

Quaderni di Diritto Mercato Tecnologia



Direttore Scientifico
Alberto Maria Gambino

COMITATO SCIENTIFICO

Guido Alpa
Vincenzo Di Cataldo
Giusella Finocchiaro
Giorgio Florida
Gianpiero Gamaleri
Alberto M. Gambino
Gustavo Ghidini
Andrea Guaccero
Mario Libertini
Francesco Macario
Roberto Mastroianni
Giorgio Meo

Cesare Mirabelli
Enrico Moscati
Alberto Musso
Luca Nivarra
Gustavo Olivieri
Cristoforo Osti
Roberto Pardolesi
Giuliana Scognamiglio
Giuseppe Sena
Salvatore Sica
Vincenzo Zeno-Zencovich
Andrea Zoppini

Rivista Scientifica

ISSN (Online edition): 2239-7442

QUADERNI DI

diritto mercato tecnologia



Numero 4
Anno III
Ottobre/Dicembre 2013

CON CONTRIBUTI DI:

Lorenzo Delli Priscoli, Valeria Falce, Gustavo Ghidini, Daniela Messina,
Maria Cecilia Paglietti, Giuseppe Pennisi, Marco Scialdone.

SOMMARIO

Cultura, industria e proprietà intellettuale

Il ruolo degli utenti nella generazione dei contenuti creativi

di Marco Scialdone

p. 8

Mercato, concorrenza e regolazione

Trade Secret Protection in the Innovation Union. From the Italian approach to the UE solution

di Valeria Falce

p. 20

Appraisal Parameters, Selection Criteria and Regulations for Long-Term Investment in Europe: Issues and Possible Solutions

di Giuseppe Pennisi

p. 44

Pratiche commerciali e tutela dei consumatori

Beauty rules: la responsabilità per la circolazione giuridica dei cosmetici alla luce del Reg. 1223/2009

di Maria Cecilia Paglietti

p. 65

Comunicazioni elettroniche, audiovisivo e garanzie

Il pluralismo radiotelevisivo nel panorama della convergenza tecnologica: il caso della Web TV e delle Over-the-Top TV

di Daniela Messina

p. 85

Diritti della persona e responsabilità in rete

Internet e il diritto alla riservatezza dei dati personali contenuti in atti parlamentari

di Lorenzo Delli Priscoli

p. 121

Rubrica “Diverso Avviso” a cura di Gustavo Ghidini:

Proprietà Intellettuale: per una prospettiva sistematica

p. 150

COMITATO SCIENTIFICO

- Prof. Guido Alpa
- Prof. Vincenzo Di Cataldo
- Prof. ssa Giusella Finocchiaro
- Prof. Giorgio Florida
- Prof. Gianpiero Gamaleri
- Prof. Alberto M. Gambino
- Prof. Gustavo Ghidini
- Prof. Andrea Guaccero
- Prof. Mario Libertini
- Prof. Francesco Macario
- Prof. Roberto Mastroianni
- Prof. Giorgio Meo
- Prof. Cesare Mirabelli
- Prof. Enrico Moscati
- Prof. Alberto Musso
- Prof. Luca Nivarra
- Prof. Gustavo Olivieri
- Prof. Cristoforo Osti
- Prof. Roberto Pardolesi
- Prof. ssa Giuliana Scognamiglio
- Prof. Giuseppe Sena
- Prof. Salvatore Sica
- Prof. Vincenzo Zeno-Zencovich
- Prof. Andrea Zoppini

COMITATO DI REFEREE

- Margarita Castilla Barea
- Emanuele Bilotti
- Fernando Bocchini
- Roberto Bocchini
- Francesco Di Ciommo
- Cesare Galli
- Fiona Macmillan
- Marco Maugeri
- Enrico Minervini
- Anna Papa
- Francesco Ricci
- Maria Pàz Garcia Rubio
- Cristina Schepisi
- Antonella Tartaglia Polcini
- Raffaele Trequatrin
- Daniela Valentino
- Filippo Vari
- Alessio Zaccaria

COMITATO DI REDAZIONE

- Andrea Stazi, Università Europea di Roma (Coordinatore di Redazione)
- Davide Mula, Università Europea di Roma (Vice - Coordinatore di Redazione)
- Emanuela Arezzo, LUISS Guido Carli (Curatrice degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico degli Stati Uniti d'America)
- Alessio Baldi (Curatore degli aggiornamenti giurisprudenziali del Tribunale di Firenze)
- Enrico Bonadio (Curatore degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico del Regno Unito)
- Linda Briceño Moraia, Università degli Studi di Pavia (Curatrice degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico della Spagna)
- Mattia de Grassi di Pianura, CERNA, Mines ParisTech (Curatore degli aggiornamenti)

- dell'ordinamento giuridico della Francia)
- Maximiliano Marzetti, Universidad Católica Argentina Santa Maria de los Buenos Aires (Curatore degli aggiornamenti dell'area geografica del Sud America)
 - Tobias Malte Mueller, Università di Mainz (Curatore degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico della Germania)
 - Valerio Mosca (Curatore degli aggiornamenti giurisprudenziali Tar Lazio e Consiglio di Stato in materia di diritto della concorrenza, pratiche commerciali scorrette, diritto e regolazione delle comunicazioni elettroniche)
 - Gilberto Nava, Università della Tuscia di Viterbo (Curatore degli aggiornamenti giurisprudenziali Tar Lazio e Consiglio di Stato in materia di diritto della concorrenza, pratiche commerciali scorrette, diritto e regolazione delle comunicazioni elettroniche)
 - Francesca Nicolini, Università degli studi di Roma Tor Vergata (Curatrice degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico comunitario)
 - Maria Francesca Quattrone, Università LUISS Guido Carli (Curatrice degli aggiornamenti giurisprudenziali in materia di proprietà intellettuale)
 - Federica Togo, Università di Firenze (Curatrice degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico della Germania)
- Sveva Bernardini, Università Europea di Roma
 - Anna Chiara Calabrese, Università Europea di Roma
 - Oreste Calliano, Università degli studi di Torino
 - Virgilio D'Antonio, Università degli studi di Salerno
 - Massimiliano Dona, Università Europea di Roma
 - Philipp Fabbio, Università degli studi di Reggio Calabria
 - Valeria Falce, Università Europea di Roma
 - Marilena Filippelli, IMT Institute for Advanced Studies
 - Francesco Graziadei, LUISS Guido Carli
 - Monica La Pietra, Università Europea di Roma
 - Elena Maggio, Università Europea di Roma
 - Federico Mastrolilli, Università Europea di Roma
 - Giuseppina Napoli, Università Europea di Roma
 - Andrea Nuzzi, Università Europea di Roma
 - Giovanni Nuzzi, Università Europea di Roma
 - Maria Cecilia Paglietti, Università degli studi Roma Tre
 - Eugenio Prosperetti, Università degli studi di Roma La Sapienza
 - Ana Ramalho, Università di Amsterdam
 - Andrea Renda, LUISS Guido Carli
 - Annarita Ricci, Università degli studi di Bologna

- Giovanni Maria Riccio, Università degli studi di Salerno
- Eleonora Sbarbaro, LUISS Guido Carli
- Marco Scialdone, Università Europea di Roma
- Benedetta Sirgiovanni, Università degli studi di Roma Tor Vergata
- Giorgio Spedicato, Università degli studi di Bologna
- Claudia Stazi, Università degli studi Roma Tre
- Alessandra Taccone, Università Europea di Roma
- Francesco Vizzone, Università Europea di Roma

Collaboratori

- Roberto Alma
- Gianni Capuzzi

- Angelo Castaldo
- Giuseppe Cassano
- Iacopo Pietro Cimino
- Massimo Di Prima
- Lifang Dong
- Nicoletta Falcone
- Raffaele Giarda
- Lucio Lanucara
- Lucia Marchi
- Raffaele Marino
- Giuseppe Mastrantonio
- Marianna Moglia
- Valeria Panzironi
- Cinzia Pistolesi
- Augusto Preta
- Silvia Renzi
- Claudia Roggero
- Guido Scorza
- Paola Solito
- Ferdinando Tozzi

Il nuovo ruolo degli utenti nella generazione di contenuti creativi

di

Marco Scialdone

Sommario: 1. Premessa. - 2. La nozione di User Generated Content: problemi definitivi. - 3. User Generated Content tra diritto d'autore e libertà di espressione. - 4. Gli utenti come "sperimentatori": l'innovazione senza permesso. - 5. Conclusioni: uno sguardo sul futuro (prossimo), il ritorno dei makers.

1. Premessa.

La digitalizzazione dell'informazione, da un lato, e la sempre maggiore penetrazione delle reti di comunicazione elettronica, dall'altro, hanno alterato in modo significativo il modo in cui le persone creano, distribuiscono, usano e accedono alle informazioni [1].

A tal proposito in dottrina si è parlato di un rinascimento digitale, perché i linguaggi abilitati dalle nuove tecnologie "pervadono l'orizzonte della co-evoluzione fra sistema dei media (nella sua compattezza e discontinuità tra old e new media) e società; innescano un cambiamento socio-antropologico in direzione postumana che riguarda la "forma persona", elaborano il senso che presiede alle dinamiche relazionali e neo-tribali" [2].

Questa mutazione dei comportamenti ha posto in crisi la tradizionale dicotomia produttore/consumatore, originando la figura del "prosumer" [3], produttore e consumatore al tempo stesso.

A livello sociale, si è assistito all'emersione di culture partecipative che hanno trovato nel crescente diffondersi di piattaforme di disintermediazione per la distribuzione di contenuti (Youtube, Flickr, Soundcloud, Facebook, Twitter ecc) il loro ideale terreno di coltura. È in un simile ambiente digitale che l'esplosione dei contenuti generati (o "rigenerati") dagli utenti (c. d. User Generated Content - UGC) ha consentito di sperimentare forme nuove di partecipazione attorno alla condivisione di informazioni e pratiche di intrattenimento, innovando le occasioni di produzione culturale.

Capire queste culture partecipative consentirà di capire i rapporti futuri tra istituzioni e cittadini, fra consumatori e mercato: ecco perché risulta decisiva la figura dell'user, evoluzione del consumatore dell'era analogica, il quale non si pone più quale soggetto passivo rispetto ai beni che acquista o di cui fruisce ma che pretende di interagire con gli stessi, di manipolarli, alterarli, sperimentarne le potenzialità e, se del caso, immaginarne di nuove, non concepite dallo stesso produttore.

2. La nozione di User Generated Content: problemi definitori.

L'espressione "contenuti generati dagli utenti" (in inglese, "user generated content" o, in forma abbreviata, "UGC") inizia a diffondersi nel 2005 in concomitanza con il successo di piattaforme web caratterizzate dalla presenza di contenuti realizzati al di fuori del circuito professionale e rispetto ai quali gli utenti assumono un ruolo attivo.

Nel report OCSE del 2007 "Partecipative Web: User-Generated-Content" [4] sono stati, per la prima volta, individuati i tre tratti caratterizzanti degli UGC: 1) l'essere contenuti messi a disposizione del pubblico tramite la Rete Internet; 2) che siano in grado di riflettere un certo grado di sforzo creativo, e 3) che siano creati al di fuori di circuiti professionali [5].

Si tratta di una definizione certamente utile e che ha il pregio di circoscrivere il fenomeno distinguendolo, al contempo, da quello dei semplici "contenuti caricati dagli utenti" rispetto ai quali non è presente alcuno sforzo creativo, sia pur minimo, e ci si limita a condividere online contenuti realizzati da terzi (quasi sempre di tipo commerciale).

I contenuti generati dagli utenti, dunque, in linea di principio, sono creati fuori dall'ambito di attività economiche o professionali per motivazioni che possono essere di diversa natura: da quella prettamente filantropica [6], a quella di autoaffermazione [7] o, ancora, a quella di appartenenza ad una community o al desiderio di crearla.

