2/1996) ed anche dell'uso di reti televisive via cavo per la fornitura dei servizi di telecomunicazione già liberalizzati (n. 51/1995), oltretutto, in precedenza, delle trasmissioni via satellite (n. 46/1994). Non ha ritenuto di dover liberalizzare la gestione della rete di base, nella prospettiva di una rete integrata universale in Europa, che possa costituire supporto ottimale per lo sviluppo dei servizi telematici, rete da offrire in uso (ed anche in affitto) secondo regole di trasparenza, obbiettività, imparzialità (n. 387/1990). Non ha liberalizzato, inoltre, il servizio di telefonia vocale, ritenuto per ora necessario al finanziamento della suddetta rete²; ciò non ha impedito ad alcuni paesi facenti parte della comunità europea di organizzare la gestione di tale servizio in regime di concorrenza³.

¹ Cfr. sul tema, di recente, A. GENTILI, *La concorrenza nella telecomunicazione*, in questa *Rivista*, 1996, spec. 216-217.

² Cfr. art. 2, comma 1°, della direttiva

n. 388/1990; la ragione di tale norma è illustrata nel « considerando » n. 18.

³ Sulla situazione nel Regno Unito, Svezia, Finlandia cfr. A. GENTILI, *La concorrenza*, cit., 211.

Nel nostro paese la gestione della rete pubblica di telecomunicazione e del servizio di telefonia vocale sono affidate alla S.p.A. Telecom Italia, controllata dalla Stet, che detiene il 55% del suo capitale, a sua volta controllata dall'I.R.I. Esiste anche una Telecom Italia mobile, società filiale della prima, che opera nel settore della telefonia mobile analogica e della radiotelefonia numerica mobile G.S.M. (*Global System for Mobile*). La Stet opera anche nel settore della comunicazione satellitare (Telespazio S.p.A.) ed in settori ulteriori collegati.

Il nostro paese ha recepito con d.lgs. 17 marzo 1995, n. 103 la direttiva n. 388/1990, sulla liberalizzazione dei servizi telematici (v. anche D.P.R. 4 settembre 1995, n. 420, recante il regolamento di attuazione). In conseguenza è stata autorizzata all'esercizio della attività di telefonia mobile, ad es., anche la soc. Omnitel Pronto Italia, previo versamento di una cauzione, che la Commissione europea ha ritenuto alterativa di una leale concorrenza⁴; nel decidere detto « caso » la Commissione ha ribadito quanto già risultava, peraltro, nei « considerando » della direttiva n. 388/1990 (cfr., segnatamente i considerando nn. 13, 14, 15, 16, 17, 18, 28, 29) e cioè che deve ritenersi gravemente alterativo della concorrenza e configura una vera posizione dominante il concentrare in un medesimo soggetto il servizio di gestione della rete, il servizio (in esclusiva) di telefonia vocale, il servizio di telefonia mobile analogica, il servizio di telefonia mobile G.S.M., potendo il detto soggetto esercitare i poteri di gestione della rete in modo da favorire i suoi interessi nei mercati dei servizi suddetti ed essendo il servizio di telefonia vocale e quello di telefonia mobile in parziale concorrenza fra loro. Questi concetti sono ribaditi nel punto 10 della direttiva n. 51/1995 della Commissione, sull'uso delle infrastrutture delle reti televisive via cavo per servizi telematici⁵.

La Comunità europea, pur ammettendo provvisoriamente ed al fine di garantire i mezzi finanziari per lo sviluppo dell'auspicata rete universale, come si è detto, una gestione congiunta della rete medesima e del servizio di telefonia vocale e pur senza impedire attualmente (ma già avanzando grave riserva sul punto) che il medesimo gruppo operi anche sul mercato libero dei servizi, prescrive, fin d'ora, la separazione delle funzioni regolative, da affidare ad un organismo indipendente di telecomunicazione, dalle funzioni di gestione⁶. Tali indicazioni sono state recepite

⁴ Commissione CEE, 4 ottobre 1995, n. 95/489, in questa *Rivista*, 1996, 57 ss.

⁵ Resta alla « soglia » del problema l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (decisione 19 gennaio 1995, n. 27330, in questa *Rivista*, 1995, 688 ss.), sulla cessione di attività da parte della Stet

alla « Nuova telespazio », rilevando che non può assumere carattere di « concentrazione » l'atto di cedere un ramo di attività ad impresa collegata « già rientrante nella propria sfera ».

⁶ Cfr. art. 7 direttiva n. 388/1990. V. anche direttiva n. 301/1988, per quel che

solo parzialmente nel d.lgs. n. 103/1995 che riserva al Governo ed al Ministro delle Poste e Telecomunicazioni i poteri regolatori; altra e più rigorosa è stata, da questo punto di vista, l'attuazione della direttiva comunitaria in Gran Bretagna, ove la regolazione è stata affidata ad autorità amministrativa indipendente (*Office of Telecommunications*)⁷.

2. LE COMPLESSE VALENZE DEL FENOMENO TELEMATICO E DELLE COLLEGATE PROBLEMATICHE GIURIDICHE.

Attraverso lo strumento telematico, si accennava, possono esser fatte le più varie cose: si può stabilire un rapporto di comunicazione con persone determinate, si possono scambiare od acquisire informazioni con entità che le mettono a disposizione senza fini di lucro, si possono scambiare opinioni con persone non determinate che desiderino partecipare al dialogo, si può fruire di servizi della più varia natura (informazione, spettacoli, comunicazioni, etc.) organizzati da entità di carattere commerciale, si può fin anche partecipare a « comunità virtuali » che simulano l'integrazione sociale, etc. Non è esagerato concludere, allora, secondo le parole di una bella sentenza della Corte del Distretto orientale della Pennsylvania, dicendo che i contenuti della telematica possono essere così vari e complessi come l'animo umano⁸; sempre tenendo presenti le limitazioni, a volte incresciose ma altre volte forse anche gradevoli, della « virtualità ».

In una prima approssimazione e, dando per scontata la limitatezza dell'approccio, distinguerei i seguenti problemi: regime giuridico e garanzie per quel che concerne le comunicazioni con strumento telematico che avvengono fra soggetti determinati; regime giuridico delle comunicazioni dirette ad un numero indeterminato di destinatari; regime giuridico dei servizi offerti attraverso i

riguarda i controlli sull'omologazione e sulle specifiche vincolanti. Cfr., ancora, Commissione CEE, Libro verde sullo sviluppo del mercato dei servizi e degli apparati di telecomunicazione (30 giugno 1987), pag. 70 del manoscritto: « *dans un environnement plus ouvert à la concurrence, les administrations des télécommunications ne peuvent être à la fois responsable de la réglementation et acteurs du marché ou, en d'autres termes, juges et parties* ». Cfr., del resto, fuori del mercato delle telecomunicazioni e con riguardo al mercato dei servizi postali, analogo criterio nel libro verde relativo (doc. 11 giugno 1992, pag. 222); e poi direttiva 440/1991, per i

servizi ferroviari; direttiva 377/1990, 547/1990, 296/1991, con riguardo all'energia elettrica.

⁷ V., in argomento, R. ARRIGONI, *Regolamentazione e gestione delle public utilities e libera concorrenza nell'applicazione dei principi costituzionali e comunitari*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 96-97.

⁸ « *It is no exaggeration to conclude that the content of Internet is as diverse as human thought* » (*The United States District Court of Pennsylvania, in American Library Association v. Un. St., Department of Justice*, 11 giugno 1996, pag. 16 del dattiloscritto).

mezzi di telecomunicazione, oltreché degli strumenti necessari a consentire il fenomeno telecomunicativo.

