

---

VITTORIO FROSINI

---

## LA LIBERA CIRCOLAZIONE DEI BENI E DEI SERVIZI INFORMATICI NEL MERCATO COMUNE EUROPEO

---

**SOMMARIO:** 1. Mercato e Costituzione. — 2. Il mercato comune europeo. — 3. Il risveglio e il dibattito della dottrina. — 4. Dopo Maastricht. — 5. Il nuovo mercato dell'informatica. — 6. Il trasferimento elettronico dei dati. — 7. Lo scopo commerciale. — 8. Dal Libro Verde alla Open Network Provision. — 9. Recenti sviluppi della politica comunitaria. — 10. Il flusso transfrontaliero dei dati. — 11. La nuova libertà informatica.

---

### 1. MERCATO E COSTITUZIONE.

---

**I**l problema, anzi i problemi che solleva la libera circolazione dei beni e dei servizi informatici nell'ambito del mercato comune europeo, sebbene l'argomento attenga specificamente al settore di interessi del diritto dell'informazione e dell'informatica, richiede un inquadramento iniziale d'ordine metodologico sulla struttura e sulla funzione del mercato comune rispetto alla libertà di mercato in Italia, per intendere l'importanza decisiva assunta dalla normativa europea.

Nella Costituzione italiana del 1948 non venne inserita la formulazione e tanto meno la garanzia di una libertà di mercato, cioè di libera concorrenza e circolazione di beni e servizi economici. Lo stesso termine « mercato » è presente in essa una volta sola, e per giunta in una accezione assai ristretta: infatti l'art. 117 Cost. attribuisce alle Regioni la potestà legislativa per alcune materie elencate, fra le quali ci sono anche « fiere e mercati ».

La questione di una valutazione giuridica del « libero mercato », cioè protetto da leggi che ne garantissero la libertà non si pose nemmeno: giacché esso fu ritenuto una astratta utopia, da relegarsi fra le altre del lontano Settecento. Si riteneva che ogni società nazionale persegua i suoi propri fini, si governa con le sue leggi che stabiliscono limiti, vincoli ed obblighi, contrasta o al-

---

\* Relazione al convegno sull'argomento indicato nel titolo, tenuta il 24 ottobre 1994 presso la Luiss di Roma, sotto gli au-

spici del Consiglio Nazionale delle Ricerche e dell'Associazione Nazionale Docenti Informatica Giuridica (ANDIG).

meno attenua nel suo interno i rapporti di forza anche economica, non può tollerare l'anarchia delle scelte operate da individui (i consumatori) ovvero imposte dai produttori nei rapporti economici; era questo il fantasma del vecchio corporativismo fascista sopravvissuto alla fine del regime.

E infatti, l'art. 41 della stessa Costituzione prescrive che «l'iniziativa economica privata è libera (ma) non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale» (che è quella, ovviamente, determinata come tale dal governo in carica); prescrive ancora che «la legge determina programmi e i controlli opportuni perchè l'attività pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata ai fini sociali». La nozione di libero mercato contrastava infatti con quella di Stato sociale o assistenziale, che allora si imponeva in Italia e in Europa, e pertanto anche con quella di una libertà economica ritenuta eslege come tale; senza che si tenesse conto del fatto, che lo stesso mercato è una istituzione economica e giuridica, che non potrebbe sussistere priva delle leggi che ne consentono e ne assicurano l'esercizio. Come è testimoniato del resto dall'esperienza giuridica statunitense, nella quale la concezione della libera concorrenza è stata elaborata dalla dottrina ma sostenuta dalle corti giudiziarie<sup>1</sup>.

## 2. IL MERCATO COMUNE EUROPEO.

Tuttavia, l'evoluzione sopravvenuta nel mercato mondiale negli anni successivi, che impose alle imprese un processo di crescita e di espansione per adeguarsi alla nuova dimensione degli scambi internazionali dopo la stagnazione dovuta alla interruzione bellica, non rimase senza provocare insoddisfazioni e sollecitazioni anche in Italia per procedere ad un riallineamento sulle nuove posizioni assunte nell'economia e nella politica internazionale.