In secondo luogo, come detto, gli UGC devono essere il frutto di un contributo dell'utente, pur residuando un margine di incertezza su quale sia il livello di sforzo creativo necessario affinché un certo contenuto caricato sul web possa dirsi "generato dall'utente" [8]. Secondo l'approccio della scienza sociologica [9], nella definizione di UGC viene fatto rientrare qualsiasi contenuto che rifletta i gusti e la personalità dell'utente e, dunque, anche quelli che costituiscono semplicemente il frutto di un lavoro di selezione e valorizzazione di materiali esistenti.

Più di recente, anche in considerazione del tempo intercorso, ci si è interrogati sul permanere della validità della definizione [10] elaborata dall'OCSE nello studio sopra citato o, se al contrario, la stessa necessita di un aggiornamento alla luce dell'evoluzione degli strumenti tecnologici e delle piattaforme di diffusione online delle informazioni.

Sotto tale profilo, gli studi più recenti [11] suggeriscono di pensare agli UGC come ad una serie di sequenze ininterrotte, due delle quali di maggiore importanza: la sequenza dell'impegno e quella della professionalità.

Nel rapporto OFCOM del 21 giugno 2013, "The Value of User-Generated Content", ai fini di una definizione maggiormente flessibile, si suggerisce l'adozione dei seguenti criteri:

- La presenza di uno sforzo che conduca alla creazione di un contenuto mediale: testo, audio, video, giochi, dati o software oppure una combinazione di essi;
- Il contenuto di cui al punto che precede venga reso disponibile sul web o altre piattaforme connesse in rete;

- L'attività di produzione del contenuto, pur non essendo prettamente amatoriale, non rappresenta la principale fonte di guadagno per l'autore.

Come si può notare, la principale novità definitoria è rappresentata dal fatto che si prende atto che il fenomeno degli UGC non sia più relegato entro gli angusti confini dell'amatorialità, ma possa essere anche il frutto di un'attività professionale (sia pur non direttamente retribuita) che si avvalga della viralità del contributo come forma di promozione o di incremento della propria reputazione online.

3. User Generated Content tra diritto d'autore e libertà di espressione.

Passando ora all'analisi giuridica del fenomeno degli User Generated Content, essa si presenta di particolare interesse perché in grado di ricomprendere tutte le problematiche emerse in seguito alla digitalizzazione delle opere dell'ingegno, con particolare riferimento alla disciplina dettata in materia di diritto d'autore (o copyright, nell'esperienza anglosassone) e al suo potenziale conflitto con nuove modalità di manifestazione del pensiero.

Se per lungo tempo si è guardato al diritto d'autore come al "motore stesso della libertà di espressione" [12], è giusto interrogarsi se tale connubio resti ancora valido o se, al contrario, il mutato contesto tecnologico non sia tale da generare potenziali situazione di frizione (o finanche di contrapposizione) tra tutela autoriale e nuove modalità comunicative abilitate dalla Rete.

Se guardiamo alla storia del diritto d'autore, non si potrà che convenire che essa è sempre stata profondamente intrecciata allo sviluppo tecnologico: a fronte di una "nuova tecnologia" in grado di rendere agevole la produzione di copie a partire dall'originale, si è storicamente chiesto al legislatore di ricreare quella scarsità della risorsa che, altrimenti, sarebbe andata irrimediabilmente persa con conseguente decremento del suo valore di mercato.

Rispetto, infatti, alla normale evoluzione del diritto, che comincia a formarsi più di duemila anni fa, il diritto d'autore affonda le sue radici nell'età moderna, allorché con l'invenzione della stampa e con la conseguente crescita dell'attività editoriale si determina il prodursi di forti interessi economici legati alla circolazione di un elevato numero di esemplari stampati. Può ben dirsi, a tal proposito, che la regolamentazione della riproduzione e della circolazione delle opere ha preceduto il formarsi di un complesso normativo organico preposto alla tutela delle opere dell'ingegno. L'importanza della stampa fu tale che per lungo tempo l'evoluzione del diritto d'autore coincise con quella dei cosiddetti "privilegi librari" predecessori dell'attuale diritto di riproduzione [13].

Allo stesso modo la storia moderna del diritto d'autore è quella che si sviluppa a partire dalla diffusione di una nuova tecnologia: Internet.

Ancora una volta è l'avvento di questa "nuova tecnologia" (come fu la stampa a caratteri mobili nel 1450) a scuotere dalle fondamenta l'assetto normativo,

a metterlo in dubbio e, dunque, ad originare la richiesta di nuove regole che siano in grado di “ricreare la scarsità”.

Tuttavia, se la stampa consentì, per la prima volta nella storia dell’umanità, una facile riproduzione dei contenuti, la digitalizzazione delle opere dell’ingegno e la loro diffusione tramite Internet hanno prodotto un risultato ulteriore: hanno reso possibile un’interazione con il prodotto culturale fino a quel momento completamente sconosciuta.

In estrema sintesi, sono stati abilitati nuovi comportamenti di consumo.

Si assiste al passaggio da quella che il Prof. Lawrence Lessig ha definito Read Only Culture, ovvero una cultura di sola fruizione dei contenuti, ad una Read-Write Culture, in cui gli stessi contenuti fruiti diventano la base per nuove creazioni [14].

Vi è di più: la facilità con cui le tecnologie consentono una simile manipolazione (tant’è che si può parlare di una Remix Culture, una cultura del remix) trasforma siffatte “variazioni sul tema” in una vera e propria forma di linguaggio, nell’espressività delle nuove generazioni.

Si pensi alle Fan Fiction [15], agli Anime Music Video [16], al Machinima [17] ed in generale all’uso dei software di editing audio/video per la creazione di contenuti cosiddetti generati dagli utenti

Pur essendo tecnicamente collocabili, secondo il prevalente orientamento dottrinario e giurisprudenziale, all’interno di quelle che la normativa internazionale e nazionale individua come opere derivate [18] (e che, dunque, subordina al preventivo consenso dell’autore [19]) appare di tutta evidenza quanto riduttivo sia limitarsi ad inquadrare come tali i fenomeni sopra descritti e, conseguentemente, condannarli come “atti di pirateria”.

Si tratta, al contrario, di nuovi linguaggi, che non aggrediscono i diritti dell’autore, ma parlano attraverso di essi. Sono le citazioni dell’era digitale.

L’obiezione che potrebbe essere mossa a siffatto ragionamento è che il diritto d’autore già prevede al suo interno meccanismi di bilanciamento, rappresentati dalle disposizioni in materia di utilizzazioni libere, ovvero quelle norme che pongono un limite alle prerogative esclusive dell’autore laddove sussista un interesse superiore della collettività alla libera fruizione dell’opera o di parte di essa (si pensi alle eccezioni in materia di diritto di cronaca [20], a quelle relative agli usi didattici o per finalità di critica o di discussione [21]).

Purtuttavia tali disposizioni appaiono del tutto inadeguate o insufficienti rispetto al mutato contesto tecnologico e necessiterebbero di un radicale ripensamento al fine di mantenerne inalterata la finalità principe.

Non a caso già nel 2008 la Commissione Europea pubblicava il libro verde “Il Diritto d’Autore nell’economia della conoscenza”, avente lo scopo di dibattere sul ruolo che il Diritto d’Autore era chiamato ad interpretare nella produzione culturale e sulla necessità di modificare la normativa vigente al fine di garantire la libera diffusione online della conoscenza per la ricerca, la scienza e l’insegnamento.

La prima parte del libro verde esponeva questioni generali relative alla direttiva 2001/29/CE, riguardanti le eccezioni ai diritti esclusivi.

La seconda parte verteva, invece, sulla necessità di riformare le eccezioni e limitazioni in merito alla circolazione del sapere in vista della digitalizzazione della comunicazione. In particolare, si chiedeva espressamente agli stakeholder la loro opinione circa l'eventuale introduzione di un'eccezione per i contenuti generati dagli utenti [22].

Per quanto concerne quest'ultimo argomento, come noto, la direttiva 2001/29/CE non prevede alcuna eccezione riguardante l'uso di materiale protetto per generare opere nuove o derivate [23].

In verità, a parere di chi scrive, l'introduzione a livello comunitario (tuttavia con carattere vincolante per gli stati membri in sede di recepimento) di un'eccezione per i contenuti generati dagli utenti sarebbe ormai fondamentale per permettere la piena legittimazione e "legalizzazione" di un fenomeno culturale che non può essere relegato ai margini della discussione giuridica [24].

4. Gli utenti come "sperimentatori": l'innovazione senza permesso.

Se nel paragrafo precedente si è preso in considerazione l'utente come creatore di opere dell'ingegno "remixate", va detto che la sua progressiva emersione nel mondo della proprietà intellettuale è avvenuta e sta avvenendo anche sotto un diverso profilo: quello di sperimentatore/innovatore senza permesso, con particolare riferimento al mondo del software (inteso in senso lato e, dunque, comprensivo anche dei giochi elettronici - c. d. Videogames [25]).

Non si tratta, invero, di un fenomeno del tutto inedito: negli Stati Uniti la produzione di massa dell'acciaio intorno al 1870 e l'invenzione dei personal computer negli anni Settanta furono precedute da lunghi periodi di sperimentazione aperta alle sollecitazioni degli utenti, oltre che dei tecnici."In tutti questi casi la tecnologia trovò un'applicazione pratica ed emersero rapidamente nuovi settori, dal momento che i tecnici discutevano apertamente delle loro sperimentazioni e le condividevano liberamente" [26].

Più di recente, la Lego, grande multinazionale dei giocattoli, è diventata un modello di come si possa coinvolgere gli utenti nella co-creazione e nella co-innovazione dei propri prodotti: quando nel 1998 fu lanciato sul mercato il prodotto Lego Mindstorm [27], gli addetti marketing rimasero sorpresi nello scoprire che questi giocattoli riscuotevano un grande successo soprattutto tra gli hobbisti adulti che ne modificavano le caratteristiche, smontando, rimontando e riprogrammando i sensori, i motori e gli strumenti di controllo che stavano alla base del sistema automatico di Mindstorm.

Come si riferisce nel volume Wikinomiks, "quando gli utenti inviarono i loro suggerimenti a Lego, l'azienda inizialmente minacciò di trascinarli in Tribunale. Gli utenti si ribellarono e, alla fine, l'azienda cedette, tanto che integrò le loro idee nel prodotto. Anzi inserì addirittura il "diritto alla manipolazione" all'interno della licenza del software di Mindstorm, autorizzando esplicitamente gli hobbisti a scatenare la loro creatività" [28].

Oggi la Lego utilizza il sito www.mindstorms.lego.com per incoraggiare gli utenti a manipolare il suo software ai fini di sperimentazione. Sul sito è, infatti, presente un vero e proprio kit di sviluppo software scaricabile gratuitamente e risultano, al contempo, pubblicate le descrizioni delle creazioni degli utenti basate su Mindstorm, nonché il codice software.

Ad analogo processo (con trasformazione dell'utente da mero fruitore e innovatore/sperimentatore) si è assistito con riferimento ai videogames dove fin da subito i giocatori si sono mostrati desiderosi di portare l'esperienza e la trama del gioco al di là dei parametri approntati dal produttore, arricchendo gli scenari di gioco con nuovi oggetti, nuove sfide o nuove scelte [29].

La tematica del contributo apportato dai giocatori alla sequenza del gioco è stato affrontato per la prima volta in modo diretto nell'opinione di una corte d'appello federale degli Stati Uniti nel caso *Microstar v. Formgen, Inc.* [30].

In questo caso la Corte ha affrontato il tema della qualificazione giuridica dei livelli aggiuntivi generati dai giocatori del videogame "Duke Nukem".

L'originario produttore aveva incoraggiato i giocatori a creare e a scambiare livelli aggiuntivi oltre quelli già programmati nel gioco. Una società terza aveva raccolto questi livelli aggiuntivi e li aveva messi in vendita senza il consenso del produttore originario: i livelli aggiuntivi erano costituiti da file "MAP" che richiamavano elementi grafici dalla libreria di immagini standard del gioco, e solo tali MAP files, non i file degli elementi grafici proprietari, erano stati copiati.

Nonostante questo, la Corte affermò che i livelli creati dai giocatori costituivano una forma di opera derivata dal gioco, ritenendo che i MAP files potessero essere paragonati a dei "sequel" letterari: conseguentemente, come nella narrazione, chi li aveva sviluppati originariamente aveva il diritto di controllarne la distribuzione [31].