3.1. LE COMUNICAZIONI CHE AVVENGONO FRA SOGGETTI PREDETERMINATI. LA TUTELA DELLA RISERVATEZZA.

Come è stato affermato nella giurisprudenza di altri paesi ed anche da dottrina del nostro, la riservatezza (ovvero la segretezza) della comunicazione privata è tutelabile nei limiti della sua intrinseca natura e modalità di esplicazione ovvero nei limiti della natura del mezzo adoperato⁹. Chi discute con un amico, anche di argomenti confidenziali, ma ad alta voce ed in una stanza affollata non può ovviamente invocare un diritto di riservatezza a suo favore o, comunque, non può invocarlo nella medesima misura di chi tratta i medesimi argomenti nella quiete del suo domicilio¹⁰. Coloro che, in fatto, nelle dette circostanze hanno avuto l'opportunità (più o meno maliziosamente sfruttata) di ascoltare non possono risultar vincolati ad un preteso obbligo di segreto: altrimenti il diritto di riservatezza perderebbe anche i suoi caratteri tradizionali di diritto assoluto e « negativo » per acquisire quelli del diritto potestativo nei confronti dei malcapitati « terzi »¹¹. Neppure il destinatario della comunicazione, del resto, sembra possa ritenersi strettamente obbligato da un punto di vista giuridico al riserbo, pur se può concepirsi un obbligo sul terreno delle « regole della convenienza sociale »¹².

⁹ Cfr. Sir R. Megarry, in *Malone v. Metropolitan Police*, Cmr, 2 WLR, Ch 344, del 1979, laddove osserva che non gode delle garanzie della riservatezza una conversazione svoltasi in treno o, comunque, in luogo pubblico. Nel senso che la garanzia della riservatezza risulti condizionata dalla natura del mezzo impiegato v. anche A. PACE, *Nuove frontiere della libertà di comunicare riservatamente (o, piuttosto, del diritto alla riservatezza)?*, in *Giur. cost.*, 1993, 743-744; v. ancora A. PACE, in *Rapporti civili - Commentario Cost.* Branca, Bologna-Roma, 1977, 94.

Sul tema si segnala anche la giurisprudenza della Suprema Corte federale degli Stati Uniti d'America, che distingue, ad es., comunicazione in cabina telefonica pubblica (protetta dalla riservatezza), in albergo (protetta), in un'automobile (non protetta), sulla porta di casa (non protetta), etc. La Corte americana (cfr. opinione del giudice Stewart sul caso della cabina telefonica) ritiene decisive le ragionevoli e legittime aspettative di chi usa il mezzo di comunicazione; aspettative che sono, in so-

stanza, *context dependent*: cfr., per più specifiche indicazioni, A. CERRI, *Riservatezza (diritto alla)*, II) *Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma 1991, § 3.3.

¹⁰ Sul domicilio come « luogo privilegiato » di esercizio della *privacy* nella giurisprudenza della Suprema Corte federale americana cfr. indicazioni, ancora, in A. CERRI, *Riservatezza*, cit., § 3.2.1, 3.3; in quest'ambito di considerazioni la Suprema Corte è pervenuta ad affermare, ad es., che garanzia della *privacy* e destinazione del luogo a « mercato » di negoziazioni giuridiche sono fattispecie « *mutually exclusive* ».

Con riguardo al diritto del nostro paese cfr., ancora, A. CERRI, *Riservatezza (diritto alla)*, II) *Diritto costituzionale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma 1995 (aggiornamento), § 2.1.7.

¹¹ Cfr., in questo senso, A. CERRI, *Riservatezza*, III) *cit.*, 2.1.1.

¹² Cfr., per il richiamo di un suggestivo passo *ciceroniano*, G. LEO, *Diritto alla riservatezza nella trasmissione televisiva*

La segretezza della corrispondenza e della comunicazione privata, garantita insieme con la connessa libertà (« positiva » ed anche « negativa » e cioè di non comunicare, la quale ultima si traduce in un più radicale modo d'essere del « riserbo ») è, in sostanza, pretesa alla non intromissione di terzi; non anche pretesa al silenzio di chi, senza essersi propriamente intromesso, si sia trovato ad ascoltare.

3.2. I PROFILI SPECIFICI DI TUTELA DELLA RISERVATEZZA NEL RAPPORTO COMUNICATIVO PER VIA TELEMATICA.

La trasposizione di questo discorso nell'ambito della telematica presenta più di una complicazione: perché, innanzi tutto, varie possono essere le modalità tecniche della comunicazione, dovendosi distinguere fra comunicazione in circuito chiuso ed in circuito aperto; in secondo luogo perché anche una comunicazione a carattere pubblico assume, nel momento della ricezione, carattere privato; ed ancora perché meno visibile e talvolta anche meno evitabile può essere in questo caso la presenza del terzo che diviene partecipe non desiderato del rapporto comunicativo.

Nel caso di comunicazione che avvenga in « circuito chiuso » la garanzia della segretezza sembra certa e riconducibile non solo alla garanzia della segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione privata (art. 15 Cost.) ma fin anche, secondo una nostra tradizione legislativa, della libertà di domicilio¹³, del resto anche altrove considerato luogo di tutela « privilegiata » della *privacy*¹⁴.

Esiste poi l'ipotesi di comunicazione gestita da entità commerciale (« posta elettronica », telefonia mobile od altre forme ipotizzabili).

Si è già accennato, peraltro, come nella telematica più sottilmente il momento della privatezza risulti embricato con il momento della manifestazione anche pubblica del pensiero. Chi sollecita un certo servizio informativo può chiedere anche un qualcosa che viene comunicato a tutti i richiedenti ed a condizioni eguali (un qualcosa che, con riguardo alla situazione dell'ente che eroga l'informazione, non costituisce comunicazione privata);

di « informazione spettacolo », in questa *Rivista*, 1989, 504 (nota n. 1).

Non sembra contrastare con quanto detto la circostanza che, nella giurisprudenza inglese, si ritiene protetta da indiscrezioni l'informazione appresa nell'ambito di attività (anche private) che comportino il riserbo: ciò perché, nel caso, il

vincolo giuridico al riserbo preesiste al momento comunicativo e non viene in essere in conseguenza di questo (cfr., sulla figura del *breach of confidence*, indicazioni ancora in A. CERRI, *Riservatezza*, II) cit., § 2.1.

¹³ V., *infra*, nota 26.

¹⁴ V., *supra*, nota 10.

ma il rapporto particolare che lega il richiedente all'entità informatrice è un rapporto di comunicazione privata. Ciò è vero, del resto, secondo un fine rilievo, anche per l'informazione giornalistica, che esorbita, all'evidenza dall'ambito della comunicazione privata; e, tuttavia, l'abbonato che riceve un certo quotidiano mediante spedizione in busta chiusa è parte di un rapporto comunicativo particolare protetto dalla garanzia di segretezza della corrispondenza¹⁵. Si tratta in realtà di un profilo davvero delicato delle telecomunicazioni, specie quando i dati richiesti siano, ad es., « sensibili » (si pensi ad informazioni sul contagio Aids o su comunità « gay », etc.). Più in generale, del resto, anche l'utente del servizio radiotelevisivo, nel momento in cui ascolta un certo telegiornale o preferisce un certo spettacolo, pur usufruendo di un qualcosa che appartiene alla sfera « pubblica » della vita sociale, ciò realizza attraverso un atto (di scelta, di fruizione) che resta radicalmente « non pubblico » ed addirittura è fuori e prima di un qualsiasi rapporto comunicativo (risulta garantito dunque, dalla libertà « negativa » di comunicare, più ancora che dalla « segretezza » della comunicazione privata¹⁶; libertà negativa che è l'ambiente naturale ed indeclinabile di quella positiva e tuttavia non necessariamente riceve una tutela speculare¹⁷. E ciò è vero ancor di più nel settore telematico, nel quale anzi il momento della segretezza della scelta individuale più facilmente si confonde con la riservatezza che protegge il rapporto comunicativo privato.

In linea di massima, occorre dire, non è consentito di desumere dalla possibilità tecnica di una intromissione una carenza di garanzia se non della libertà quanto meno della segretezza della corrispondenza: l'argomento, infatti, all'evidenza « proverebbe troppo » e condurrebbe a negare in qualsiasi caso una tutela della segretezza, la cui violazione costituirebbe, appunto, la prova provata che l'intromissione era possibile. Seguendo la giurisprudenza della Suprema Corte federale americana, decisivo a questi fini è il « contesto »¹⁸ di privatezza nell'ambito del quale la comunicazione si svolge e, del resto, la medesima nostra Corte costituzionale, come anche la Corte di Strasburgo¹⁹, ha ritenuto estesa, come è noto, la tutela della segretezza ai « dati esterni » della co-

¹⁵ Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Appunti sulla disciplina costituzionale delle telecomunicazioni*, in questa *Rivista*, 1996, spec. 398-99.