Ci limitiamo a ricordare fra le altre, come particolarmente significative al riguardo, cioè come sintomi del mutamento, le iniziative parlamentari dovute all'on. Giovanni Malagodi, che nel 1955 presentò una proposta di legge sulle «Norme per la tutela della libertà di concorrenza e di mercato», e che nel 1959 la ripresentò negli stessi termini. Ma fu soltanto nel maggio 1988, con la relazione conclusiva dell'indagine conoscitiva presentata alla presidenza del Senato, che prese nome dal suo estensore sen. Casola, che fu posto in maniera concreta il problema fondamentale del rapporto fra la legislazione dell'ordinamento nazionale vigente e la legislazione da attuarsi in base agli accordi sanciti nel Trat-

<sup>1</sup> M.R. FERRARESE, *Diritto e Mercato. Il caso degli Stati Uniti*, ed. Giappichelli, Torino 1992. Sull'importante contributo

fornito dal giudice Learned Hand, v. G. GUNTHER, *Learned Hand: The Man and the Judge*, ed. Knof, New York 1994.

tato di Roma del 25 marzo 1957, istitutivo della Comunità economica europea, che era frutto dell'alto ingegno ed impegno del ministro degli affari esteri Gaetano Martino.

In quella convenzione veniva indicato all'art. 3, come obiettivo dell'azione della Comunità, «l'eliminazione fra gli Stati membri degli ostacoli alla libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali» e «la creazione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune». L'Italia aveva assunto dunque l'obbligo di adeguare in modo conforme la propria regolamentazione giuridica all'indirizzo liberista; prendeva così inizio nel maggio 1988 un dibattito parlamentare sull'applicazione degli impegni sanciti nel Trattato, ed esso si concludeva con l'approvazione della legge 10 ottobre 1990, n.287 sulla disciplina della concorrenza e del mercato, con l'istituzione di una Alta Autorità garante di tale disciplina.

Si poneva subito, e trovava eco nella dottrina giuridica, il problema interpretativo della legge citata, che all'art. 1, quarto comma, prevede che l'interpretazione delle norme contenute in essa «venga effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee»; in particolare, con riferimento al regolamento CEE n. 4064/89 del 21 dicembre 1989; problema che qui si accenna soltanto, per indicare la connessione fra la nuova legislazione nazionale e quella comunitaria<sup>2</sup>.

### 3. IL RISVEGLIO E IL DIBATTITO DELLA DOTTRINA GIURIDICA.

La dottrina, come si è detto, fu stimolata dall'emanazione della legge a destarsi dal suo sonno dogmatico in merito alla collocazione del principio della libertà di mercato (e di quello della «libertà nel mercato») nell'ordinamento giuridico italiano. si può indicare, come episodio emblematico di tale nuovo interessamento il convegno che l'Associazione italiana dei costituzionalisti dedicò al tema della «Costituzione economica negli anni Novanta», tenuto a Ferrara nei giorni 11-12 ottobre 1991.

Nella relazione che in quel convegno svolse Giuliano Amato, fu lui stesso a lamentare il fatto che «tanto nelle monografie, quanto nei manuali di diritto pubblico dell'economia sia regolarmente assente (anche nelle ultime e più recenti edizioni) la tutela della concorrenza»; ed a riconoscere che è stato per l'impulso venuto dalla Comunità Europea, che è entrata in Italia la cultura del mercato, a tal punto da segnare un importante punto di svolta nella interpretazione della Costituzione; anzi, come disse Amato valendosi di una icastica immagine, un «cambio della guardia»<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> D. MORANA, *La tutela della concorrenza e del mercato: origini, portata e profili applicativi della legge n. 287 del 1990*,

in «Economia e diritto del terziario», A.6, n. 1, 1994, pagg. 323-377.

<sup>3</sup> G. AMATO, *Il mercato nella Costitu-*

Nello stesso convegno Giuseppe Guarino presentò un'ampia ed approfondita relazione illustrativa dei nuovi rapporti venutesi a creare fra la Costituzione italiana e la normativa comunitaria, giungendo al punto di affermare una « primazia costituzionale del mercato », assunto così a valore costituzionale<sup>4</sup>.