I due casi sopra citati evidenziano un tratto comune: l'utente non vuole soltanto ricevere una proposta commerciale, un prodotto di cui fruire. Egli, al contrario, vuole essere parte attiva che usa il bene in quanto *instrumentum* per la soddisfazione di un bisogno altro.

Da qui nasce il c. d. dilemma del prosumo [32]: le aziende devono permettere ai clienti, mediante l'adozione di apposite licenze, di manipolare liberamente i prodotti (correndo il rischio di vedere cannibalizzato il proprio business), oppure combattere legalmente i comportamenti abilitati dalle tecnologie informatiche e che rappresentano una violazione della loro proprietà intellettuale (con gravi contraccolpi sulla propria reputazione e ponendo un freno all'innovazione dal basso)?

Il futuro sarà caratterizzato da piattaforme hacker-friendly che lascino fare ai clienti tutto ciò che vogliono, attingendo così ad uno sconfinato bacino di innovazione gratuita. Sotto tale profilo il fenomeno dell'hacking non può essere arginato perché, lungi dal porsi come atteggiamento di contrasto all'altrui proprietà intellettuale, è oggi modalità alternativa di "consumo" del bene che si è acquistato.

5. Conclusioni: uno sguardo sul futuro (prossimo), il ritorno dei makers.

Cosa ci aspetta nel futuro? Quale sarà il ruolo degli users e come si evolverà la loro interazione con i prodotti di cui sono acquirenti? Lo scenario più affascinante è quello fornito da Chris Anderson [33] nel suo recente volume "Makers, il ritorno dei produttori. Per una nuova rivoluzione industriale" nel quale l' user diventa producer.

L'avvento delle stampanti 3D, secondo Anderson, consentirà di completare la rivoluzione del DIY (do it yourself) cara alla cultura "punk" [34]: il consumatore, dapprima mutatosi geneticamente in utente grazie all'avvento delle tecnologie digitali, completerà la sua trasformazione divenendo egli stesso produttore di quei beni di cui necessiterà di volta in volta.

I maker non sono soltanto degli smanettoni, ma diventeranno, secondo l'autore, la prossima "next big thing" perché rimetteranno la creatività umana e le modalità della sua tutela al centro del dibattito culturale.

Ancora una volta le sfide che la normativa in materia di diritto d'autore e di proprietà intellettuale in genere si appresta ad affrontare appaiono di elevata difficoltà e, proprio per questo, di straordinario interesse.

Note:

[*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[1] U. Gasser, S. Ernst, Da Shakespeare a Dj Danger Mouse. Un rapido sguardo al copyright e alla creatività dell'utente nell'era digitale, in G. Ziccardi (a cura di), Nuove Tecnologie e Diritti di libera nelle teorie nordamericane, Modena, 2007, p. 109-143.

[2] G. Boccia Artieri, Share This! Le culture partecipative nei media. Una introduzione a Henry Jenkins, in H. Jenkins, Fan Blogger e Videogamers, Milano, 2008.

[3] D. Tapscott - A. D. Williams, Wikinomics. La collaborazione di massa che sta cambiando il mondo, Milano 2007, "Si può dire che i consumatori siano anche produttori, o prosumer [...] nel suo libro del 1996 The Digital Economy, Don - Tapscott, n. d. r. - introdusse il termine prosumption (che potremmo tradurre con prosumo) per descrivere come il divario fra i produttori e i consumatori sia sempre più sfumato. Sebbene molti, oggi, riconoscano l'importanza di questo fenomeno, la maggioranza delle persone continua a confondere il "prosumo" con la centralità del cliente", un concetto secondo cui le imprese stabiliscono gli elementi di base e i clienti possono modificare determinati elementi, come se personalizzassero la loro automobile direttamente dal concessionario". Secondo gli autori il concetto di prosumer è legato a quello di innovazione senza permesso: "Gli utenti più avanzati non aspettano più che qualcuno li inviti a trasformare un prodotto in una piattaforma sulla base della quale sviluppare le proprie innovazioni. Piuttosto danno vita a community di prosumer nell'ambito delle quali

condividono tutte le informazioni relative ai prodotti, collaborano alla realizzazione di progetti personalizzati, commerciano e si scambiano suggerimenti, strumenti e trucchi da hacker consumati”.

[4] Il report è disponibile al seguente indirizzo <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/38393115.pdf> (sito consultato il 5 settembre 2013)

[5] There is no widely accepted definition of UCC, and measuring its social, cultural and economic impacts are in the early stages. In this study UCC is defined as: i) content made publicly available over the Internet, ii) which reflects a certain amount of creative effort, and iii) which is created outside of professional routines and practices”

[6] Si pensi a Wikipedia, la nota enciclopedia online costruita interamente grazie all’apporto dei suoi utenti. In questo caso i contributi vengono pubblicati addirittura senza la menzione del relativo autore, con la possibilità di essere modificati da qualsiasi altro utente.

[7] Si pensi ai video amatoriali caricati su YouTube o sui contenuti inseriti sui propri blog personali.

[8] A tal proposito può risultare interessante la lettura dei “Principles for User Generated Content” elaborati da alcuni dei maggiori Internet Service Provider insieme ai titolari dei diritti. Suddetti principi sono consultabili all’indirizzo <http://www.ugcprinciples.com> (sito consultato il 6 settembre 2013),

[9] F. Comunello, Reti nella Rete. Teorie e definizioni tra tecnologie e società, Milano 2006

[10] Si veda a tal proposito il recente rapporto OFCOM del 21 giugno 2013, “The Value of User-Generated Content”, disponibile al seguente indirizzo <http://stakeholders.ofcom.org.uk/market-data-research/other/research-publications/user-generated-content/> (sito consultato il 6 settembre 2013), “So an up-to-date definition of the area under consideration was a pressing one for us. But instead of trying to pin down a fixed definition we have begun to think of UGC as a set of continua. The two that have been most important are: The continuum of engagement – from a light-touch engagement such as a Foursquare check-in to a fuller engagement such as creating and releasing an album on Bandcamp or making a podcast; The continuum of professionalism – ranging from completely un-remunerated activity to the bordering-on-professional, as in paid-for”.

[11] Cfr. nota 6.

[12] Harper & Row V. Nation Enterprises, 471 U. S. 539 (1985), “In our haste to disseminate news, it should not be forgotten that the Framers intended copyright itself to be the engine of free expression. By establishing a marketable right to the use of one’s expression, copyright supplies the economic incentive to create and disseminate ideas. This Court stated in Mazer v. Stein, 347 U. S. 201, 209 (1954): “The economic philosophy behind the clause empowering Congress to grant patents and copyrights is the conviction that encouragement of individual effort by personal gain is the best way to advance public welfare through the talents of authors and inventors in Science and useful Arts.”,

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=471&invol=539> (sito consultato il 7 settembre 2013)

[13] P. Carretta, V. Di Cicco, T. Succi, *Il diritto d'autore: tutela penale e amministrativa*, Macerata, 2006, p. 53.

[14] Cfr. L. Lessig, *Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*, Penguin Press, 2009; M. Mason, *Punk Capitalismo, come la pirateria crea innovazione*, Feltrinelli 2009.

[15] Una fanfiction o fan fiction (abbreviato comunemente in fanfic, FF o fic) è un'opera scritta dai fan (da qui il nome) prendendo come spunto le storie o i personaggi di un'opera originale, sia essa letteraria, cinematografica, televisiva o appartenente a un altro medium (fonte Wikipedia, voce consultata il 7 settembre 2013).

[16] Gli Anime Music Video (AMV) sono filmati di breve durata, di carattere amatoriale, costituiti da un musica montata su immagini e video tratti da anime (cartoni animati giapponesi). Attraverso il video editing l'autore del filmato combina il video con un brano musicale di sua scelta, al fine di creare un vero e proprio videoclip. Tuttavia, trattandosi di opere che manipolano altre opere audio e video originali coperte dal diritto d'autore, se non debitamente autorizzati gli AMV sono illeciti. (fonte: Wikipedia, voce consultata il 7 settembre 2013).

[17] Il machinima è un "film animato in tempo reale creato con il medesimo software usato per creare e utilizzare i computer game"(o per usare le parole di John Seely Brown: "Basically, you can take Second Life or Worlds of Warcraft and have a set of avatars run all over the world, that come together and create their own movie and then you can "YouTube" the movie") e come tale si inquadra tra le pratiche di fruizione alternativa dei videogiochi. L. Lowood, *La cultura del replay. Performance, spettatorialità, gameplay*, in M. Bittanti (Eds.), *Schermi Interattivi*, Roma, 2008, p. 69-94.

[18] Secondo la Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie ed artistiche, "Si proteggono come opere originali, senza pregiudizio dei diritti dell'autore dell'opera originale, le traduzioni, gli adattamenti, le riduzioni musicali e le altre trasformazioni di un'opera letteraria o artistica" (art. 2, punto 3). Nell'ordinamento italiano, ai sensi dell'articolo 4, L. 633/1941 e s. m. i. (c.d. Legge sul diritto d'autore, o in forma abbreviata L. d. A.) sono considerate elaborazioni creative di opere dell'ingegno, "le traduzioni in altra lingua, le trasformazioni da una in altra forma letteraria od artistica, le modificazioni ed aggiunte che costituiscono un rifacimento sostanziale dell'opera originaria, gli adattamenti, le riduzioni, i compendi, le variazioni non costituenti opera originale". Tali elaborazioni sono protette autonomamente dalla legge, senza "pregiudizio dei diritti esistenti sull'opera originaria". L'elaborazione creativa è caratterizzata (e in ciò distinguibile dall'opera originaria) dalla presenza di un apporto creativo riconoscibile sia pur minimo, "apporto che può essere identificato anche nella semplice forma soggettiva di espressione dell'idea. È pacifico, del resto, che la stessa idea può essere oggetto di diverse opere dell'ingegno. È escluso, invece, che l'elaborazione creativa debba presentare differenze individualizzanti, tali da escludere la confondibilità con l'opera originaria (Cass. 27. 10. 2005, n.

20925, FI, 2006, I, 2080; Trib. Roma, 22. 1. 2001, Gius, 2002, 971)”, B. M. Gutierrez, La tutela del diritto d’autore (seconda edizione), Milano 2008, p. 56.

[19] Ai sensi dell’articolo 18 L. d. A. l’autore di un’opera dell’ingegno protetta dal diritto d’autore ha il diritto esclusivo di elaborare la stessa, comprendendo tale prerogativa tutte le forme di modificazione, di elaborazione e di trasformazione dell’opera previste nell’art. 4 della medesima legge. A tal proposito si consideri che, secondo parte della dottrina, il lavoro non autorizzato che impieghi illegittimamente materiali pre-esistenti non può essere oggetto di protezione tramite il diritto d’autore. Cfr., in tal senso, E. Piola Caselli, Codice del Diritto d’Autore, Torino 1943, p. 234.

[20] Art. 65, L. d. A. “1. Gli articoli di attualità di carattere economico, politico o religioso, pubblicati nelle riviste o nei giornali, oppure radiodiffusi o messi a disposizione del pubblico, e gli altri materiali dello stesso carattere possono essere liberamente riprodotti o comunicati al pubblico in altre riviste o giornali, anche radiotelevisivi, se la riproduzione o l’utilizzazione non è stata espressamente riservata, purché si indichino la fonte da cui sono tratti, la data e il nome dell’autore, se riportato. 2. La riproduzione o comunicazione al pubblico di opere o materiali protetti utilizzati in occasione di avvenimenti di attualità è consentita ai fini dell’esercizio del diritto di cronaca e nei limiti dello scopo informativo, sempre che si indichi, salvo caso di impossibilità, la fonte, incluso il nome dell’autore, se riportato”.