¹⁶ Cfr., ad es., A. CERRI, *Libertà negativa di manifestazione del pensiero e di comunicazione - diritto alla riservatezza*, in *Giur. cost.*, 1974, spec. 618.

¹⁷ In questo senso v. E. CHELLI, *In tema di libertà negativa di associazione*, in *Foro it.*, 1962, I, 1843 ss.

¹⁸ Per dettagliate indicazioni v., ancora, A. CERRI, *Riservatezza*, II) *cit.*, § 3.3.

¹⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 81/1993. V. anche dec. 2 agosto 1984 della Corte europea dei diritti dell'uomo (serie A, n. 82) - caso *Malone*, in *Racc.*, 1984, 37 ss. Diversamente, con riguardo sempre ai dati esterni di una comunicazione telefonica, v. *Smith v. Maryland*, 442 U.S. 735, del 1979.

municazione telefonica, pur se questi dati, da un punto di vista tecnico, sono necessariamente noti alla società che gestisce il servizio di telefonia²⁰: perché, appunto, nel contesto dei rapporti fra società di gestione ed utente, la prima è tenuta al riserbo. Qualcosa del genere dovrebbe valere anche per le comunicazioni effettuate in via telematica. Ed allora, la riferibilità della garanzia di libertà e segretezza alle comunicazioni effettuate attraverso i servizi di una entità commerciale sembra un dato acquisito.

3.3. LA PRIVACY INTESA COME GARANZIA DALLA INTROMISSIONE DI TERZI.

Altro aspetto rilevante di quella « costellazione di diritti » tradizionalmente ricondotti all'ampia categoria della *privacy*²¹ consiste nel poter rifiutare contatti comunicativi non desiderati: al diritto di tacere ed al diritto di non subire intromissioni di terzi si affianca così un diritto « di non ascoltare », che nella giurisprudenza della Suprema Corte federale americana è stato ricondotto, ancora una volta, alle garanzie del primo emendamento²² ma che, probabilmente, nel nostro sistema costituzionale dovrebbe esser ricondotto alla garanzia del pieno sviluppo della persona, bensì promesso, con norma programmatica della Costituzione, ma fin dall'inizio tutelato, in negativo, contro aggressioni dall'esterno²³.

Anche questo profilo della *privacy* assume rilevanza nel sistema telematico che, tecnicamente, potrebbe consentire una serie indefinita di collegamenti e di « chiamate ».

3.4. LE DIRETTIVE COMUNITARIE IN TEMA DI TUTELA DELLA PRIVACY.

La Comunità europea (Parlamento e Consiglio CEE) ha adottato, in tema di tutela della *privacy* nel trattamento dei dati personali, una recente direttiva (n. 46/1995), cui si affianca un progetto di direttiva (sempre del Parlamento e del Consiglio) in tema più propriamente di telematica.

²⁰ E, del resto, nel sistema precedente gli « scatti » a carico dell'utente venivano determinati attraverso il passaggio in una « centralina », senza che ciò comportasse una conoscibilità degli specifici destinatari delle singole comunicazioni; non è pensabile che una modificazione « tecnica », interna alle modalità di gestione del servizio, possa innovare (ed in riferimento a fattispecie di estrema delicatezza) nei rapporti con l'utente.

²¹ Così F. MODUGNO, *I « nuovi diritti »*

nella giurisprudenza costituzionale, Torino, 1995, 20.

²² Cfr., per indicazioni sul tema, ancora A. CERRI, *Riservatezza*, II) cit., § 3.2.1. È interessante rilevare come la Suprema Corte federale si sia trovata a contemperare due diritti (quello di parlare e quello di non ascoltare) entrambi ricondotti al primo emendamento.

²³ Cfr. sul punto F. MODUGNO, *I « nuovi » diritti*, cit., 9; A. CERRI, *Riservatezza (diritto alla)*, III) cit., § 2.2.

Le direttive CEE, pur con molte concessioni alle normative nazionali e con molte clausole di salvaguardia delle loro peculiarità, si ispirano, sostanzialmente, ai seguenti principi: 1) bilanciamento dei valori, in un quadro tendenzialmente gradualistico e gerarchico dei medesimi (inattuibilità, ad es., dei « dati sensibili », come possono esser quelli che attengono ad opinioni politiche, religiose, etc. se non per specifiche ragioni di interesse sociale); 2) principio del minimo mezzo (sacrificio, cioè, dalla privatezza nei limiti minimi resi necessari dal perseguimento di uno scopo legittimo); 3) legalità e/o consensualità e lealtà dell'acquisizione e del trattamento dei dati; 4) controllo dell'interessato sull'acquisizione e trattamento del dato; 5) obblighi accessori di chi gestisce questi dati (cancellazione, ove non più necessari, ad es., dei profili non utilizzati); 6) istituzione di una « autorità indipendente » che garantisca la corretta applicazione di questi principi; 7) istituzione di un gruppo di lavoro in sede europea, con funzioni consultive; 8) impugnabilità in via giudiziaria delle determinazioni delle autorità pubbliche e della medesima « autorità garante » in materia di dati personali. Tutto ciò, del resto, costituisce sviluppo di proposte già da tempo all'attenzione degli studiosi²⁴.

Con riguardo specifico al settore telematico il progetto di direttiva si sofferma a lungo sul contenimento dei diritti di riservatezza di chi chiama e di chi è chiamato, sui doveri accessori che gravano a carico dell'entità che gestisce il servizio comunicativo (mettere in opera tutti gli accorgimenti tecnici idonei a garantire la riservatezza, cancellare ogni traccia delle conversazioni avvenute non rilevante ai fini della liquidazione del corrispettivo e le tracce delle comunicazioni stesse dopo che non siano più rilevanti neppure a questi fini; render noti agli abbonati i limiti di sicurezza del sistema, etc.).

Come si vede, quando la comunicazione avviene nell'ambito di un servizio gestito da entità commerciale il diritto di riservatezza, di per sé assoluto ed a carattere « negativo », assume risvolti relativi e positivi, comportando anche obbligazioni accessorie. Qualcosa di simile, del resto, è emerso più in generale ed anche per alcuni profili che concernono il potere pubblico, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, con riguardo ad altri diritti fondamentali (diritto alla identità sessuale, ad es.²⁵).

²⁴ V., fra gli altri, G. MIRABELLI, *Le posizioni soggettive nella elaborazione elettronica dei dati personali*, in questa *Rivista*, 1993, 313; G. MIRABELLI, *In tema di tutela dei dati personali*, ivi, 1993, 609 ss.

²⁵ I diritti della personalità rivestono un carattere essenzialmente negativo: nel quadro, tuttavia, del generale principio di

« effettività », che si va affermando negli ordinamenti europei (in questo senso è, del resto, anche il secondo comma dell'art. 3 della nostra Costituzione), questi diritti possono comportare « obblighi accessori » a carico della collettività e, per essa, del potere pubblico: cfr. sul tema indicazioni in A. CERRI, voce *Riservatezza*, II) cit., § 5.4.

3.5. LA TUTELA DELLA RISERVATEZZA NELLE COMUNICAZIONI VIA INTERNET.

Fuori, peraltro, da un servizio reso da entità che lo gestisca è da chiedersi quali siano le garanzie della riservatezza, nei vari sensi cui si è accennato.

La nostra normativa penale prevede come reato il fatto non solo di chi « si introduce » in altrui sistema informatico o telematico, contro la volontà dell'avente diritto²⁶ ma anche il fatto di chi fraudolentemente intercetta, impedisce, interrompe comunicazioni relative ad un sistema informatico o telematico od intercorrenti fra più sistemi²⁷. Ciò garantisce le comunicazioni effettuate attraverso i servizi di entità commerciale ma anche ogni altro soggetto che, comunque, sia presente nel settore informatico.