La Costituzione va dunque riletta con occhi nuovi; trova conferma in tal modo la teoria, secondo la quale legislazione e interpretazione sono le due fonti concorrenti del diritto, giacchè la legislazione offre soltanto la lettera della legge, ed è l'interprete ad infondere in quella lettera lo spirito vivificatore, nella sua sopravvenuta simbiosi (o meglio, circolo dialettico) con la situazione concreta cui va applicata la legge<sup>5</sup>. Pertanto, concordo con quanto sostenne Alessandro Pace nel suo intervento al convegno già ricordato, che « non è stata la Costituzione, ma sono stati i suoi interpreti, a mortificare in Italia, per quarant'anni, la libertà di iniziativa economica privata ». E fra i nuovi interpreti, e lo stesso Pace a sostenere che « lo Stato e gli enti pubblici possono bensì intervenire nel mercato, ma solo se manchi o sia insufficiente l'iniziativa privata ovvero qualora sussistano validi motivi d'utilità sociale »<sup>6</sup>.

#### 4. DOPO MAASTRICHT.

L'Italia si era così inserita nel nuovo quadro giuridico ed economico europeo; e la sua posizione di apertura alla funzionalità di un libero mercato (ossia basato su una struttura giuridica protettiva della libertà di concorrenza) consentiva la sua immissione nel circolo vitale della libertà di scambi e di trasferimenti dei beni e servizi in Europa. Questa direttiva riceveva conferma nella sottoscrizione del Trattato di Maastricht sulla Unione Europea del 7 febbraio 1992, che nel testo del precedente Trattato di Roma ha inserito un articolo aggiuntivo, l'articolo 3 A, il quale prescrive che l'azione degli Stati membri della Comunità « sia condotta conformemente al principio di una economia di mercato aperta e in libera concorrenza »; formula questa, che viene ripetuta all'art. 102 A dello stesso Trattato.

Senza qui inoltrarci nell'analisi delle disposizioni contemplate nel Trattato, basterà osservare che l'Unione Europea, procedendo lungo il percorso che è stato già tracciato, dovrà attuare

zione, in « Quaderni costituzionali », A.XII, n. 1, 1992, pag. 7 ss., cit. alle pagg. 13 e 17.

<sup>4</sup> G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in « Quaderni costituzionali », cit., pag. 21 ss.; cit. a pag. 40.

<sup>5</sup> Su questo specifico punto, mi sia consentito rinviare ad un mio recente volume: V. FROSINI, *La lettera e lo spirito della legge*, ed. Giuffrè, Milano 1994, passim.

<sup>6</sup> A. PACE, *Libertà « del » mercato e « nel » mercato*, in « Politica del diritto », A.XXIV, n. 2, 1993, pag. 327 ss., cit. alle pagg. 331 e 332.

una politica instauratrice di un libero mercato sovranazionale, sebbene ancor esso racchiuso nei confini politici dell'Unione stessa. In esso meccanismi di libera iniziativa economica, di libera concorrenza e di libero scambio saranno tutelati dalla legislazione comunitaria e dalle procedure giudiziarie della Corte di Giustizia, affiancata da un Tribunale competente a conoscere in primo grado; la composizione e le funzioni di entrambi gli organi saranno determinate dagli articoli 165, 168 A, 171 e seguenti del Trattato; per cui anche il mercato comune, definito come libero mercato, riceve un suo valore giuridico autonomo e garantito<sup>7</sup>.

Si è accennato ai problemi interpretativi sorti con la legge 287/1990 in merito ai rapporti tra legislazione nazionale e legislazione comunitaria; tuttavia, il principio di prevalenza della regolamentazione giuridica comunitaria su quella nazionale, già enunciato nella famosa sentenza 170/84 della Corte costituzionale, è stato ribadito nella sentenza 241/90 della stessa Corte proprio con riferimento alla libertà di concorrenza, considerata come « valore basilare della libertà di iniziativa economica » di cui all'art. 41 Cost.

## 5. IL NUOVO MERCATO DELL'INFORMATICA.

Uno dei più noti studiosi americani della teoria del libero mercato, Anthony Downs, ha avuto il merito di mettere in evidenza l'importanza dell'informazione nel circuito economico del mercato: basti pensare alla funzione promozionale e concorrenziale svolta dalla pubblicità<sup>8</sup>. Ma non si tratta soltanto del mercato, e del sistema democratico ad esso strettamente connesso; tutte le società contemporanee del mondo industriale avanzato si configurano ormai, alla fine di questo secolo, sul modello della « società dell'informazione ». E per informazione s'intende ormai l'informazione automatizzata, resa cioè distaccata indipendente dalla sua fonte materiale originaria, trasposta e comunicata nel linguaggio informatico adatto agli impulsi magnetici (telefono collegato con centralina elettronica, telefono cellulare, televisione trasmessa via satellite), resa un bene autonomo valutabile economicamente, trasmessa coi servizi telematici.