[21] Art. 70, L. d. A. “1. Il riassunto, la citazione o la riproduzione di brani o di parti di opera e la loro comunicazione al pubblico sono liberi se effettuati per uso di critica o di discussione, nei limiti giustificati da tali fini e purché non costituiscano concorrenza all’utilizzazione economica dell’opera; se effettuati a fini di insegnamento o di ricerca scientifica l’utilizzo deve inoltre avvenire per finalità illustrative e per fini non commerciali. 1-bis. È consentita la libera pubblicazione attraverso la rete internet, a titolo gratuito, di immagini e musiche a bassa risoluzione o degradate, per uso didattico o scientifico e solo nel caso in cui tale utilizzo non sia a scopo di lucro. Con decreto del Ministro per i beni e le attività culturali, sentiti il Ministro della pubblica istruzione e il Ministro dell’università e della ricerca, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti, sono definiti i limiti all’uso didattico o scientifico di cui al presente comma. 2. Nelle antologie ad uso scolastico la riproduzione non può superare la misura determinata dal regolamento, il quale fissa la modalità per la determinazione dell’equo compenso. 3. Il riassunto, la citazione o la riproduzione debbono essere sempre accompagnati dalla menzione del titolo dell’opera, dei nomi dell’autore, dell’editore e, se si tratti di traduzione, del traduttore, qualora tali indicazioni figurino sull’opera riprodotta”.

[22] Occorrono regole più precise in merito agli atti che gli utenti finali possono o non possono compiere quando fanno uso di materiali protetti dal diritto d’autore?” e “È opportuno introdurre nella direttiva un’eccezione per i contenuti creati dagli utenti?”. Va detto che la maggior parte delle risposte pervenute alla Commissione (a titolo di esempio: Mediaset, Microsoft e

l'Associazione Italiana Editori) sono state caratterizzate da un approccio conservatore, essendo così sintetizzabili: l'attuale scenario normativo (ovvero la direttiva 2001/29/CE) deve restare invariato, poiché soddisfa gli interessi degli autori originari e li protegge contro le violazioni del copyright (dovute essenzialmente dall'utilizzo non autorizzato di materiali protetti). Per questo motivo non c'è bisogno di introdurre alcuna eccezione per i contenuti generati dagli utenti.

[23] È possibile comunque ravvisare nella direttiva alcune eccezioni che garantiscono possibili riproduzioni delle opere. L'articolo 5, paragrafo 3, lettera d) indica la critica e la rassegna come esempi di possibili giustificazioni per le citazioni così come sono permessi, alla lettera k), gli usi a scopo di caricatura, parodia o pastiche.

[24] Per il raggiungimento del medesimo obiettivo parte della dottrina ipotizza di rivoluzionare addirittura il paradigma alla base del Diritto d'Autore: la condivisione deve essere libera, salvo che l'autore non si esprima in senso difforme. A tal proposito, uno dei maggiori studiosi italiani di tale tematica, il Prof. Marco Ricolfi, parla di Copyright 2.0. Cfr. A. Ardizzone - L. Benussi - C. Blengino - A. Glorioso - G. B. Ramello - G. Ruffo - M. Travostino, Copyright Digitale. L'impatto delle nuove tecnologie tra economia e diritto (presentazione di M. Ricolfi), Torino 2009, "Il Copyright 2.0 non è nulla di più che la presa di atto sul piano giuridico di un dato economico e sociale: se in passato pochi creatori accedevano al grande pubblico attraverso pochissime imprese, oggi hanno accesso alla Rete infinite opere che i moltissimi creatori hanno interesse a far circolare piuttosto che mettere sotto chiave. Si pensi a Wikipedia, ai blog, al software libero, alle opere sotto licenza creative commons, a YouTube".

[25] La giurisprudenza ha oscillato nella qualificazione dei videogiochi in termini di software (Cass. pen. del 4 luglio 1997 n. 8236) piuttosto che di immagini in movimento (cfr. Cass. pen. del 15 dicembre 2006, n. 2304). Secondo l'orientamento più recente (Cass. Pen., n. 33768 del 25 maggio 2007; in senso conforme, Cass. Pen., n. 1243 del 14 gennaio 2009 e, da ultimo, Cass. Pen., n. 8791 del 4 marzo 2011) i videogiochi sono da considerarsi "opere multimediali complesse", poiché "la Corte ritiene sia oramai evidente che i "videogiochi" rappresentano qualcosa di diverso e di più articolato rispetto ai programmi per elaboratore comunemente in commercio, così come non sono riconducibili per intero al concetto di supporto contenente "sequenze d'immagini in movimento". Essi, infatti, si "appoggiano" ad un programma per elaboratore, che parzialmente comprendono, ma ciò avviene al solo fine di dare corso alla componente principale e dotata di propria autonoma concettuale, che è rappresentata da sequenze di immagini e suoni che, pur in presenza di molteplici opzioni a disposizione dell'utente (secondo una interattività, peraltro, mai del tutto libere perché "guidata" e predefinita dagli autori), compongono una storia ed un percorso ideati e incanalati dagli autori del gioco. Ma anche qualora lo sviluppo di una storia possa assumere direzioni guidate dall'utente, è indubitabile che tale sviluppo si avvalga della base narrativa e tecnologica voluta da coloro che hanno ideato e sviluppato il gioco, così come nessuno

dubita che costituiscano opera d'ingegno riconducibili ai loro autori i racconti a soluzione plurima o "aperti" che caratterizzano alcuni libri. In altri termini, i videogiochi impiegano un software e non possono essere confusi con esso. Appare, dunque, corretta la definizione che una parte della dottrina ha dato dei "videogiochi" come opere complesse e "multimediali": vere e proprie opere d'ingegno meritevoli di specifica tutela anche sotto la formulazione dell'art. 71 ter, lett. d) nella formulazione in vigore all'epoca dei fatti."

[26] D. Tapscott, A. D. Williams, op. cit., pag 143.

[27] Con Lego Mindstorm era possibile costruire veri e propri robot utilizzando dei mattoncini programmabili.

[28] D. Tapscott, A. D. Williams, op. cit., pag 147.

[29] Ciò non deve sorprendere perché il videogioco nasce come spazio di performance e il videogiocatore come performer. Si pensi a Spacewar! Il primo computer game della storia sviluppato da un gruppo di studenti del MIT di Boston nel 1962, per i quali esso costituiva innanzitutto un programma dimostrativo delle potenzialità del computer ("Il videogioco delle origini non è dunque fine a se stesso, ma esiste per dimostrare qualcosa, nella fattispecie, i possibili usi del computer" Lowood L., op. cit., p. 72).

[30] 154 F. 3d 1107 (9th Cir. 1998), testo disponibile al seguente indirizzo <http://www.utexas.edu/law/journals/tlr/sources/Issue%203/Shah/fn77.microstar.pdf> (sito consultato l'8 settembre 2013).

[31] D. L. Burk, I giochi elettronici: alcune problematiche giuridiche ed etiche con riferimento alla «proprietà» delle informazioni e dei contenuti generati dagli utenti. In G. Ziccardi, op. cit., pp. 145-160.

[32] D. Tapscott, A. D. Williams, op. cit., pag 153.

[33] Chris Anderson (1961) è un giornalista e saggista statunitense, direttore di Wired USA dal 2001 al 2012. (fonte Wikipedia, voce consultata l'8 settembre 2013).

[34] M. Mason, Punk Capitalismo. Come e perché la pirateria crea innovazione, Milano, 2009.

Trade Secret Protection in the Innovation Union. From the Italian approach to the UE solution

di

Valeria Falce

Summary: 1. Introduction. – 2. The Italian approach. From the traditional unfair competition paradigm. – 3. To the new unsatisfactory regime. – 4. The economic drivers of the Italian approach – 5. The EU response to the Italian pasticcio.

1. Introduction.

Trade secret protection plays a fundamental role in the digital economy. Thanks to the impressive reduction of transaction costs that the Internet has made possible, in fact, new forms of cooperation with open science and open innovation are likely to be promoted, possibly leading to new business models for using co-created knowledge.

The benefits connected to inter- and intra- sector cooperation [1] are materializing in i) traditional off-line contexts where shared knowledge is a prerequisite or an important ingredient of the relevant innovative process (i. e. mechanical industry); ii) in sectors that, although conventionally separated, are shortening the distance of their innovative process thanks to the net (i. e. biotechnology and information technology leading to bio-informatics, etc.); iii) in specific digital environments (i. e. cloud computing; information technology; media and telecom markets, etc.) [2].

Since in each of the above contexts research builds on prior work, sharing of knowledge and new findings represent important leverage for further innovation. Of course, intellectual property rights (IPRs) identify necessary but not sufficient legal means to incentivise innovation and boost the confidence of businesses, creators, researchers and innovators in collaborative innovation.

In particular, IPRs are an essential part of an innovation policy because they protect the results of creative or inventive efforts. However, IPRs as such are unable to secure the entire inventive process because information compiled and developed therein may have a substantial economic value even when it does not qualify for IPR protection.

That is why the creation of an innovation-friendly environment is a priority both at National and at Community level. At National level, in 2005 and more recently in 2010 Italy has upgraded the status of trade secret protection from a *quid iuris* into a *ius excludendi alios* [3]. At EU level, within the initiative "Innovation Union", one of the pillars of Horizon 2020, on the 28th of

November 2013 the European Commission has adopted a comprehensive strategy to ensure that the Single Market for intellectual property acts efficiently and more specifically to harmonise trade secret protection.

Moving from the above background, in the following trade secret protection in the digital age will be analysed from a specific angle, i. e. from the inadequate Italian regulation to the most consistent EU solution. First, the Italian regulation will be detected from its traditional principles to the very recent reform, being the Italian solution the one that most diverges from common rules in terms of check and balances in promoting innovation. Second, the economic drivers inspiring the reform will be analysed so as to point out how legitimate intentions have been translated into poor legislation. Third, the very recent EU draft Directive on trade secret will be considered since its principles and rules will frame National legal architectures, including the Italian one, in the sense to restore the unfair competition paradigm as the relevant model to safeguard technical and business confidential information in the Innovation Union.

2. The Italian approach. From the traditional unfair competition paradigm.

The Italian legal protection of industrial and trade secrets has been traditionally ensured within the framework of the unfair competition paradigm.

The eligible subject matter was therefore constituted by any information which had an economic value as it was confidential, and that was submitted to any reasonable measures to keep it as confidential, and was in fact not in the public knowledge nor easily accessible and inferable by an average expert of the field.

The scope of protection granted was limited to misappropriation, meaning that a wrongful conduct occurred only if the acquisition was made on behalf or in the interest of a competitor in “a manner contrary to honest commercial practises” (i. e. “breach of contract, breach of confidence and inducement to breach, and includes the acquisition of undisclosed information by third parties who know, or were grossly negligent in failing to know, that such practices were involved in the acquisition”).

This perspective is coherent with Article 39 of the TRIPs Agreement, which grants protection over “undisclosed information” against unfair competition “as provided in Article 10bis of the Paris Convention”.

Truly, the TRIPs strengthen the protection vis-à-vis the traditional *acquis* in the sense of stepping up the relevance of the owner’s subjective destination to secrecy of a certain information over the latter’s intrinsic objective “non-obviousness”. But, as just said, the legal framework remains that of the protection against conducts contrary to “honest commercial practices” [4]. This means, first and foremost, that the TRIPs (as the vast majority of European national legislation) do not acknowledge trade secrets as the object of IPRs in proper sense.

Thus, there is no “absolute” (erga omnes) but only an inter partes right thereof [5], conferring a “head start” that is, an uncertain period of natural lead time during which originators seek to recoup their investment in research and development [6].

The unauthorized acquisition and / or use of secrets can be enforced (by means of cease-and-desist orders, and civil liabilities) only vis-à-vis those who either violated a secrecy agreement stipulated with the “owner” for a personal and / or a third party’s competitive benefit, or those who induced the violation or anyway took consciously competitive profit [7] thereof. Typically, the authors of such misconduct are former or actual employees, and / or competitors who “manoeuvred” said subjects to their own competitive advantage [8].

Conversely, in absence of any breach of confidentiality and competitive misbehaviour (i. e. independent development of the information, reverse engineering, accidental disclosure), the apprehension and use, even for competitive purposes, of a formerly confidential information which ceased to be secret, no liability arises and no bar to the use thereof can be imposed on any third party [9]. This, in particular, even when the former secret is apprehended by means of lawful “decompilation” of a product or a proceeding openly marketed [10], and – a fortiori - when the secret is “learnt” thanks to accidental disclosure [11] [12].