Non costituisce, peraltro, intromissione, intercettazione e neppure interruzione la conoscenza che della comunicazione diretta ad altra persona può acquisire ogni soggetto « interposto » nella catena « Internet » (salvo che il messaggio sia « criptato »). In questa ipotesi riprendono vigore i principi generali che escludono la tutela della riservatezza possa estendersi fino a creare obblighi positivi nel « terzo », divenuto partecipe del rapporto comunicativo in ragione delle modalità specifiche di questo.

È peraltro da ritenere, sulla base del principio generale del *neminem laedere*, non consentita un'aggressione all'altrui sfera privata nella forma della ricerca insistente e non desiderata (perché sistematicamente rifiutata) di contatti ed allacciamenti; al di là dei rimedi civilistici si può prospettare anche l'introduzione di una norma di legge che estenda al settore informatico la fattispecie contravvenzionale di « molestia » (art. 660 c.p.).

²⁶ La legge 23 dicembre 1993, n. 547, recante « Modificazione ed integrazione alle norme del codice penale e del codice di procedura penale, in tema di criminalità informatica », con l'art. 4, introduce un art. 615-ter c.p., un art. 615-quater ed un art. 615-quinquies.

Il reato di cui al testo è concepito come intrusione nell'altrui domicilio, seguendo del resto un'ottica che già era della legge n. 98 del 1974, la quale puniva sotto questo profilo le lesioni della vita privata poste in essere attraverso strumenti audiovisivi capaci di « perforare » le pareti domestiche. L'etimologia medesima della parola « domicilio » (« *domus* » e « *celare* ») evoca, del resto, questo tipo di valori.

Cfr., per un commento della menzionata legge, D. FONDAROLI, *La tutela penale dei beni informatici*, in questa *Rivista*, 1996, 291 ss.

²⁷ Cfr. artt. 5 e 6 della menzionata legge n. 547/1993 che, rispettivamente, estendono il concetto di « corrispondenza » rilevante a fini penalistici (includendovi le comunicazioni informatiche e telematiche o comunque effettuate in altre forme di collegamento a distanza) ed introducono gli artt. 617-quater, *quinquies*, *sexies* c.p. su impedimento, sottrazione, interruzione di comunicazioni informatiche e telematiche, come anche sulla falsificazione, alterazione delle medesime. Cfr. sul tema, ancora, D. FONDAROLI, *op. cit.*.

3.6. LA TUTELA DELLA RISERVATEZZA E LE PERSONE GIURIDICHE.

Benché la normativa comunitaria riferisca alle persone giuridiche non proprio un diritto ma una *legitimate expectation* alla tutela della *privacy*, distinguendone insistentemente la posizione da quella della persona fisica, sembra acquisita nel nostro sistema²⁸ come anche in altri contesti ordinamentali, una equiparazione delle due fattispecie. Il gruppo sociale è visto, infatti, nella nostra Costituzione come modo essenziale di svolgimento della persona umana (art. 2) e, dunque, ledere le prerogative del gruppo significa anche ledere le prerogative dell'uomo che ne è intimamente coinvolto.

4.1. LE COMUNICAZIONI FRA PERSONE NON DETERMINATE (PROFILI PUBBLICI E PRIVATI CON RIGUARDO AL MEZZO TELEMATICO).

Attraverso strumenti telematici possono poi essere inviati messaggi *in incertam personam*: consistenti in semplici informazioni od anche in vere opinioni; si è accennato alla circostanza che, altrove, vengono promosse vere «camere di discussione» su problemi di elevato interesse sociale da entità in qualche modo organizzate. Le caratteristiche del mezzo telematico consentono, anzi, una partecipazione attiva di colui che, nella fase iniziale, può esser configurato come «utente».

È possibile distinguere messaggi inviati indivisibilmente ad una generalità di destinatari e messaggi messi a disposizione di chiunque li richieda, a certe condizioni, ma poi inviati separatamente agli effettivi richiedenti.

Di certo rientrano nella disciplina della libertà di manifestazione del pensiero i messaggi inviati indivisibilmente ad una generalità non predeterminata di destinatari²⁹ ed, a fortiori quelle attività telematiche che consistono in discussioni su temi di interesse pubblico. Ricondurrei, ancora, alla libera manifestazione del pensiero (o all'informazione) quei messaggi messi a disposizione di una generalità indeterminata di destinatari ma poi inviati, separatamente, ai singoli richiedenti. In quest'ultimo caso, peraltro, acquisisce pregnante rilievo la distinzione tra posizione giuridica dell'emittente, del tutto riconducibile alla sfera «pubblica», e po-

²⁸ Cfr., ad es., A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, I, Padova, 1990, 17. V. anche D. VINCENZI AMATO, *Tutela dei singoli e libertà associativa in una recente sentenza della Suprema Corte degli S.U.*, in *Giur. cost.*, 1989, II, 681 ss.; cfr., per ulteriori indicazioni di giurispru-

denza della Suprema Corte ed anche del *Bundesverfassungsgericht*, A. CERRI, *Il diritto di riservatezza ed i «controlli» sui pubblici dipendenti*, in *Riv. giur. lav.*, 1994, I, 373 ss.

²⁹ Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Appunti*, cit., 400.

sizione giuridica dell'utente, inclusiva del rapporto particolare con l'emittente, riconducibile, invece, come si è detto (*supra*, § 3.2), alla sfera « privata » e, dunque, anche alla garanzia di libertà e segretezza della corrispondenza (art. 15 Cost.)³⁰.

4.2. I CARATTERI DEL MEZZO TELEMATICO ED I PROBLEMI DI TUTELA DELL'UTENTE.

Deve escludersi, in generale, la liceità di manifestazioni del pensiero contrarie al buon costume, anche se divulgate per via telematica e salvo ogni ulteriore interrogativo sulla determinazione del concetto di buon costume. Ciò non dovrebbe porre problemi particolari eccetto quello di rendere effettivo questo divieto con riguardo a comunicazioni che possono provenire anche da altri paesi; in relazione a ciò si palesa l'insufficienza della normativa statale e l'opportunità di una disciplina della materia attraverso convenzioni sovranazionali³¹.

L'uso del mezzo telematico, peraltro, se per un verso può rendere difficile la repressione di attività illecite, per altro verso può facilitarla, offrendo alla polizia giudiziaria segni visibili dei relativi percorsi.

Diversa da questa problematica è quella che attiene a comunicazioni di per sé non contrarie ai detti principi e che, tuttavia, possono provocare turbamento in persone immature (minori, etc.). Anche dibattiti di elevato contenuto sociale (come quelli promossi, ad es., negli Stati Uniti d'America sulla violenza sessuale nelle carceri o sulla prevenzione del contagio di immunodeficienza acquisita³² possono non esser consigliabili per persone non mature; si può aggiungere, come è ovvio, la problematica, consolidata nell'esperienza giuridica del nostro paese, di films di elevato livello artistico e tuttavia vietati ai minori di anni 14 o 18.

A questi fini vengono in evidenza, per un verso, le caratteristiche per così dire « tecniche » del mezzo e, per altro verso, direi così, la sua dimensione « sociale ».

Il mezzo telematico, come del resto quello televisivo o telefonico ed a differenza, ad es., della diffusione del pensiero attraverso giornali od in locali di proiezione « chiusi », non consente una selezione dei destinatari con riguardo all'età. È di certo possibile

³⁰ V. sul punto, ancora, finemente V. ZENO-ZENCOVICH, *Appunti*, cit., 400.

³¹ V. P. COSTANZO, *Aspetti problematici del regime giuspubblicistico di Internet*, in *Problemi dell'informazione*, 1996, spec. 194-95.