La Comunità europea ha preso ben presto in considerazione il progresso tecnologico che sospingeva il nuovo settore quaternario dell'economia in espansione, che creava un nuovo sistema di mercato ignoto alle età precedenti, condizionato appunto dall'informazione automatizzata, ma limitato e frenato dalle posizioni mo-

<sup>7</sup> B. NASCIBENE, *Il diritto comunitario nel futuro*, nel vol. *Il diritto dei nuovi mondi*, a cura di G. Visintini, ed. Cedam, Padova 1994, pagg. 325-336, con note bibliografiche.

<sup>8</sup> A. DOWNS, *Teoria economica della democrazia* (ed. orig. 1957), tr. it., ed. il Mulino, Bologna 1988.

nopolistiche od oligopolistiche delle aziende statali, che contraddicevano il principio fondamentale della libertà di concorrenza, di comunicazione e di scambio. Lo studioso italiano di diritto dell'informatica poté averne dettagliate notizie dall'indagine svolta e pubblicata da Dino Limone, che copriva gli anni dal 1974 al 1984<sup>9</sup>. Nei dieci anni successivi si è però sviluppato un processo di trasformazione strutturale del mercato dell'informazione, proprio grazie alle sollecitazioni ricevute dagli interventi comunitari in questo campo, che ha aperto la nuova prospettiva, di cui ci occupiamo ed in cui ci inoltriamo. Il mercato comune europeo costituisce la nuova realtà economica, giuridica e tecnica, nella quale si verifica l'avviamento ad una libera circolazione dei beni informatici e dei servizi telematici.

## 6. IL TRASFERIMENTO ELETTRONICO DEI DATI.

La prima esigenza che si è presentata per favorire una evoluzione del mercato dell'informazione nel senso che abbiamo sopra delineato di una progressiva liberalizzazione consisteva nell'instaurare una disciplina comune, una regolamentazione giuridica e tecnica del metodo di trasmissione dei dati. Questo è un fatto solo in apparenza paradossale, giacchè il libero mercato abbisogna di un ordinamento sorretto e vincolato da proprie regole interne, dirette a tutelarne e renderne funzionale lo stesso principio di libertà. Basti pensare alla necessaria garanzia del rispetto della volontà contrattuale, che comporta la presenza di regole precise e l'eventuale intervento delle corti di giustizia a cui fare ricorso in caso di violazione degli accordi. È il problema generale della tutela dei diritti e in particolare della clausola penale.

Va perciò preso come punto di partenza il deliberato contenuto nella direttiva comunitaria 86/361 del 24 luglio 1986, alla quale altre fecero seguito, la 88/301 e la 91/263, quest'ultima occasionata alla sentenza della Corte di Giustizia CEE del 19 aprile 1991. Tale direttiva era intesa ad uniformare gli *standards* delle apparecchiature dei sistemi elettronici, in modo da eliminare gli ostacoli posti alla fluidità delle trasmissioni. La direttiva citata trovò la sua integrazione nella decisione del Consiglio del 5 ottobre 1987, che istituì « un programma comunitario relativo al trasferimento elettronico dei dati per uso commerciale nei settori del commercio, dell'industria e dell'amministrazione, il quale utilizza le reti di comunicazione » (art. 1).

<sup>9</sup> D.A. LIMONE, *Politica e normativa comunitaria per l'informatica (1974-1984)*, ed. Giuffrè, Milano 1985; v. anche il saggio dello stesso A. su *La normativa comunitaria e la legislazione italiana sulle*

*tecnologie dell'informazione*, in *Annuario di diritto delle tecnologie dell'informazione*, vol. 2, ed. Seat, Torino 1992, pagg. 935-965.