3. To the new unsatisfactory regime.

As examined in a 2011 article [13], this clear border between the “relative” protection granted by the law against unfair competition and the one based on IPR’s paradigms - basically patent’s - has been recently cancelled by the Italian legislator, who overturned the traditional regulation (embodied in article 6bis of the former Patent Law).

Conflicting on one hand with the most recent trend towards the progressive harmonisation of unfair competition regime [14], and on the other hand with the legal movement in favour of a more robust public end semi-public domain, this major reduction ad unum is embodied in the Legislative Decree no. 30, enacted in 2005, February the 10th, which, has introduced the “Codice della proprietà industriale”, i. e. Italian Code on Industrial Property (hereinafter, also the “New Italian Code”) [15] and restated in the 2010 novella. This text, first of all includes (articles 1 and 2) confidential trade, commercial [16] and technical information in the general category of intellectual property.

Thus, the notion of (protectable) “secret”, set at Art. 98, encompasses any information which has an economic value as it is confidential, and that is submitted to any reasonable measures [17] to keep it as confidential, and is in fact not in the public knowledge nor easily accessible [18] and inferable by an average expert of the field. Then, the new Italian Code designs the protection of trade secrets as an exclusive and absolute (erga omnes)

proprietary regime (Art. 99) [19], thus “upgrading” confidential information to the status of an object of IP right in proper sense [20].

More specifically, the “owner” of the trade secret is allowed to prevent anybody [21] from acquiring and using the same, independently of the breach of previous or existing commitments (whose existence is a requisite of the legal notion of “confidential” information, not a condition for the protection thereof) [22], and, more broadly, of the commitment of acts of unfair competition. Article 99 very clearly depicts this latter case as a possibly concurring circumstance, which does not at all condition, nor modify, the new regime of “absolute” protection [23].

Thus, in particular, under the new rules, a third party may be charged for infringement of the secret even if she / he apprehended the confidential information by means of lawful own’s or other people’s activities or by accident (see above), and - furthermore - if she / he was a bona fide purchaser and as such did not know, nor was she / he negligent in ignoring that such acquisition implied an unlawful conduct [24]. As a result, the traditional “dichotomy” that characterized access to trade secret as a lawful activity or as an unlawful conduct disappears, any attempts to learn a rival’s firm trade secret being an infringement of a property right.

4. The economic drivers of the Italian approach.

The bulk of Italian economy is made by a multitude of medium and small-to-medium firms (the bigger ones mostly living upon monopoly- or incumbency-related rent seeking, or upon variously disguised public aids) [25]. Now, such firms’ financial structure is often fragile, and anyway strongly cost-strained. This means, i. e., that they are rarely committed to high-level, long-term oriented R&D, often concentrating their competitive efforts in incremental innovation (subpatentable, would say Jerry Reichman [26]), and/or in design development, in marketing, branding, pricing strategies, etc.

Also, as an intertwined consequence, they have not developed - *saue* exceptions - an “IP management culture” in the modern sense. Patent protection now provides for publication of patent applications eighteen months after filing, meaning that where the application is rejected the information therein conveyed may not rely on the trade secret protection anymore. Moreover, the trend towards the limitation of the scope of the patent claim may encourage the inventor to rely on the trade secret protection instead.

They perceive patenting as a cost more than an opportunity. The more so in a system where the patent is granted without prior exam of novelty and inventiveness thus without any valuable “certification”, and the consequent basic ineptitude to attract venture capital. Moreover, with the perspective of frequent an uncertain—and again costly—judicial challenges, accompanied by a widespread perception that “it’s useless to patent, since it will suffice a trifling modification to bypass you...” [27].

Now, it's just in this context of economic motivations, and perceptions, that a diffuse sectorial quest arises for protection "off-patent"—for both patentable and unpatentable objects. In the case of easily duplicable and knowable innovation (this typically occurs, as reminded, with products), that quest builds its argument on the rhetoric of "parasitism" --- trying to open a "third way" (this no good!) between (and in absence of) patent and passing-off [28]. Instead, when dealing with non-easily duplicable and detectable information as well as with subject matter that are unlikely to be independently developed (typically, albeit non exclusively concerning processes), that quest points to a patent-like protection without the costs (and social benefits) of patents.

Of course, these are understandable expressions of legitimate economic interests [29]: but not such as to justify, even in the case of secrets, a major blow to the innovation and competition-enhancing "logic" underlying the patent paradigm and its inherent trade-off "exclusivity for disclosure". Indeed, that paradigm "publicizes" knowledge while "privatizing" exploitation [30], whereas granting IPR protection to secrets privatizes both [31]. (And it seems almost superfluous to recall here the general principle that in absence of patents, and in absence of passing-off and other unfair conducts, imitation is legitimate as an expression of the general freedom of competition). A sound legislator should look above sectorial, though legitimate interests. Even more so in our case, where it could have adopted (as also suggested by a bi-partisan Bill of a few years ago) different and efficient solutions in order to meet the needs of SMEs. For instance, in the path of the U. S. Bay-Dole Act (1980), it could have provided for reducing costs and levies on patents filed by SMEs. Or it could have fiscally encouraged R&D - (and patent-) oriented joint ventures among same SMEs, etc.

5. The EU response to the Italian pasticcio.

The inconsistencies of the Italian approach are about to be solved.

On the 28th of November, in fact, the European Commission has proposed a Directive on trade secrecy modelled on the unfair competition paradigm [32]. The aim of the Commission is to shape a sound, balanced and harmonized legal framework that may be able on one hand to advance innovation and on the other to simplify cross-border cooperation between business and research partners. To this end, in place of a current fragmented system the intention is to design a common regime where the level of protection is adequate and the means of redress (if trade secrets are stolen or misused) are effective.

What is important to underline is that to ensure a satisfactory standard of protection trade secrets are legally secured where someone has obtained the confidential information by illegitimate means (for example through theft or bribery). With the consequence that competitors, and other third parties, may discover, develop and freely use the same formula.

In brief, under Chapter I, Article 1, sets up the relevant subject matter, clarifying that the Directive applies in line with TRIPS Agreements to unlawful acquisition, disclosure and use of trade secrets and the measures, procedures and remedies that should be made available for the purpose of civil law redress.

As far as the protection is concerned, Chapter II sets the circumstances under which the acquisition, use and disclosure of a trade secret is unlawful (Article 3), thus entitling the trade secret holder to seek the application of the measures and remedies foreseen in the Directive. The key element for those acts to be unlawful is the absence of consent of the trade secret holder. Article 3 also determines that the use of a trade secret by a third party not directly involved in the original unlawful acquisition, use or disclosure is also unlawful, whenever that third party was aware, should have been aware, or was given notice, of the original unlawful act. Article 4 expressly clarifies that independent discovery and reverse engineering are legitimate means of acquiring information.

In other words, the draft Directive confirms that to further innovation and reward creators for their efforts, innovators shall be protected against dishonest practices aimed at illegally obtaining their confidential information in order to free-ride on innovative solutions without incurring any investment associated with research or reverse engineering.

With such response, the Italian choice as it stands needs to be promptly revised for different and interlinked reasons.

First, the enhancement of the status of trade secret to a full property right clashes, with no possible reconciliation, with the basic pro-competitive approach to patent paradigm [33], as upheld by many prominent scholars and Judges world-wide, and embodied not only in the draft Directive but also in several basic features of national patent laws enacting the European Patent Convention (EPC). The approach, I mean, which applies patent law so as to favour dynamic innovation, and whereby innovation encourages competition and competition rests on innovation [34].

More specifically, such approach rests upon three main intersecting guidelines:

- i) the refusal to patent “anything under the sun that is made by the hand of man”. This, in the belief that, in compliance with article 27 of the TRIPs Agreement, a proprietary right should be secured only when the overall benefits for innovation, especially if next, exceed the social costs arising from the subtraction of the quid inventum from the public domain [35];
- ii) the preference for a legal corpus which, from its prerequisites, might guarantee “a cautious balancing between the need to promote innovation and the acknowledgement that even the imitation and the improvement through imitation are necessary to the innovation and to the market economy” [36];
- iii) the objective, in delimiting the patent scope, to extend the competitive arena to other firms which participate in the overall innovative process, thus allowing them to access a patent of their own, if / when they realise non trivial substitutes, or improvements [37].

As to i), in fact, the Italian regime allows in principle that all sorts of commercial information, included customer lists and sales figures, marketing, professional and managerial procedures [38], may benefit from the *ius excludendi alios*. In contrast to patent law, the trade secret regime utilizes a “functional definition” for determining what is protectable subject: with the consequence that virtually anything maintained in secret by a business enterprise that gives it a competitive advantage in the marketplace may be eligible for trade secret protection [39]. In this regard, the new legislation re-draws and circumvents the boundaries of the IPR system as set up in art. 52 EPC, which clearly keeps presentations of information and business methods, and a fortiori single information [40], out of the ambit of patentability.

Also within the realm of technical information the Italian solution is able to circumvent the basic principles of the patent system. Here the inventor may secure an absolute protection for a potentially unlimited period, regardless of the possible lack of novelty and inventive character of the undisclosed information [41]. As a result, the ambit of the protected subject matter is much wider than that provided under art. 52 EPC, according to which the proprietary protection shall be granted for inventions which involve an inventive step only. In other words, in the new regime there is no filter that eliminates certain ideas from obtaining an absolute protection because they are not inventive enough to be granted such status. The end result is that the new regime does not prevent the trade secret owner from having access to – and “propertising” – the “patent free zone”, marginalizing the ambit of the public domain.

As to ii) and iii), relocating a misconduct-grounded liability rule into the property right realm [42], the Italian regime builds a very strong reason for interfering with the incentive to patent, especially in those cases (typically concerning processes) where the innovative features cannot be easily perceived by any “average” expert of the field by the mere exam and analysis of the patented object-- as typically happens for products.

And indeed, since the trade secret comes to enjoy the same “proprietary” protection as a patented object, why should I patent if I can get (see i) just above) an exclusive right on a much broader area and kind of information than I could protect by a patent?! Why incurring high (and sunk) costs of registration, when the “new “ IPR is granted at no-cost?! [43] Why accepting a fixed term of exclusive exploitation [44], when - in absence of easy duplication [45] - I might enjoy a much longer, indefinite “monopoly”?! [46] And - first and foremost- - why disclosing my innovation to the vast world of present and potential competitors?! [47] Why promoting such burdensome “gift” to them, which – absent the prerequisites of the patent protection - may determine the entrance of the innovation in the public domain? [48]

Thus, it could well be that even “pioneer” inventions might be never widely known by the community, thus interfering with the market and the other inventors’ chances to find out solutions which would meet more satisfactorily the market’s requirements, or else which meet a different demand [49].

Also in case of “scientific” inventions, the lines of R&D the secret owner is undertaking and / or anyway considers valuable also with reference to intermediate results may remain inaccessible even in perpetuo, thus potentially distorting the research trajectory of researchers and competitors. They could be barred from outlining the area of research the trade secret owner is investigating and prevented from identifying how fast she / he is proceeding within such specific field. In fact, as long as the secret is kept, the possession of know-how can represent a very important competitive advantage in terms of gaining a lead time – without the predefined time limit of a patent and the conditions to be satisfied for obtaining one – over other competitors that would seek to use the same production process. As such, the value of know-how can be even higher than that of a patent, knowledge of which is necessarily public.

Moreover, the enhanced protection of trade secret allows the working requirement of the invention to be eluded, thus facilitating strategies of ‘programmed obsolescence’(delaying entry on the market of improved products as long as the earlier versions keep selling): a practice that self-evidently runs counter to the general interests of consumers and innovation alike.