³² Si tratta, appunto, del caso deciso

dalla Corte del Distretto orientale della Pennsylvania su azione promossa da associazioni varie di pubblico interesse, per la dichiarazione (in via preventiva) dell'illegittimità costituzionale di norme del *Communication decency act* del 1996, § 223 (a) e 223 (d).

porre in opera un *software* che escluda la recezione di un certo tipo di trasmissioni; ma il funzionamento di questo *software* resta legato all'impiego di alcune « parole-chiave », che non necessariamente ricorrono in trasmissioni del tipo indicato³³. Potrebbe esser previsto per legge l'obbligo per un certo tipo di trasmissioni di contenere nel titolo, appunto, segni visibili e convenzionalmente prefissati del loro oggetto, così da consentire ai genitori la messa in opera di un *software* che ne escluda la recezione per i figli minori; e, tuttavia, resterebbe pur sempre impossibile di effettuare una tale « scrematura » con riguardo alle trasmissioni provenienti dall'estero (via Internet, ad es.); le quali, inoltre, neppure sempre sono distinguibili da quelle provenienti dall'interno, essendo largamente praticato l'uso di « immagazzinare » trasmissioni che provengono, ad es., da oltre oceano ed in seguito divulgarle (così da ridurre i costi, in tempo ed in denaro, del sovraffollamento delle linee tras-oceaniche). Anche in questo caso, allora, una via di soluzione del problema potrebbero esser quella di accordi sovranazionali.

In mancanza di tali convenzioni o, comunque, di un regime legislativo delle dette trasmissioni il problema deve essere affrontato mediante considerazioni che investano la natura del mezzo di divulgazione; e, d'altra parte, queste considerazioni sono necessarie anche con riguardo a modalità di svolgimento del servizio telematico che escludano una « passiva » fruizione del messaggio ma implicino una libera scelta (« *video on demand* », ad es.³⁴).

Come è noto, la giurisprudenza delle Corti americane configura la problematica in esame in termini di contrapposizione fra diritto di libera parola e diritto di riservatezza; e, del resto, si è accennato come sia riconducibile, in una certa ottica, al diritto di *privacy* anche quello di non ricevere comunicazioni non desiderate, di ammettere alla propria sfera di attenzione solo ciò che se ne ritiene degno. Anche in questo senso, come in altri, la *privacy* riceve più intensa tutela quando la persona si trova nel suo domicilio (ciò si esprime anche dicendo che il domicilio è luogo privilegiato di tutela della *privacy*)³⁵.

In quest'ordine di idee, la giurisprudenza americana ha ritenuto censurabile ordinanza di autorità municipale che vietava la proiezione di scene scabrose in cinema all'aperto³⁶, valorizzando anche la facoltà del passante di distogliere lo sguardo (*the offended viewer can avert his eyes*) e ritenendo comunque sovradimensionato un divieto così generale al fine di evitare situa-

³³ Cfr. sul punto la menzionata decisione della Corte del Distretto orientale della Pennsylvania.

³⁴ V. sul punto F. CARDARELLI - V. ZENO-ZENCOVICH, *Profili giuridici*, cit.

³⁵ Cfr., *supra*, nota 10 ed, *infra*, nota 26.

³⁶ *Erznoznik v. City of Jacksonville*, 422 U.S. 205, del 1975.

zioni cui si potrebbe provvedere con accorgimenti particolari³⁷; ha ritenuto, inoltre, contraria ai principi costituzionali una legge dello Stato della Georgia che proibiva il possesso di materiale pornografico, rilevando la violazione del primo emendamento in una disciplina che regola la materia fino a toccare *the privacy of one's home*³⁸. La Corte ha viceversa ritenuto effettivamente idonea a ledere la tranquillità domestica trasmissione televisiva contraria a certi canoni di decenza³⁹ tenendo conto, appunto, della idoneità del mezzo televisivo ad invadere, aggredire la *privacy* dell'utente; è da ricordare, peraltro, il dissenso dei giudici Brennan e Marshall argomentato, fondamentalmente, in relazione alla facoltà di ciascuno di cambiare canale o spegnere il televisore, analoga a quella di distogliere lo sguardo nella pubblica via.

Tenuto conto di quanto accennato non meraviglia, dunque, se la Suprema Corte federale non abbia ravvisato analogo carattere invasivo della *privacy* dell'utente nelle comunicazioni telefoniche pur quando avvengano in forme tali e siano predisposte a stimolare e fin anche ad esacerbare le fantasie erotiche; né la protezione dei minori può, secondo detta Corte, prevalere sull'esercizio di un diritto costituzionale e, dunque, condurre a vietare ciò che, in linea di massima, è lecito⁴⁰; l'opinione concorrente del giudice Scalia valorizza, peraltro, l'obbligo (e l'onere) dei genitori di vigilare sui figli minori⁴¹.

In un ambito di considerazioni simile si muove anche la sentenza del Distretto orientale della Pennsylvania: una volta escluso il carattere invasivo della trasmissione via Internet, tenuto conto essenzialmente del notevole impegno attivo che l'utente deve dispiegare per usufruirne, ed una volta escluso anche il carattere intrinsecamente illecito di una trasmissione che discuta, per nobili scopi, di argomenti pur scabrosi, risulta sovradimensionato rispetto alle esigenze, pur meritevoli di considerazione (come sono senza dubbio quelle educative dei minori), da tutelare, un divieto generale che la colpisca.

In definitiva, il carattere invasivo o non di una trasmissione sembra correlarsi (e sarebbe interessante riflettere sui caratteri di tale relazione) al numero delle alternative a disposizione dell'utente: in un sistema nel quale l'utente dispone di un numero considerevole di alternative sembra difficile escludere la sua facoltà di operare scelte di suo gradimento e la sua posizione finisce con l'essere inevitabilmente attiva (di ricerca di ciò che è più gradito) e non meramente recettiva.

³⁷ *Erznoznik*, cit., 213-214.

³⁸ *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557, del 1969.

³⁹ *Federal Communication Commission v. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726, del 1978.

⁴⁰ *Sable Communications v. Federal Communication Commission*, 492 U.S. 115, del 1989.

⁴¹ Scalia, in *Sable* cit., 132.

È probabile che nel nostro sistema la questione finirebbe con l'esser valutata non tanto nell'ottica del conflitto tra diritti quanto nell'ottica del bilanciamento tra valori; e, tuttavia, essendo la libertà di manifestazione del pensiero di certo riconducibile ad un valore supremo, difficilmente poi si sfuggirebbe alla conseguenza che ogni limite relativo dovrebbe essere ispirato al rigoroso criterio del « minimo mezzo »; e che, dunque, sarebbe ingiustificato un limite più esteso di quanto occorre per salvaguardare un'esigenza di pari livello.

In quest'ordine di idee difficilmente certi limiti, così come configurati per il mezzo televisivo (art. 15, comma 11° e 13°, l. n. 223/1990, ad es., sulle fasce orarie di trasmissione dei films vietati ai minori di anni 14) risulterebbero giustificati anche per il mezzo telematico, almeno quando l'utente assuma posizione « attiva » di ricerca (perché, in tal modo, « senza necessità » verrebbe ad esser limitato anche chi, alla stregua dei principi, avrebbe diritto a ricevere il messaggio).

Il problema della protezione dei minori dovrebbe esser « ripensato » in questo diverso contesto ed articolato eventualmente anche con strumenti diversi (impiego, nel titolo di certe trasmissioni, di parole chiave, idonee a consentirne, con opportuno *software*, l'espulsione dalla ricettività del terminale in questo senso predisposto, etc.). E, del resto, per quel che concerne le comunicazioni telefoniche, è già maturata la determinazione di rendere accessibili (sempre a protezione dei minori) certe linee « calde » solo in seguito ad esplicito abbonamento.

Sotto ogni aspetto, d'altra parte, si palesa l'insufficienza di una normativa (art. 12 l. 22 febbraio 1991, n. 73) che, per le trasmissioni via cavo, rinvia alle (sole?) norme anticoncentrazione contenute nei detti artt. 15, 19, l. 223/1990.