Questo fu il programma chiamato TEDIS (*Trade Electronic Data Interchange System*), inteso a promuovere le attività necessarie allo sviluppo dell'uniformazione dei messaggi EDI, cioè la normalizzazione (basata su una normatività tecnica) di un linguaggio informatico comune per assicurare a tutti gli utenti una comprensione completa e precisa del significato contenuto del messaggio. L'art. 3, al punto 7, prescriveva di «ricercare soluzioni per problemi giuridici che potrebbero frenare lo sviluppo del trasferimento elettronico dei dati e vigilare affinché eventuali normative restrittive in materia di telecomunicazioni non possano ostacolare lo sviluppo del trasferimento elettronico dei dati per scopo commerciale». Una seconda fase dello stesso programma TEDIS venne deliberata dal Consiglio dei ministri il 22 luglio 1991.

## 7. LO SCOPO COMMERCIALE.

Merita a questo punto soffermarsi ad esaminare, sia pur brevemente, una questione relativa alla connessione fra legislazione comunitaria e legislazione nazionale sulla garanzia preposta alla tutela giuridica dei programmi informatici ed alla repressione della loro circolazione abusiva sotto la forma di duplicati non autorizzati. Tale questione è sorta con riguardo alla espressione sopra riferita di «scopo (o uso) commerciale», concernente la detenzione e pertanto anche il trasferimento illecito di dati informatici.

La direttiva comunitaria 91/250/CEE del 14 maggio 1991 utilizza nel suo testo originario l'espressione in lingua inglese *the possession for commercial purposes*, che comprende una vasta categoria di attività comunque collegate con la produzione e la compravendita di beni e servizi.

È stato rilevato, che nella legge del 19 dicembre 1992, n. 489, recante la delega al governo per l'attuazione della suddetta direttiva comunitaria per la protezione dei programmi informatici, la traduzione italiana ne tramuta il senso, in quanto la rende col termine di «detenzione per la commercializzazione»; mentre nel successivo d.lgs. del 29 dicembre 1992, n. 518, che porta le modifiche alla legge sul diritto di autore del 22 aprile 1941, n. 633, la traduzione è quella di «detenzione a scopo commerciale». La differenza consiste nell'attribuire a «commercializzazione» un significato riduttivo rispetto all'originale, perchè esso consisterebbe in una attività economica in cui l'oggetto è la «messa in commercio» nei confronti dei terzi dei programmi nell'ambito di una attività volta alla loro diffusione sul mercato; anche in questo caso, si potrebbe dire «testo tradotto, testo corrotto»<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> G. D'AIETTI, *La tutela dei programmi e dei sistemi informatici*, in AA.VV., *Profili penali dell'informatica*, con Intro-

duzione di V. Frosini, ed. Giuffrè, Milano 1994, pag. 51.

L'art. 10 del d.lgs. 518/1992 cit., ha inserito l'art. 171 bis nella legge del diritto d'autore, comminando severe pene per chi « importa, distribuisce, vende, detiene a scopo commerciale o concede in locazione copie non autorizzate di programmi per elaboratore ». È questa una conferma di quanto sopra affermato, e cioè che un sistema di libero mercato deve tracciare i limiti della liceità entro i quali esso possa svolgersi, per consentire l'esercizio della sua funzione legittima: nel nostro caso in specie, la circolazione di beni non adulterati.

### 8. DAL LIBRO VERDE ALLA OPEN NETWORK PROVISION.

Il percorso della normativa comunitaria in materia di liberalizzazione dei beni informatici e dei servizi telematici prese un andamento sempre più rapido. Il 30 giugno 1987 era stato presentato il Libro Verde sullo sviluppo del mercato comune per i servizi e per le apparecchiature di telecomunicazioni. L'apparizione di quel libro fu un evento che può considerarsi decisivo per lo sviluppo dell'informatica nell'Europa occidentale e per il suo inquadramento giuridico nelle legislazioni nazionali e in quella comunitaria: il Libro Verde suscitò uno scalpore, che trovò risonanza anche nelle discussioni avvenute in Italia<sup>11</sup>. Il Consiglio di conseguenza adottò il 30 giugno 1988 una risoluzione concernente lo sviluppo del mercato comune aperto entro il 1992, che faceva seguito alla direttiva 88/301/CEE della Commissione in data 16 maggio 1988, relativa alla concorrenza sui mercati dei terminali di telecomunicazioni per favorire la continua crescita dei servizi trasfonali di telecomunicazioni.