The above remark confirms that the institution of this Italian “new entry” in the circle of IPRs “boycotts” the signalling function for the information of research and industry necessarily linked to the disclosure of the patented invention [50]. Boycotts, in other words, the pro-competitive and pro-(subsequent) innovation effects linked to the patent regime, which grants an exclusive right as a quid-pro-quo for the disclosure of the patent application. According to the law, the patent application remains secret for 18 months after filing and only afterwards the information contained therein is made public (thus promoting the inventing around and the cross-fertilization process). Despite the publication of the application, the inventor enjoys an exclusive right on the quid inventum, where the invention satisfies the prerequisites identified by the law, otherwise the invention altogether enters in the public domain. It seems clear that the new regime is able to jeopardize this mechanism, since the undisclosed information gains a full protection even if does not meet the patent conditions.

Further, at global level, the criticized new Italian regime might negatively affect the technology transfer, in terms of access and costs of the piece of information, especially when the confidential know how is vital to tackle the digital divide [51]. The reason being that the exclusive ownership granted to the trade secret owner is conditioned on non-disclosure and continued secrecy [52].

As a result, in the new Italian framework trade secret protection does not perform anymore its traditional function to “fill the gaps” [53] created by patent system, but it aims at replacing it. The final result is that the complementarities between the two legal regimes, especially in terms of generating innovation of incremental kind that would have value for a limited time vs innovation of stable kind that would require a more extensive lead-time to be recovered, ends.

In the light of the above, in conclusion, the Italian regulatory outline shall be urgently subject of a radical revirement in order to restore the “unfair competition” perspective of trade secrets’ protection [54], in harmony with the traditional framework—including in the TRIPs—as well as the most recent European trends towards the harmonisation of trade secret protection [55]. Only in this way, in fact, efficient protection would be afforded, stimulating the creation of information as a trade secret without unnecessarily stifle competition [56].

Note:

[*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[1] Amplus, V. Falce, Innovation in the New Technological Industries: Looking for a Consistent Cooperative Model, in *Biotechnology And Software Patent Law A Comparative Review of New Developments*, 2012

[2] See for a more specific analysis, V. Falce, *La modernizzazione del diritto di autore*, 2013, Introduzione; V. Falce, *La sfida del diritto dell’innovazione nei nuovi settori della tecnica. Cenni sui modelli cooperativi*, in *Studi in memoria di Paola A. E. Frassi*, 2010, passim.

[3] V. Falce, G. Ghidini, Trade Secrets as Intellectual Property Rights: A Disgraceful Upgrading – Notes on an Italian ‘Reform’, in *The Law And Theory Of Trade Secrecy A Handbook of Contemporary Research*, 2011, passim.

[4] For an historical overview, G. Ghidini, *La concorrenza sleale dalle corporazioni al corporativismo*, in *Politica del diritto*, 1974, 64.

[5] J. H. Reichman noted that "Assuming that a given discovery fits within the operative definition of a trade secret, such eligibility confers no exclusive rights to make, use, sell or reproduce it in the manner of patents or of other statutory intellectual property rights. Rather, third-party acquisition of secret knowledge becomes actionable only when obtained by improper means, that is to say, in ways that are excluded by private agreement or that violate a confidential relationship or that otherwise offend public policy. Trade secrets that are voluntarily revealed, insufficiently guarded or reverse-engineered by proper means lose all protection and become subject to free competition" (J. H. Reichman, *Beyond The Historical Lines Of Demarcation: Competition Law, Intellectual Property Rights, And International Trade After The Gatt’s Uruguay Round*, in 20 *Brook. J. Int’l L.* 75, 1993, 83. In the same sense, see also Allison Coleman, *The Legal Protection Of Trade Secrets* 8-9 (1992).

[6] J. H. Reichman, Pamela Samuelson *Intellectual Property Rights In Data?*, in *Vanderbilt Law Review* 1997, 51, 60.

[7] Secondary liability has been considered as an embryonic form of sequelam right (P. Auteri, *Commento al nuovo art. 6 bis l. invenzioni*, nel *Commentario al d. lgs. 19 marzo 1996, n. 198*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1998, 124). According to Prof. Bone, however, although the secondary liability doctrines of contributory infringement, vicarious liability, and active

inducement play an important role in other areas of intellectual property law, especially copyright and patent, they do not play a significant role in trade secret law” (Robert G. Bone, Secondary Liability For Trade Secret Misappropriation: A Comment, Santa Clara Computer and High Technology Law Journal, 2006, 529, 636).

[8] T. Ascarelli, *Teoria della concorrenza*, 1955, 197. The discrimen between fair and unfair conducts connected to trade secret has been nicely illustrated by L. S. Paine, *Corporate Policy and the Ethics of Competitor Intelligence Gathering*, in *J. Bus. Ethics*, 1991, 423, 424-25; W. E. Hilton, *What Sort of Improper Conduct Constitutes Misappropriation of a Trade Secret*, in *IDEA*, 1990, 287.

[9] R. Peritz has recently indicated that “the incentive to invent is better understood as merely coincidental to trade secret protection because claimants are not required to prove innovation [...]. In contrast to copyright and patent protection, courts and policy makers are not called upon to determine a level of protection that optimizes ex ante incentives to invent. Rather, they are asked to make an ethical determination whether an accused party is a free rider in the extreme case – someone who has engaged in conduct akin to theft, fraud, or abuse of trust” (ID., *Competition Policy and its implications for intellectual property rights in the United States*, in *The interface between Intellectual Property Rights and Competition Policy*, 2007, 155).

[10] For a critical analysis, Pamela Samuelson, Suzanne Scotchmer, *The Law And Economics Of Reverse Engineering*, in *Yale Law Journal* 2002, 1575, 1582-1584. The Authors points out inter alia that “reverse engineering as an important factor in maintaining balance in intellectual property law. Federal patent law allows innovators up to twenty years of exclusive rights to make, use, and sell an invention, but only in exchange for disclosure of significant details about their invention to the public. This deal is attractive in part because if an innovator chooses to protect its invention as a trade secret, such protection may be short-lived if it can be reverse-engineered. If state legislatures tried to make trade secrets immune from reverse engineering, this would undermine federal patent policy because it would “convert the... trade secret into a state-conferred monopoly akin to the absolute protection that a federal patent affords.” Reverse engineering, then, is an important part of the balance implicit in trade secret law”. According to W. Cornish, the lawfulness of such activity rests on “the economic value which comes from constant emulation of what competitors are doing in any particular market”. In particular, the Author points out that “who wants protection for an industrial novelty against all others, must show a patentable invention and reveal its nature so that the rest of the industry can know its essence. From this it can be claimed that there is a complementary balance between the two forms of protection”, W. Cornish, in W. Cornish, D. Llewelyn, *Intellectual Property*, 2003, 313, 314. See on the topic also R. Krasser, *The Protection of Know-how in 13 Countries*, 1972, 27. However, according to J. H. Reichman, *Legal Hybrids Between the Patent and Copyright Paradigms*, 94 *Colum. L. Rev.* 2432, 2438 (1994), at 2521 “First and foremost, reverse engineering

provides originators with an indispensable period of natural lead time in which to recoup their initial investment and to establish footholds in the market.”). Such lead-time provided by trade secret law risks to be insufficient according to the Author, particularly with regard to recent innovation, because of the ease with which such innovation can be reverse engineered. *Id.* At 2517 (“An innovative but unpatentable product of the new technologies thus tends to bear its know-how on its face. The innovator consequently risks becoming as vulnerable to rapid appropriation by second comers as the author of any published literary or artistic work”). In conclusion, Prof. Reichman denies the possibility that the original innovator may be able to recoup her costs given a short lead-time by raising the price she charges for the product embodying the protected idea.

[11] In this respect, trade secret rights may be defined as "disappearing rights", that becomes vulnerable to discovery and disclosure by others (John C. Stedman, *Trade Secrets*, 23 OHIO ST. L. J. 4, 21 (1962).

[12] In such case, both the original innovator and successive innovators will be able to recoup development costs until the information protected as a trade secret is generally known throughout the industry. Once the information is generally known, it has virtually no value as an innovation, so consumers pay the lower prices associated with a thoroughly competitive market. Notes, *The Law of Trade Secrets: Toward a More Efficient Approach*, *Vanderbilt Law Review*, vol. 57, 2004, 1269, 1281.

[13] V. Falce, G. Ghidini, *Trade Secrets as Intellectual Property Rights: A Disgraceful Upgrading – Notes on an Italian ‘Reform’*, in *The Law And Theory Of Trade Secrecy A Handbook of Contemporary Research*, 2011, *passim*.

[14] See the Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market (For an in depth analysis, AA. VV., *Le “pratiche commerciali sleali” tra imprese e consumatori*, G. De Cristofaro Ed., 2007; AA. VV., *Le pratiche commerciali sleali*, E. Minervini and L. Rossi Carleo Eds., 2007; AAVV, *Cinque voci sulla direttiva comunitaria 2005/29/CE in tema di pratiche commerciali sleali*, in *Contratto e Impresa Europa*, 2007, 1; Assonime Circular Letter no. 80 of December 17, 2007; J. Stuyck, E. Terryn, T. Van Dyck, *Confidence through fairness? The new Directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market*, in *Common market law review*, 2006 107-152; G. G. Howells, *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*, 2007; G. B. Abbamonte, *The Unfair Commercial Practices Directive: An Example Of The New European Consumer Protection Approach*, in *Colum. J. Eur. L.*, 2006, 695; M. Kenny, *Constructing A European Civil Code: Quis Custodiet Ipsos Custodes?* in *Colum. J. Eur. L.*, 2006, 775). In tackling unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market, the Unfair Commercial Practices Directive, stands at the crossroads of various interconnected community policies. On the one hand, as a harmonisation step, it allows – pursuant to Article 95 of the EC Treaty – the establishment and safeguarding of the operation of the single market as a space without frontiers where fundamental freedoms are effectively enforced in a harmonized competitive

environment. On the other hand, and in relation to Article 153 of the EC Treaty, it safeguards the economic interests of consumers and raises the level of protection of 'civil rights inside the market'. This goes to show, therefore, how the very legal foundations of the Directive encourage the convergence of different features of the community action - competition and consumer protection - and hence the integration of the corresponding set of rules in view to an effectively integrated system. Moreover, the Unfair Commercial Practices Directive suggests and points to the more ambitious idea of promoting fairness as a yardstick that dominates and informs the interpretation of the rules governing market relations for any reason whatsoever. This is so both when these apply between equals or 'inter pares'(in terms of power, whether bargaining or not), thus between businesses or traders'according to the terminology of the Directive as well as *pratiques commerciales déloyales* those between businesses and consumers. For a critical analysis, V. Falce, *Profili proconcorrenziali dell'istituto brevettuale*, Milano, 2008, Cap III; G. Ghidini, *Profili evolutivi del diritto industriale*, Milano, 2008, 89; V. Falce and G. Ghidini, *The new regulation on unfair commercial practices and its interference with Competition Law*, VIII Conference, Antitrust between EC Law and National Law, Treviso, Casa dei Carraresi, May 22 - 23, 2008. According to the Authors "The Directive identifies the need to develop an organic corpus of harmonized rules on unfair practices to promote the effective operation of the internal market. But one must equally acknowledge the EU legislator's efforts, through the Directive itself, to complete the meticulous, if still unfinished, work of drawing up EU regulations on unfair competition, for which, in our view, the new regime intends to lay the core foundations".

[15] For a basic critical overview, G. Ghidini, V. Falce, *Sui brevetti tutela "blindata"*, *Sole 24 Ore*, 3 September 2006, 19; G. Ghidini, *La tutela del segreto: critica di una "riforma"*, in *Dir. ind.*, 2008, 167; G. Ghidini, V. Falce, *Upgrading Trade Secrets as IPRs. A recent breakthrough in Italian IP Law*, in *Riv. dir. aut.*, 2008; B. Franchini Stufler, *Studi sull'evoluzione economica e giuridica del know-how e della sua tutela*, in *Riv. dir. ind.* 2005, I, 363. See also V. Di Cataldo, *Il nuovo codice della proprietà industriale*, in *Giur. Comm.*, 2005, 574.