4.3. ULTERIORI LIMITI DELLA LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO E MEZZO TELEMATICO.

Non molto è da dire sugli ulteriori limiti della libertà di manifestazione del pensiero con riguardo al mezzo telematico: perché, appunto, a mio sommo avviso, deve assumersi (almeno in linea di massima) che il mezzo come tale non reagisca sensibilmente sul discrimine fra ciò che è lecito e ciò che è illecito. È da segnalare, inoltre, l'insidia (da un punto di vista teorico) che si potrebbe annidare nella tesi che di ritenere possibile una « anticipazione » della tutela in ragione della efficacia del mezzo; perché l'esercizio di ogni libertà per sua natura può dar luogo ad abusi ed « anticipare » di molto la tutela per prevenirli conduce allora ad abolire la libertà medesima. Qui risiede, appunto, la « filosofia » dell'*overbreadt test* della Suprema Corte americana, che esclude possa il legislatore, per reprimere manifestazioni illecite

del diritto di parola, dettare norme troppo ampie, tali da eliminare anche manifestazioni lecite⁴²; ed in questo ambito di considerazioni diviene anche più chiaro il senso dell'aggettivo «*periculosa*» da tempo collegato alla parola *libertas*⁴³. Ogni istituto di libertà «sconta» un certo insieme di rischi rispetto a cui risultano prevalenti i vantaggi⁴⁴.

Ciò vale, segnatamente, per quelli che definirei «limiti di ordine pubblico» della libertà di manifestazione del pensiero (segreti, istigazioni, vilipendi, etc.); pur non mancando di segnalare che il mezzo telematico, in conseguenza del suo carattere tendenzialmente transnazionale, tende ad erodere l'effettività di almeno alcuni di essi. Ove però il limite risulti universalmente accettato (penso ai limiti ispirati alla tutela del buon costume, della libertà sessuale, etc.) è da dire che il mezzo telematico può presentare anche «positive» ricadute: come consente, infatti, al malfattore di comunicare fra loro a distanza così anche è in grado di offrire agli organi investigativi indicazioni consistenti sui percorsi seguiti dai traffici illeciti.

È vero, d'altra parte, che il superamento di quelli che chiamerei limiti di «ordine privato» della libertà di manifestazione del pensiero (onore, reputazione, riservatezza, identità personale, etc.) avviene in genere in un contesto sociale ben determinato: difficilmente, ad es., verrà in essere una lesione dell'onore o dell'identità personale di un esponente politico italiano fuori dal contesto nel quale costui effettivamente opera. Ciò riduce i rischi che, sotto il profilo dell'effettività, può comportare il carattere sovranazionale del mezzo.

4.4. IL REGIME DELL'INFORMAZIONE TELEMATICA.

Particolarmente delicata si presenta la problematica dell'informazione resa accessibile con mezzo telematico. Fermo restando quel che si è detto circa la necessaria distinzione fra rapporto particolare che lega l'utente all'entità informatrice, rapporto valutabile alla stregua del diritto di comunicazione privata, si tratta in questa sede di considerare il regime dei contenuti informativi come tali.

Con riguardo alle informazioni divulgate a mezzo stampa o radiotelevisivo chi parla era pervenuto alla conclusione di una loro

⁴² Cfr. sull'*overbreadth test*, ad es., A. CERRI, voce *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur. Treccani*, aggiornamento, Roma 1994, § 2.2.1.

⁴³ Cfr., ad es., già SALLUSTIO, *Oratio Lepidi*, § 26: «*mihī semper potior visa*

est periculosa libertas quieto servitio».

⁴⁴ Ricordo le parole del giudice Black, in *Dennis v. Un. St.*, 341 U.S., 434: «*To the Founders of this Nation however the benefits derived from free expression were worth to risk*».

riconducibilità al diritto di libera manifestazione del pensiero: non è possibile, infatti, configurare un obbligo ove non ne sia precisamente individuabile l'oggetto; e, poiché la limitatezza del mezzo ed anche le limitate capacità recettive dei destinatari impongono, comunque, una « selezione » (per necessità discrezionale) delle notizie da fornire, risulta impossibile determinare a priori l'oggetto di un preteso obbligo informativo. Questi rilievi teorici trovano, sempre secondo l'opinione di chi scrive, conferma nell'esperienza reale, essendo ben noto che la « linea » politica di un giornale si definisce assai più con riguardo alla « selezione », « presentazione » e « risalto » delle notizie che non con riguardo al « commento ». Il messaggio più immediato e più forte di un mezzo di comunicazione di massa è dato dal modo nel quale esercita la sua funzione informativa e tale messaggio non risulta incrinato per il fatto che possa poi ospitare il commento di « opinionisti » anche diversamente orientati⁴⁵. La giurisprudenza del nostro paese, del resto, riconduce il c.d. « diritto di cronaca », al pari del « diritto di critica », alla garanzia della libera manifestazione del pensiero⁴⁶.

Nella misura in cui attraverso il mezzo telematico si diffondono informazioni assimilabili a quelle giornalistiche (con una « scelta » ed una « presentazione » dei fatti del giorno ritenuti più significativi) le conclusioni raggiunte a proposito del giornalismo attraverso la stampa e la radiotelevisione sembrano estensibili.

Il fatto è che, attraverso il mezzo telematico, possono esser divulgate anche informazioni non precedute da una selezione e non collocate in un « ordine » di una qualche significatività ideale e neppure, in qualche senso, discrezionalmente « presentate ». Una banca dati può contenere una quantità così vasta di informazioni (anche eventualmente su vicende politiche) da render davvero marginale il problema della selezione; e, d'altra parte, in un atto informativo particolare e circostanziato finisce con lo scolorirsi anche il profilo della presentazione e del risalto. Non si nega l'originalità della raccolta dei dati poi utilizzabili a fini informativi; ma questa originalità risiede piuttosto nell'intelaiatura concettuale che consente di classificarli e reperirli, non anche nelle modalità di erogazione.

Certo, residua il problema della limitata capacità recettiva dell'utente: ma, a prescindere dalla circostanza che il più delle volte questo profilo risulta « neutralizzato » dal già delimitato contenuto della « richiesta », è anche da osservare che il problema stesso si annulla ove la trasmissione di dati sia direttamente incamerata da altro strumento computeristico. A questo punto, dav-

⁴⁵ Cfr., ad es., a. BEVERE - A. CERRI, *Il diritto di informazione ed i diritti della persona*, Milano 1995, 28 ss.

⁴⁶ Cfr., ancora, A. BEVERE - A. CERRI, *Il diritto*, cit., 101 ss.

vero, il problema della riconducibilità dell'informazione alla manifestazione del pensiero può presentare aspetti del tutto nuovi.

A mio sommo avviso (e così correggo una tesi in precedenza sostenuta) non sembra esatto dire che il diritto di libera manifestazione del pensiero copre ogni messaggio simbolico⁴⁷ o, se si preferisce, la estenzione di ogni contenuto psichico⁴⁸. Non so quanto ci si possa spingere oltre nel distinguere contenuto da contenuto⁴⁹ senza correre qualche rischio sul terreno giuridico, essendo poi tutte le facoltà umane così embricate l'una nell'altra da non consentire, almeno in concreto, nette separazioni e da rendere problematica, talvolta, la medesima distinzione in astratto; però almeno sembra possibile distinguere la manifestazione di un qualcosa che, in qualche senso, è « proprio », è « riferibile » a chi manifesta (l'art. 21 Cost. garantisce, appunto, la manifestazione del « proprio » pensiero, sottolineava Esposito⁵⁰), dalla manifestazione di un qualcosa che, in senso morale, non appartiene a colui che comunica. Sembra, appunto, che, almeno in quelle forme le quali non consentono presentazione, selezione od altro, la semplice erogazione di informazioni puramente oggettive e secondo richiesta nulla contenga che possa esser considerato « proprio » di chi le eroga.

È anche vero però che, almeno al fine di tracciare il limite di questa attività informativa, la distinzione suddetta risulta di dubbia rilevanza.

Tutti quelli che sono limiti alla libera manifestazione del pensiero (segreti, riservatezza, etc.) non possono non esserlo, infatti, anche per l'informazione. Ci si può chiedere se una norma giuridica di grado legislativo sia abilitata ad imporre, a certe condizioni, obblighi informativi: e la risposta deve essere, senza esitazioni, positiva. Una volta venuta meno quella discrezionalità nella selezione, presentazione e risalto della notizia ed una volta allineati in modo uniforme un insieme di dati in un cervello elettronico, un obbligo di questo tipo verrebbe ad avere un preciso oggetto e, dunque, sarebbe giuridicamente configurabile, salve le possibili diverse opinioni sull'opportunità di imporgli.