Una tappa fondamentale di questo processo evolutivo venne segnata dalla Direttiva del Consiglio del 28 giugno 1990 (la 90/387/CEE) sull'istituzione del mercato interno per i servizi delle telecomunicazioni mediante la realizzazione della fornitura di una rete aperta di telecomunicazioni, la *Open Network Provision* (ONP). In quella stessa data venne emanata la direttiva della Commissione CEE (la 90/388/CEE) relativa alla concorrenza nei mercati dei servizi di telecomunicazioni, che rappresentò una svolta decisiva e irreversibile della politica comunitaria nel campo della telematica, poiché stabilì all'art. 2 che « Gli Stati membri provvedono all'abolizione dei diritti esclusivi o speciali per la fornitura dei servizi di telecomunicazioni diversi dai servizi di telefonia vocale ed adottano le misure atte a garantire ad ogni operatore economico il diritto di fornire detti servizi di telecomunicazione ». In tal modo, venivano abbattute le barriere e spalancate

<sup>11</sup> V. FROSINI, *La protezione giuridica dei programmi informatici. Osservazioni sul Libro verde europeo*, in «Nomos», n.

4, 1988, pagg. 119-127 (ora anche nel vol. **Id.**, *Contributi ad un diritto all'informazione*, ed. Liguori, Napoli 1991).

le porte per l'attuazione di un libero mercato europeo nel settore della informazione telematica. La piena liberalizzazione del mercato delle apparecchiature elettroniche di telecomunicazione, imposta dalla Direttiva CEE 263/1991, è stata recepita nell'ordinamento giuridico italiano con il d.lgs. del 29 dicembre 1992, n. 519<sup>12</sup> e con il d.lgs. del 9 febbraio 1993, n. 55.

## 9. RECENTI SVILUPPI DELLA POLITICA COMUNITARIA.

Tuttavia, la politica comunitaria, di cui stiamo trattando, richiede ancora interventi ed iniziative per proseguire sulla sua strada. È ancora recente la risoluzione approvata dal Parlamento europeo (e pubblicata nella G.U.C.E. n. C150 del 20 aprile 1993) nella quale l'Assemblea ha invitato la Commissione CEE a procedere alla formulazione di una politica comunitaria per la liberalizzazione del mercato, assicurando l'accesso a condizioni eque ed a prezzi ragionevoli per ogni tipo di telecomunicazione all'interno della CEE, al Consiglio ed alla Commissione è demandato il compito di definire principii del servizio universale delle telecomunicazioni. Lo stesso Parlamento ha invitato la Commissione a fare rispettare le direttive esistenti per la libera concorrenza, a valutare lo stadio di sviluppo delle telecomunicazioni negli Stati membri, ed a vigilare sullo sviluppo della libera concorrenza al loro interno.

Il 22 luglio 1993 è poi sopravvenuta una Risoluzione del Consiglio (93/C213/01) « concernente la relazione sulla situazione nel settore dei servizi di telecomunicazione e sulla necessità di ulteriori sviluppi in tale mercato ». Il 21 ottobre 1992 la Commissione aveva in effetti presentato al Consiglio una comunicazione sulla situazione anzidetta, che valutava in particolare la situazione concorrenziale, il progresso dell'armonizzazione e le restrizioni all'accesso alle reti di telecomunicazioni, gli effetti di dette restrizioni sul funzionamento del mercato interno e le misure da prendere per eliminarle. Il Consiglio, rivolgendosi al futuro del mercato dei servizi, ha sollecitato l'attuazione di misure concernenti la fornitura di una rete aperta (O.N.P.) e in quello dei satelliti con adeguate proposte legislative l'applicazione del principio di un reciproco riconoscimento delle licenze e autorizzazione nazionali basate su condizioni armonizzate: e infine, l'adozione provvisoria di una procedura di « sportello unico »<sup>13</sup>.

A complemento ed in connessione con le proposte riferite, va altresì ricordato che in 13 agosto 1993 è stato pubblicato sulla

<sup>12</sup> Osservazioni sull'O.N.P. in F. CARDARELLI, *Il regime giuridico dei servizi telematici in Italia e in Francia*, in *Annuario di diritto...* etc., cit., pagg. 989-1025.

<sup>13</sup> Un primo commento in M. RHODES, *The future of telecommunications services in Europe*, in « *Computer Law and Practice* », vol. 10, n. 4, 1994, pagg. 111-117.