[16] The extension of trade secret protection to the realm of commercial information has been questioned by Prof. Bone who has queried "whether trade secret law is needed to encourage the production of nontechnological information. After all, a firm must have a marketing plan and must compile financial data in any event, if it is to compete effectively. The anticipated profit from product sales is itself an inducement to create this information, and firms can use trademarks to capture at least some of the benefit of a marketing plan. Conceivably, a firm might invest more if it knew it could protect the results through trade secret law, but it is not evident that the additional investment would enhance competition or product quality enough to justify the social costs" (Robert G. Bone, *A New Look At Trade Secret Law: Doctrine In Search Of Justification*, in *California Law Review*, 1998, 241, 282).

[17] L. Mansani, La nozione di segreto di cui all'art. 6 bis l. i., in *Il Diritto industriale*, 2002, 217, 218. Such condicio has been interpreted as functional to discourage firms from engaging in costly and inefficient self-help, discourage firms from engaging in costly and inefficient self-help, substituting it with a legal system (Lemley, The surprising Virtues of treating Trade Secrets as IP Rights, John M. Oil Program in Law and Economics, Stanford Law School, Working Paper No. 358, June 2008).

[18] In this respect, E. W. Kitch, *The Law and Economics of Rights in Valuable Information*, 9 *J. Legal Studies* 683, 698 (1980) notes that the reasonable precautions requirement i) allows courts to identify what secrets are sufficiently secret and ii) demand that employers provide notice to employees of those ideas considered trade secrets.

[19] Amplus, M. Scuffi, M. Franzosi e A. Fittante, *Codice della proprietà industriale*, 2005, 452; *Codice della proprietà industriale* (G. Ghidini, F. De Benedetti eds.), 254; G. Florida, *Le creazioni protette*, in *Diritto Industriale*, 2005, 195; ID., *Segni e confondibilità nel Codice della proprietà industriale*, in *Il Dir. Ind.*, 2007, 15.

[20] G. Florida welcomes the propertisation of trade secrecy, which is now equated to any other property rule (ID., *Il codice della proprietà industriale: disposizioni generali e principi fondamentali*, in *Il Dir. Ind.*, 2005, 13; *Le creazioni protette*, in *Le creazioni intellettuali a contenuto tecnologico*, in *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, 2005, 195).

[21] A. Vanzetti, V. Di Cataldo, *Manuale di diritto industriale*, 2005, 448; G. Florida, *Intervento, Il codice di proprietà industriale* (L. C. Ubertazzi ed.), 2004, 208; ID., *Le creazioni intellettuali a contenuto tecnologico*, 2005, 209; G. Guglielmetti, *La tutela del segreto in Le nuove frontiere del diritto dei brevetti* (C. Galli ed.), 2003, 126.

[22] This point has been extensively explored by P. Auteri, *Commento al nuovo art. 6 bis l. invenzioni*, nel *Commentario al d. lgs. 19 marzo 1996*, n. 198, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1998, 124.

[23] The incipit of Art. 99, in fact, clearly states that it is "save the application of the unfair competition regime".

[24] Please note that where for the same invention that is exploited in secrecy, an application to be lawfully patented is made, the trade secret owner would become a pre-user. In such case, in fact, the owner of the secret could not claim anything from the patent owner or from competitors, as the protection that she/he could exploit would be merely the power to go on exploiting the invention, though patented by other people. Vice-versa, in the event that patent owner has not autonomously created the invention that she/he wants to patent, the owner of the secret could object that a not entitled person may request the patent, though in good faith, as well as to the acquisition and execution of the invention unpatented by any third parties. For an analysis of the independent discover of the trade secret elements, S. K. Verna, *Protection of Trade Secrets Under the TRIPs Agreement and Developing Countries*, in *J. World Intellectual Property*, 1998, 723.

[25] Inter alia, R. Bone, *A New Look at Trade Secret Law: Doctrine in Search of Justification*, in *86 California Law Review* 241, 243 & n. 1 (1998) has

emphasised that “Trade secrets are among the most valuable assets firms own today, and many courts and commentators believe that the law of trade secrets is crucial to the protection of intellectual property”; M. Lao, *Federalizing Trade Secrets Law in an Information Economy*, 59 OHIO ST. L. J. 1633, 1633 (1998), who confirms that “Trade secrets law, once considered a secondary source of intellectual property protection for less significant innovations, has evolved into an important incentive for innovation in the information age”; J. H. Reichman, *Legal Hybrids Between the Patent and Copyright Paradigms*, 94 COLUM. L. REV. 2432, 2438 (1994), who agrees that “Legal theorists have particularly underestimated the important role of trade secret laws... in mediating between formal intellectual property regimes and free competition”. Also, according to Alan J. Tracey, *The Contract In The Trade Secret Ballroom--A Forgotten Dance Partner?*, in 16 Tex. Intell. Prop. L. J. 47 “the advent of the knowledge economy, employee mobility, and increasing business size--have resulted in a competitive marketplace where the misappropriation of trade secrets has become common. The result has been business revenue loss and an increased desire among business people to maintain the legal rights in any valuable commercial information they may hold. Trade secret law is left to create a balance of interests, which allows the trade secret holder to share information with his employees or others while still maintaining the ownership and competitive advantage of that information in an increasingly information-based economy”. The role and function of the information in the digital era has been analysed in great details by M. Bertani, *Proprietà intellettuale, antitrust e rifiuto di licenze*, 2004, 2; ID., *Proprietà intellettuale e nuove tecniche di appropriazione delle informazioni*, in AIDA, 2005, 313. On the inappropriability of the information as such, see also V. Falce, *La disciplina comunitaria sulle banche dati. Un bilancio a dieci anni dall'adozione*, in Riv. Dir. Ind., 2006, 227.

[26] According to the Author, Truly, as recalled by Jerry Reichman since 1993, today's most valuable technologies often fail to meet the nonobvious standard of patent law because they partake of merely incremental advances beyond the prior art, while their functional character remains alien to both the spirit and economic assumptions of copyright law, which implements cultural rather than industrial policies. Yet, such technologies obtain little or no natural lead time in classical trade secret law because they consist essentially of intangible scientific or technical know-how that becomes embodied in products sold on the open market. Any third parties who obtain the tangible products can quickly duplicate the valuable information they contain and thereby appropriate the fruits of the innovator's investment in research and development, with no corresponding investment of their own. Under modern conditions, in other words, a major problem with the kinds of innovative know-how underlying important new technologies is that they do not lend themselves to secrecy even when they represent the fruit of enormous investment in research and development. Because third parties can rapidly duplicate the embodied information and offer virtually the same products at lower prices than those of the originators, there is no secure interval of lead time in which to recuperate the originators' initial investment

or their losses from unsuccessful essays, not to mention the goal of turning a profit (J. H. Reichman, *Beyond the Historical Lines of Demarcation: Competition Law, Intellectual Property Rights, and International Trade After the GATT's Uruguay Round*, 20 *Brook. J. Int'l L.* 75, 86 (1993).

[27] See generally, D. Friedman, W. Landes, R. Posner, *Some Economics of Trade Secret Law*, in *Journal of Economic Perspectives*, 1991, 62, for a broad discussion of patent and trade secret law from an economic viewpoint; A. S. Oddi, *Un-Unified Economic Theories of Patents. The Not-Quite-Holy Grail*, in *Notre Dame L. Rev.*, 1996, 285, indicating some cases where trade secret protection may be preferable to patent protection; J. E. Grusd, *Internet Business Methods: What Role Does and Should Patent Law Play?*, in *Va. J. L. & Tech.*, 1999, 49, indicating that small and start-up companies mostly tend to rely on trade secret protection; R. Merges et al., *Intellectual Property in the New Technological Age*, 2003, 29 shares the view that "[T]rade secrets, though important to all firms, are absolutely crucial for the small companies that drive innovation in many developing fields. A caveat however has to be added. In fact, for the purpose of the enforcement of the trade secret, its owner has to prove that each legal pre-requisite set by the Italian Code is fulfilled as well as that an infringement of its right occurred. In this respect, the costs of the enforceability of the confidential information vis-à-vis of the patent may play an important role in the overall assessment concerning the type of protection to rely on.

[28] R. D. Blair, T. F. Cooter, *An Economic Analysis of Damages Rules in Intellectual Property*, in *Wm and Mary L. Rev.*, 1998, 1600, noting how the risk of duplication interferes with the incentive to rely on trade secret protection instead of on patent law. J. E. T. Rogers clarified that "the bargain of the inventor with the public is thoroughly one-sided. If it be his interest to keep his secret, he infallibly does so, not so much from the cause that a patent is expensive, as because it is his interest [...]. It is perfectly true, indeed it is instead on by the advocates of the rights of invention, that nothing can compel him to disclose his discovery. Does he ever do so except on the ground that the profits of the monopoly would be more valuable than the profits of the secret?" (ID., *On The Rational And Working Of The Patent Laws*, in *Journal of the Statistical Society of London*, 1863). For a more recent indication, M. Boldrin, D. Levine: "Granting a legal monopoly in exchange for revealing the "secret" of the innovation is one, apparently clean, way to make innovations more widely available in the long run. However, this argument has not been subject to much scrutiny by economists, and indeed, in the simplest case it fails. Suppose that each innovation can be kept secret for some period of time, with the actual length of legal patent protection is 20 years. Then the innovator will choose secrecy in those cases where it is possible to keep the secret for longer than 20 years, and choose patent protection in those cases where the secret can be kept only for less than 20 years. In this case, patent protection has a socially damaging effect. Secrets that can be kept for more than 20 years are still kept for the maximum length of time, while those that without patent would have been kept for a

shorter time, are now maintained for at least 20 years” (ID., Rent-Seeking And Innovation, In Journal Of Monetary Economics, 2004, 129).

[29] Ex multis, W. M. Cohen, R. R. Nelson, J. P. Walsh, Protecting their Intellectual Assets: Appropriability Conditions and Why US Manufacturing Firms Patent, 2000 (several surveys of R&D managers from US firms have highlighted their lack of faith in patents as a way of protecting their innovation, trade secrecy being cited as the most effective form of protection, ahead of patents); J. Lahore, A. Duffy, Confidentiality, Patents And Restraint Of Trade, in Intellectual Property in the New Millennium, 2004, 203 (patent protection, and actions for protection of confidential information, are not in any way complimentary. Rather, they should be regarded as offering alternative, and mutually exclusive, forms of protection); W. Cornish, in W. Cornish, D. Llewelyn, Intellectual Property, 2003, 300. As far as the Italian doctrine is concerned, G. Florida has recently confirmed the complementarity between the two means of protection (ID., Le creazioni protette, in Le creazioni intellettuali a contenuto tecnologico, in AA.VV. Diritto Industriale. Proprietà Intellettuale e concorrenza, 2005, 195).

[30] F. Machlup, E. Penrose, The Patent Controversy in the Nineteenth Century, in J. Econ. Hist., 1950, 10: “To secure (industrial progress) at a sustained rate it is necessary that new inventions become generally known as parts of the technology of society. In the absence of protection against immediate imitation of novel technological ideas, an inventor will keep his invention secret... hence it is in the interest of society to induce the inventor to disclose his secret for the use of future generations. This can best be done by granting exclusive patent rights to the inventor in return for public disclosure of his invention”.

[31] Robert G. Bone, Secondary Liability For Trade Secret Misappropriation: A Comment, Santa Clara Computer and High Technology Law Journal, 2006, 529, 535 "By rewarding secrecy, trade secret law encourages firms to keep secrets, and secrecy impedes the diffusion of information. When one firm's stronger trade secrecy prevents other firms from building on the information, the pace of innovation is likely to slow with negative effects on economic productivity". According to M. Lemley, instead, trade secret law actually encourages broader disclosure and use of information, not secrecy. In fact, trade secret law develops as a substitute for the physical and contractual restrictions those companies would otherwise impose in an effort to prevent a competitor from acquiring information. In so doing, it encourages disclosure of information that companies might otherwise be reluctant to share for fear of losing the competitive advantage it provides. Besides, it is the Author's opinion that trade secret law reaches beyond contract law by allowing courts to infer the existence of a confidential relationship from circumstances in which transactions might be difficult or impossible without that assumption (ID., The surprising Virtues of treating Trade Secrets as IP Rights, John M. Olin Program in Law and Economics, Stanford Law School, Working Paper No. 358, June 2008).