⁴⁷ Cfr. J. RAZ, *Free expression and personal identification*, in AA.VV., *Free expression - Essays in law and philosophy*, Oxford 1994, 1, 2.

⁴⁸ A. CERRI, *Libertà di manifestazione del pensiero, propaganda, istigazione ad agire*, in *Giur. cost.*, 1969, 1178 ss.

⁴⁹ Cfr. sul punto C. PINELLI, *Suggerimento dei messaggi televisivi, persuasione e manifestazione del pensiero*, in questa *Rivista*, 1995, 1 ss.

⁵⁰ Cfr. C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano 1958, 36-40. Nella Germania, come è noto, si perviene a conclusioni simili argomentando in base alla distinta, seppur parallela, garanzia offerta dall'art. 5 del *Grundgesetz* alla libertà di manifestazione di opinioni e di informazione.

È da chiedersi se, a fronte del potere legislativo che impone quest'obbligo, debba configurarsi una situazione munita di tutela costituzionale oppure no, dovendo solo nel primo caso l'eventuale obbligo informativo trovar radice, a sua volta, in un valore di rilievo costituzionale⁵¹; è anche però da osservare che la garanzia costituzionale di una libertà negativa non necessariamente è di livello equivalente a quello che assiste l'esercizio positivo, potendo difettare, con riguardo alla libertà negativa, quelle ragioni di interesse generale che sorreggono la tutela della libertà positiva⁵².

È innegabile, inoltre, che un obbligo di trasmissione di dati comunque impinge in una sfera che, in partenza, si suppone propria dell'obbligato ed è difficile ipotizzare (anche con riguardo alla tutela del lavoro, dell'impresa, etc.) che questa sfera risulti del tutto priva di riferimenti costituzionali.

Ed, allora, il problema dell'eventuale distinzione fra libera manifestazione del pensiero ed informazione resta, a questi fini, di limitato rilievo; può assumere, come vedremo, un rilievo più significativo nella determinazione del « regime » del « mezzo ».

5.1. IL REGIME GIURIDICO DEL « MEZZO » TELEMATICO.

Al di là delle situazioni soggettive di rilievo costituzionale implicate nell'uso dello strumento telematico è la problematica del regime giuridico di questo strumento medesimo, problematica che, a sua volta, assume un indiscutibile rilievo costituzionale, sotto non pochi profili.

Salvo errore, tre mi sembrano i profili giuridici più significativi in proposito: il profilo che attiene all'accesso al detto mezzo; il profilo che attiene al regime di gestione del mezzo e dei servizi che attraverso di esso possono essere erogati; il profilo che attiene al regime di quel particolare servizio che consiste nell'informazione.

5.2. IL PROBLEMA DELL'ACCESSO.

L'accesso al mezzo sembra debba esser riconosciuto a chiunque, almeno nella misura in cui questo mezzo non risulti limitato; possono, ovviamente, esser richieste autorizzazioni per motivi tecnici. L'accesso, inoltre, potrebbe essere interdetto a chi si è reso responsabile di certi reati⁵³.

⁵¹ Si tratta di ben noto criterio elaborato dall'ESPOSITO (*La libertà*, cit., 10 ss.) e recepito costantemente dalla nostra Corte costituzionale, a partire dalla sent. n. 19/1962.

⁵² V., *supra*, nt. 17.

⁵³ Cfr. P. COSTANZO, *Aspetti problematici*, cit.

Certo, l'accesso al mezzo (come pure il suo uso) può comportare costi e, dunque, anche il pagamento di prezzi. Vero è che almeno alcuni usi del mezzo telematico possono considerarsi « privilegiati » perché rispondono all'esercizio di diritti costituzionali; neppure, allora, può risultare ingiustificato un prezzo di favore per questi usi. Non manca, come felicemente si è ricordato, chi rivendica un diritto ad Internet, simile al diritto ai mezzi elementari di sussistenza⁵⁴.

5.3. LA «RETE» ED IL SUO REGIME GIURIDICO.

La gestione della rete come tale, secondo anche le richiamate direttive comunitarie, dovrebbe esser separata dalla gestione dei servizi attraverso la rete; ciò ad evitare si formino « posizioni dominanti ».

Non sembra, inoltre, inopportuno, trattandosi di situazione riconducibile alla figura almeno del « monopolio di fatto » (ma, probabilmente, anche « di diritto »: cfr. artt. 2, 3, 4 del d.lgs. n. 73/1991), che questa « rete » resti, per ora (e fino a quando le condizioni oggettive del monopolio permangano), in mano pubblica. Ciò potrebbe anche render maggiormente praticabili quelle facilitazioni per determinati usi di cui si faceva cenno.

Quanto detto giustifica, a mio sommo avviso, una qualche perplessità sull'operazione di « privatizzazione » della Stet, così come sembra essere stata avviata, sotto almeno tre profili; perché questa operazione non separa la gestione della rete dalla gestione dei servizi attraverso la rete; non riserva la rete alla mano pubblica; non prevede quelle distinzioni fra acquirenti dei servizi necessarie ad evitare che ad una criticabile (e criticata anche in sede CEE⁵⁵) posizione dominante pubblica si sostituisca un'altrettanto criticabile posizione dominante privata.

5.4. IL REGIME DI CONCORRENZA NELLA GESTIONE DEI SERVIZI.

La gestione dei servizi attraverso la rete pubblica deve avvenire in regime di concorrenza e senza la formazione di posizioni dominanti. In questo senso sono, come accennato, le ripetute sollecitazioni della Comunità europea, solo in piccola parte attuate nel nostro paese. E ciò corrisponde, del resto, all'elementare esigenza

⁵⁴ V., ancora, P. COSTANZO, *Aspetti problematici*, cit., 183.

⁵⁵ Alle critiche « indirette » (perché riferite al « regime di alcuni Stati », senza specificare di quali) contenute nelle direttive

nn. 388/1990, 51/1995, etc. si aggiunge la critica « diretta » contenuta nella decisione della Commissione cit. nella nt. 4 che precede

di utile collettivo di ottenere i migliori servizi al minimo costo. Il regime di concorrenza deve investire tutti i settori nel quale si articola il mercato in questione e, dunque, anche, ad es., il settore della telefonia vocale, dovendo la rete finanziarsi attraverso normali canoni di uso.

5.5. IL PLURALISMO DELL'INFORMAZIONE.

Il problema diviene più complicato quando si tratta di servizi che assumono, più propriamente, carattere informativo; e ciò non, peraltro, quando l'informazione sia meramente « oggettiva » ed « a richiesta » ma quando assuma caratteri « giornalistici » e dunque presupponga e comporti scelte nella selezione, presentazione e risalto delle notizie: perché, in questo caso, come abbiamo visto, l'esercizio dell'attività informativa è anche esercizio della libera manifestazione del pensiero e momento non trascurabile della dialettica democratica, oltreché, come è ovvio, di formazione dell'opinione pubblica.

Gli indirizzi comunitari (cfr., ad es., dichiarazione congiunta del Parlamento europeo e della Commissione, in GUCE, serie C, 225, del 30 agosto 1995), a questo punto, affiancano insistentemente alla tradizionale tutela della concorrenza una tutela ulteriore, quella del pluralismo, che non è propriamente incompatibile con la prima ma neppure con essa, nonostante le apparenze, pienamente coincide.