G.U.C.E. un elenco delle norme per la fornitura di una rete aperta di telecomunicazioni (Norme O.N.P.), destinato ad aggiornare quelle già pubblicate il 29 dicembre 1990 e l'8 aprile 1993.

In questo quadro delle iniziative, degli orientamenti e degli obiettivi di una politica comunitaria nel settore dei servizi di informazione telematica, vorrei accennare che nel dicembre 1993 è apparsa la relazione conclusiva di una inchiesta condotta allo Information Market Observatory della Commissione delle Comunità Europee, dedicata a una analisi dei servizi di *Electronic Information* in Europa e ad un confronto della loro funzionalità con i servizi analoghi negli Stati Uniti e in Giappone: relazione del più alto interesse per indicare, accanto ai progetti legislativi, le condizioni di funzionalità e le esigenze pratiche di un mercato comune europeo in competizione sul mercato mondiale.

#### 10. IL FLUSSO TRANSFONTALIERO DEI DATI.

Giunti a questo punto, si potrebbe pensare che sia ormai divenuto obsoleto il problema del flusso transfontaliero dei dati, il *Transborder Data Flow* (TDF), almeno nell'ambito del mercato comunitario. È un problema questo, che ha travagliato per molti anni i delegati dei governi nazionali all'OCSE (Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico), presso la quale venne costituito un gruppo permanente di lavoro sull'argomento. Vi è però da prendere in considerazione il problema particolare della circolazione dei dati informatici di carattere personale, alcune specie dei quali vengono chiamate « dati sensibili » e protette da speciali garanzie di tutela.

Nella « Convenzione europea per la protezione delle persone in relazione alla elaborazione automatizzata dei dati a carattere personale » del 28 gennaio 1981, il cap. III (che si compone del solo art. 12) è intitolato « Flussi transfrontalieri dei dati a carattere personale e diritto interno » e prescrive che « Una parte non può, al solo fine della protezione della vita privata, proibire o sottoporre ad una autorizzazione speciale i flussi attraverso i confini di dati a carattere personale destinati al territorio di un'altra parte ».

Si trattava dunque di una liberalizzazione permanente riconosciuta dalla circolazione dei dati nell'ambito della Comunità; venivano però avanzate due eccezioni a questa regola. La prima, riferita al caso e nella misura in cui la legislazione di uno Stato preveda una regolamentazione specifica per certe categorie di dati a carattere personale; salvo che, eccezione dell'eccezione che ristabiliva la regola, la regolamentazione dell'altra Parte fornisse una protezione equivalente a quella vigente nello Stato di provenienza dei dati. La seconda eccezione era riferita al trasferimento nel territorio di un altro Stato della Comunità perché i dati in questione ve-

nissero poi trasmessi ad uno Stato non contraente della convenzione, e questo al fine di evitare che venisse in tal modo aggirata la legislazione posta a tutela dei dati in uno Stato contraente.

Una applicazione dei principi sopra enunciati si può constatare nella convenzione firmata a Schengen il 19 giugno 1985, cui ha aderito successivamente anche l'Italia, per lo scambio di informazioni automatizzate di carattere personale fra le forze di polizia degli Stati firmatari; nel quale Accordo di Schengen sono stabilite altresì (all'art. 102 all'art. 118) le misure di garanzia richieste per la protezione di quei dati. L'Accordo è collegato al Trattato di Maastricht successivo ad esso, in quanto il Trattato al Titolo VI comprende le disposizioni relative alla cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni (cioè della collaborazione tra le forze di polizia)<sup>14</sup>.

Anche in questo campo delle informazioni automatizzate a carattere personale si è avuto di recente un richiamo all'ordine, come era avvenuto con la Risoluzione del Parlamento europeo da noi testè menzionata. Il Consiglio dell'Unione Europea, con propria Risoluzione pubblicata il 7 dicembre 1993 sulla G.U.C.E. n. C339, ha infatti invitato gli Stati membri ad elaborare il più rapidamente possibile una politica comunitaria relativa alle comunicazioni personali via satellite, e ha invitato la Commissione a riconoscere il valore delle comunicazioni personali via satellite al fine della formulazione di una politica comunitaria nel settore delle telecomunicazioni, in quello spaziale, commerciale e industriale e dello sviluppo regionale, e ha inviato altresì la stessa Commissione a definire una politica comune degli Stati membri al fine di creare un mercato di comunicazioni personali via satellite, che sia globale ed aperto.

## 11. LA NUOVA LIBERTÀ INFORMATICA.

La formula della « libertà informatica » venne coniata e messa in circolazione nel 1981, a ridosso per così dire della Convenzione europea sulla protezione dei dati personali, per indicare una nuova forma del diritto di libertà personale, il diritto all'autotutela del singolo, come la nuova estensione dunque del *Right to privacy* o diritto alla riservatezza nel quadro della civiltà tecnologica in cui è sorto il « potere informatico » di coloro che posseggono le banche dati personali e che gestiscono i relativi servizi.

Questa formula venne peraltro rivestita di un diverso significato nel dibattito dottrinale che si è svolto in Italia negli anni succes-

<sup>14</sup> Per una analisi dell'Accordo, V. FROSINI, *Informatica e criminalità organizzata*, in « Il diritto dell'informazione e dell'informatica », A.XI, n. 1, 1993, pagg.

75-83. G. AMATO, *Il riciclaggio del denaro « sporco »*, ed. Laurus Robuffo, Roma 1993 (collana del Ministero dell'Interno, Dipartimento della Pubblica Sicurezza).

sivi. Al suo originario contenuto etico di difesa della libertà umana nel suo nucleo più intimo e più geloso, venne sostituito un contenuto di carattere economico, ossia il riconoscimento della libertà (meglio si sarebbe detto della facoltà) accordata al produttore di raccogliere dati, anche personali, nel suo esclusivo interesse, per la creazione di banche dati da poter sfruttare nella circolazione commerciale.

La stessa formula acquistò una nuova accezione, anzi una nuova dimensione di significato, in quanto venne messo in evidenza, accanto al suo aspetto originario passivo di protezione e di circoscrizione giuridica della personalità, anche il suo aspetto attivo ed evolutivo, che è quello del riconoscimento, attribuito al cittadino, di inserirsi e di partecipare nel circuito informatico della pubblica amministrazione. Aspetto questo di una nuova libertà, che è non soltanto «libertà da» ma anche «libertà di» (per valersi della famosa distinzione proposta da Sir Isaiah Berlin), che ha ricevuto una sua sanzione giuridica mediante le norme relative al ricorso autorizzato alla rete pubblica (la Rete Numerica Integrata dei Servizi, ISDN) di cui nel d.lgs. del 9 febbraio 1993, n. 55<sup>15</sup>.

La discussione che si è svolta sulla libertà informatica ha conosciuto anche toni polemici, ma ha così alimentato il suo approfondimento critico, in quanto alla stessa formula venivano assegnati sensi e valori anche radicalmente diversi fra loro. Tuttavia, l'evoluzione sopravvenuta dal 1981 ad oggi nel campo dei rapporti sociali basati sull'informatica, sia per il progresso tecnologico compiuto con l'avvento dei *personal computers* e delle reti di trasmissione telematica, sia per il processo economico, politico e giuridico di cui abbiamo tracciato un sommario profilo, ha creato una nuova situazione, di cui bisogna prendere atto.

La libertà informatica non si può più restringere al suo significato originario della tutela giuridica dei dati personali da custodire; giacchè essa oggi comprende anche la proiezione e lo sviluppo di quel principio di libertà nella prospettiva sempre più ampia della società dell'informazione. La libertà informatica va dunque svolta ed accolta in un senso dinamico e non soltanto in quello statico; perchè essa comprende la nuova libertà di trasmettere dati di interesse personale di carattere personalizzato (come i dati relativi a certe attività professionali) per mezzo dei nuovi strumenti di comunicazione telematica. Si pensi alla posta elettronica, al trasferimento elettronico dei dati e dei fondi finanziari, alla televendita: nuove forme di espansione della personalità umana che si realizzano grazie alla civiltà tecnologica.

---

<sup>15</sup> G. CORASANITI, *Diritto e tecnologie dell'informazione*, ed. Giuffrè, Milano 1990.

Si formuli perciò l'auspicio che il mercato aperto alla libera circolazione dei dati informatici possa divenire il mercato della libertà di informazione, della circolazione delle idee, della comunicazione fra gli uomini oltre tutte le frontiere politiche e le barriere ideologiche.