La logica della concorrenza tende all'utile collettivo e, cioè, a beni o servizi ottimi e pagati a prezzo minimo; la logica della manifestazione del pensiero tende alla ricerca della verità e, dunque, ad un bene più sottile dell'immediato piacere che si ricava dalla fruizione di un servizio. Non pretendo, come è ovvio, di contrapporre in via definitiva utile e vero, perché invece non poche verità sono poi utili ed utilizzabili nella produzione; faccio presente, tuttavia, che, anche da un punto di vista economico/utilitaristico, i caratteri propria della verità scientifica fanno sì che sovente il suo valore di utilità non si « incorpori » nel bene, nel prodotto destinato a divulgarla (il valore economico di una scoperta nella chimica, ad es., ha ben poco a che fare con il valore del libro con il quale viene illustrata; ciò vale anche per un libro di diritto, ad es., che può contribuire in misura sensibile al funzionamento ottimo dei meccanismi sociali e che, dunque, dispiega un utile solo in minima parte coincidente con il piacere dei lettori). Nasce così la teoria delle « esternalità » che mostra l'insufficienza dei meccanismi del mercato a misurare l'utilità (o la disutilità, il costo) sociale di attività umane, almeno in alcuni casi (quando, appunto, il valore ed il costo non si incorporino propriamente nel prodotto commerciale): l'esempio più cospicuo delle « esternalità positive » è dato, appunto, dai beni culturali come l'esempio più

«cospicuo di «esternalità negative» è dato dalla problematica ambientalistica⁵⁶.

Senza pretendere, dunque, di contrapporre in via definitiva utile e vero e senza affrontare i molti nodi anche filosofici che risultano sottesi a questa problematica, vorrei precisare che la «dialettica», il «contraddittorio» favorevole alla ricerca della verità (anche politica) non coincide del tutto, nonostante alcune analogie e le ricorrenti assimilazioni⁵⁷, con la concorrenza nel mercato (pur se neppure diverge, in radice). La dialettica, il contraddittorio rispondono piuttosto alla «logica del foro» (mi tornano in mente i contributi del Calamandrei⁵⁸), che esige la rappresentazione adeguata di tutti i punti di vista rilevanti e non interamente alla logica del mercato che esige la presenza delle sole imprese non «inframarginali»⁵⁹. «Due è un numero grande in economia», talvolta si dice a significare il «salto di qualità» che separa un regime di monopolio (pubblico o privato) da un regime di concorrenza sia pure fra due sole grandi imprese; due può non esser numero sufficiente nell'informazione, almeno quando non rappresenti i diversi punti di vista effettivamente «in campo».

Non vorrei sbagliare, ma probabilmente il mezzo telematico consente una più netta separazione fra imprese che producono servizi vari ed imprese di informazione; e ciò potrebbe evitare di sottoporre le prime imprese a quei vincoli (e limiti) più rigorosi che la disciplina del fenomeno informativo può comportare. Comprendo, in ogni modo, le critiche nei confronti di forme «statiche» di garanzia del pluralismo⁶⁰; è anche vero, però, che si

⁵⁶ Richiamo sul punto, ad es., P.A. SAMUELSON, *The pure theory of public expenditure*, in *The review of economics and statistics*, 34, 1954, 387 ss.; ed. in Italia, G. CAMPA - B. BISES, *La spesa dello Stato per attività culturali in Italia*, Milano 1980 (ed. ivi ulteriori richiami). Ricordo, ancora, come l'entità di questi effetti «esterni» (rispetto al godimento del bene separabile e commerciabile) di una certa attività produttiva dipende, ad es., anche dal modo nel quale vengono disegnate le regole giuridiche dei rapporti interpretati (responsabilità verso terzi, etc.): nasce così un settore di studi volto ad analizzare, da un punto di vista economico, proprio tali regole (c.d. analisi economica del diritto): cfr., ad es., r. COASE, *The problem of serial costs*, in *Journal of law and economics*, III, 1960; G. CALABRESI, *The cost of accidents: a legal and economic analysis*, New Haven and London, 1970 (trad. it. a cura di De Vita-Varano-Vigoriti, Milano 1975); e, di recente, J.L. COLEMAN, *Risks and wrongs*, Cambridge (Massachusetts),

1992.

⁵⁷ Ricordo il riferimento del giudice Holmes al *markeplace of ideas*, in *Abrams v. Un. t.*, 250 U.S. 616, spec. 630, del 1920 (si trattava di un *dissent*); v., più di recente, sia pure problematicamente, MARTENS, *Le contrôle jurisdictionnel de l'audiovisuel*, in *Médias et service public*, Bruxelles 1992, spec. 268-9; G. VOTANO, *Pluralismo dell'informazione ed Unione europea*, in questa *Rivista*, 1994, 911 ss.

⁵⁸ Mi riferisco, ovviamente, non solo alle sei splendide conferenze raccolte in volume sotto il titolo *Processo e democrazia*; si tratta, infatti, di un motivo che percorre tutta l'opera di questo insigne processualista.

⁵⁹ Il «foro» era in origine, come è noto, anche luogo di mercato; e, dunque, sembra che questa analogia (seppur non assolutamente rigorosa) di cui stiamo discutendo trovi riscontro addirittura nel significato originario delle parole.

⁶⁰ Così, vivacemente, A. GENTILI, *La concorrenza*, cit., 226 ss.: il sistema attuale seguirebbe un modello dirigista «atto a di-

tratta di uno snodo estremamente delicato nel funzionamento di un sistema democratico e, prima di aver elaborato forme nuove garanzie, non è consigliabile abbandonare le vecchie.

Ancora una volta non vorrei farmi illusioni, ma probabilmente il mezzo telematico consente, di per sé, un pluralismo maggiore di quello segnato e limitato dai « canali » disponibili via etere, dai cospicui costi di gestione di una emittente nazionale (ricordo le sentenze, pur « datate », nella nostra Corte costituzionale); si può organizzare, ad es., con modesta spesa, un dibattito via Internet su argomenti anche di elevato interesse sociale.

6. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

Nei documenti della Comunità europea si avverte, talvolta, un misto di speranza e di ansietà, rispetto alle prospettive del mezzo telematico (penso, ad es., alla risoluzione dell'assemblea parlamentare europea sulla democrazia informatica⁶¹; speranza ed ansietà che sono poi quelle anche di ogni modesto studioso della materia.

Ansietà perché questo mezzo consentirebbe, di fatto (da un punto di vista tecnico, cioè), conoscenze sul comportamento degli utenti vaste e penetranti e, dunque, anche gravi e continue violazioni della *privacy* (sembra inverarsi il fantasma *orwelliano* del « grande orecchio ») rispetto a cui, si teme, siano insufficiente argine i rimedi giuridici; che operano solo saltuariamente ed esigono l'adempimento di gravosi (eppur ineludibili) oneri probatori.

Timori, ancora, per gli usi distorti che di questi strumenti possono esser fatti nel processo democratico, attraverso consultazioni al di fuori di formali e garantite procedure e di adeguati dibattiti⁶².

Speranze perché la telematica promette un più ricco pluralismo, una interazione talvolta completa fra c.d. utente e c.d. emittente; perché, nella forma, ad es., assunta da Internet, sembra incorporare, quasi nel suo codice genetico, elementi di « anarchia », le cui ricadute nel complessivo tessuto democratico non possono non essere di estrema positività.

Questi sono gli effetti « visibili », temuti o sperati, del fenomeno; ci manca uno studioso come Mc Luhan, che sia capace di render

sciplinare il potere » ma non « a governare la concorrenza »; ciò, probabilmente, è vero ma si è visto, la dialettica delle idee non è, senza residui, assimilabile al principio di concorrenza.

⁶¹ Cfr. risoluzione dell'Assemblea parlamentare sulla democrazia informatica, approvata il 25 settembre 1995, in que-

sta *Rivista*, 1996, 173 ss.

⁶² Cfr. sui « rischi plebiscitari » (anche in relazione all'impossibilità di esercizio, in queste forme, di un qualsiasi « diritto di emendamento ») di tali esiti, L. PESOLE, *Sistemi telematici e tutela costituzionale*, in questa *Rivista*, 1990, 718-19.

chiari quegli effetti che sono « invisibili » (e, dunque, refrattari ad ogni disciplina giuridica), perché quasi « sub-liminali » e che si producono prima ancora possano venire in essere specifici contenuti, le regole giuridiche, le modalità di svolgimento del servizio, determinanti tuttavia anche nella storia civile.