[32] Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on the protection of undisclosed know-how and business

information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure, /COM/2013/0813 final - 2013/0402(COD)*/, available at [http://eur-](http://eur-ex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52013PC0813:EN:NOT)

[ex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52013PC0813:EN:NOT](http://eur-ex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52013PC0813:EN:NOT).

[33] The fundamentals themselves of this argument are questioned by Michael Abramowicz, John F. Duffy, Intellectual Property For Market Experimentation, *New York University Law Review*, 2008, 337. According to the Authors “One of the common justifications for trade secret law is that it serves a purpose similar to the patent system: Protection of secrets encourages firms to invest in the production of valuable secrets and thus in technical and scientific advances. Yet this theory has some important difficulties. First, one of the main policies of the patent system is to ensure that no obvious technical information is made public and is not kept as a trade secret. A firm can pay a heavy price for maintaining nonobvious technological information as a trade secret--including the possibility that another firm may patent that information and enjoin the original creator’s use. Second, it seems puzzling that the law should seek to protect technical advances that are so minimal that they would not qualify for patent protection, presumably because they are obvious. A partial answer to this puzzle is that trade secret protection avoids the transaction costs associated with attempts to secure patents, but this answer purports to reduce trade secret law to a kind of second-class intellectual property protection for relatively unimportant innovations”.

[34] For an in-depth analysis, G. Ghidini, *Profili evolutivi del diritto industriale-Innovazione, concorrenza, benessere dei consumatori, Accesso alle informazioni*, 2008, passim; V. Falce, *Profili pro-concorrenziali dell’istituto brevettuale*, 2008, Cap III; S. Anderman has recently pointed out that “within each legal system, the different means used by intellectual property rights legislation and competition law operate in many ways in conjunction rather than in conflict with each other” (ID., *The competition law/IP interface: an introductory note*, in *The Interface between Intellectual Property Rights and Competition Policy*, 2007, 5); on the intersection between IP and competition, R. Pitofsky, *Antitrust and Intellectual Property: Unresolved Issues at the Heart of the New Economy*, Paper presented at the Conference Antitrust, Technology and Intellectual Property, University of Berkeley, California, 2 March 2001; M. A. Lemley, *A New Balance Between IP and Antitrust* John M. Olin Program in Law and Economics Stanford Law School, Working Paper No. 340 Aprile 2007, available at <http://ssrn.com/abstract=980045> “when viewed in context the two laws [Intellectual property and competition law] are not in conflict at all. Rather, they are complementary efforts to promote an efficient marketplace and long-run, dynamic competition through innovation”. For an extensive law and economic analysis, see now D. Kallay, *The Law and Economics of Antitrust and Intellectual Property. An Austrian Approach*, 2004, Cap I and Cap II. For a critical review of the main issues, see now G. Ghidini, *Intellectual Property and Competition Law, The Innovation Nexus*, 2006, passim; V. Falce, *Lineamenti giuridici e profili economici della tutela dell’innovazione*

industriale, 2006, Cap. II; V. Falce, Profili pro-concorrenziali dell'istituto brevettuale, 2008, Cap. III; M. Libertini, Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano, in Riv. Dir. Comm., 2002, I, 433; M. Bertani, Proprietà intellettuale e circolazione delle informazioni brevettuali, in Studi di diritto industriale in onore di A. Vanzetti, 2004, 159. On the dynamics of innovation, N. Rosenberg, Dentro la scatola nera, 2001; on the information economy, Economia della conoscenza, A. Pilati e A. Perrucci eds., 2005; on the network economy, Reti di imprese tra regolazione e norme sociali, F. Cafaggi ed., 2004.

[35] *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U. S. 303, 309, 65 L. Ed. 2d 144, 100 S. Ct. 2204 (US Supreme Court 1980) (referring to S. Rep. No. 82-1979, at 5 (1952); H. R. Rep. No. 82-1923, 6 (1952)). The dysfunctions deriving from such trend are pointed out by A. B. Jaffe, J. Lerner, *Innovation and Its Discontents: How Our Broken Patent System Is Endangering Innovation and Progress, and What to Do About It*, 2004; P. S. Menell, *A Method for Reforming the Patent System*, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 958089, January 2007, available at <http://ssrn.com/abstract=958089>. In a comparative perspective, S. Anderman, *The Competition Law/IP Interface: An Introductory Note*, in *The Interface between Intellectual Property Rights and Competition Policy*, 2007, 8.

[36] Cfr. *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.*, 489 U. S. 141, 146, 1989. Recently G. Ghidini, has recalled that “Third parties paying a reasonable royalty to the IP right holder in order to obtain access to a certain technology cannot be equated to free riders. The latter do not pay anything, of course. Moreover, [...] licensing can be a valuable source of revenues, of profits even equal or superior to the ones deriving from direct sales by the IP right holder. At the same time, paying access based on a truly competitive compensation preserves for the IP holder its competitive advantage [...] (ID, “What Extent Does IP require / Justify A Special Treatment Under Competitive Rules?, in *European Competition Law Annual 2005: The Interaction between Competition Law and Intellectual property Law*, 2007, 10).

[37] For an analysis of the inventive process vis-a-vis different industrial sectors, A. Arora, A. Fosfuri, A. Gambardella, *Markets for technology: The Economics of Innovation and Corporate Strategy*, 2001. On the distribution of incentives among inventors, S. Scotchmer, *Standing On The Shoulders Of Giants: Cumulative Research And Patent Law*, 1991; J. Bessen, E. Maskin, *Sequential Innovation, Patents, and Imitation*, M. I. T. Dept. of Economics, Working Paper No. 00-01, 2000, available at http://papers.ssrn.com/paper.Taf?abstract_id=206189; R. Barton, *Patents and Antitrust: A Rethinking in Light of Patent Breadth and Sequential Innovation*, in *Antitrust Law Journal*, 1997, 449; J. Green, S. Scotchmer, *On the Division of Profit in Sequential Innovation*, in *RAND J. Econ.*, 1995, 20; H. Chang, *Patent Scope, Antitrust Policy, and Cumulative Innovation*, in *RAND J. Econ.*, 1995, 34; T. O'Donoghue, *A Patentability Requirement for Sequential Innovation*, in *RAND J. Econ.*, 1998, 654; M. Lemley, *The Economics of Improvement in Intellectual Property Law*, in *Tex. L. Rev.*, 1997, 1048; K. Dam, *Intellectual Property in an Age of Software and Biotechnology*, in U. Chi.

L. & Econ., Working Paper No. 35, 1995. J. Lerner has recently indicated that the enhancement of the *ius excludendi alios* may retard, instead of accelerating the innovative process (ID., Patent Protection and innovation over 150 years, NBER Working Paper n. w8977, 2002).

[38] Michael Abramowicz, John F. Duffy, Intellectual Property For Market Experimentation, *New York University Law Review*, 2008, 337. According to the Authors "Intellectual property protects investments in the production of information, but the relevant literature has largely neglected one type of information that intellectual property might protect: information about the market success of goods and services. A first entrant into a market often cannot prevent other firms from free riding on the information its entry reveals about consumer demand and market feasibility. Despite the existence of some first-mover advantages, the incentives to be the first entrant into a market may sometimes be inefficiently low, thereby giving rise to a net first-mover disadvantage that discourages innovation. Intellectual property may counteract this inefficiency by providing market exclusivity, thus promoting earlier market entry and increasing the level of entrepreneurial activity in the economy. The goal of encouraging market experimentation helps to explain certain puzzling aspects of current intellectual property doctrine and provides a coherent basis for appreciating some of the current criticisms of intellectual property rights". In this perspective, the Authors clarify at 391 of their article that "Justifying trade secret law as an appropriate social subsidy to encourage market experimentation makes for a more solid foundation. This view accounts for why trade secret law protects information such as customer lists and other data that would naturally be produced during the ordinary course of business. In our view, then, the goal of trade secret law is not to encourage the production of that information so much as the production of the business. Sometimes, of course, a business's success will be difficult to disguise, but even then there might be uncertainty about whether the business is so successful as to justify entry by a competitor. The law protects whatever business data can be hidden, thus discouraging subsequent entry, increasing a first entrant's expected share of rents, and creating stronger incentives for the market experiments that produce the data. On our theory, trade secret law may be overinclusive--it protects copycat businesses too--but in general, innovators are the businesses that have the most information worth protecting.

[39] See A. Beckerman-Rodau, The Choice Between Patent Protection and Trade Secret Protection: A Legal and business Decision, in *JPTOS*, 2002, 371. The benefits for the trade secret owner in comparison to those of the public are analyzed by M. P. Simpson, Note, The Future of Innovation: Trade Secrets, Property Rights, and Protectionism-An Age-Old Tale, in *Brook. L. Rev.*, 2005, 1121, 1149-55. On the issue, see also Soltysinski, Are Trade Secrets Property? In *IIC*, 1986, 331.

[40] On the strategic role of information as such, M. Bertani, Proprietà intellettuale, antitrust e rifiuto di licenze, 2004, 2; ID., Proprietà intellettuale e nuove tecniche di appropriazione delle informazioni, in *AIDA*, 2005, 313. On the commodification of information, N. Elkin Koren, N. W. Natanel (eds.),

The Commodification of Information, 2002 and under the Italian Law, with specific reference to the data base regime, V. Falce, *La disciplina comunitaria sulle banche dati. Un bilancio a dieci anni dall'adozione*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2006, 227.

[41] See generally, V. Chiappetta, *Myth, Chameleon of Intellectual Property Olympian? A Normative Framework Supporting Trade Secret Law*, in *Geo. Mason L. Rev.*, 1999, 77.

[42] Where the final result has been welcomed by eminent scholars (G. Florida, *Intervento*, in *Il Codice della proprietà Industriale*, 2004, 208), the most recent debate on the IP regime is investigating whether and to which extent the process of *reductio ad unum* shall be in favour of a generalised liability rule (J. H. Reichman, *Legal Hybrids Between the Patent and Copyright Paradigms*, in 94 *Columbia L. Rev.*, 1994, 2432; ID, *Of Green Tulips and Legal Kundzu: Repackaging Rights in Subpatentable Innovation*, in *Vand. L. Rev.*, 2000, 1743; ID., *Saving the Patent System from Itself, Informal Remarks Concerning the Systemic Problems Afflicting Developed Intellectual Property Regimes*, in *Perspectives on Properties of the Human Genome Project* F. S. Kieff, 2003, 289).

[43] However, it is hardly self-evident that trade secret law is less costly than patent from a private or social perspective. See inter alia Mark F. Grady & Jay I. Alexander, *Patent Law and Rent Dissipation*, 78 *Va. L. Rev.* 305, 318 (1992) (arguing that patents reduce rent dissipation resulting from investments in secrecy); Robert G. Bone, *A New Look At Trade Secret Law: Doctrine In Search Of Justification*, in *California Law Review*, 1998, 241, 271.

[44] For an analysis of the “mandatory public domain” including also information covered by an expired patent see D. L. Zimmerman, *Is There a Right to Have Something to Say? One View of the Public Domain*, 73 *Fordham L. Rev.* 297, 312-15 (2004), 373. For a partially different position, Pamela Samuelson, *Enriching Discourse On Public Domains*, *Duke Law Journal*, 2006, 783, 794.

[45] On the issue, see generally V. Denicolò, L. A. Franzoni, *Innovation, duplication and contract theory of patents*, in *The Economics of Innovation: Incentives, Cooperation, and R&D Policy*, R. Cellini, L. Lambertini eds, Elsevier, 2006.

[46] Trade secret law utilizes a functional definition for determining what is protectable subject with the consequence that virtually anything maintained in secret by a business enterprise that gives it a competitive advantage in the marketplace may be eligible for trade secret protection (A. Beckerman-Rodau, *The Choice Between Patent Protection and Trade Secret Protection: A Legal and business Decision*, in *JPTOS*, 2002, 371).

See generally, V. Chiappetta, *Myth, Chameleon of Intellectual Property Olympian? A Normative Framework Supporting Trade Secret Law*, in *Geo. Mason L. Rev.*, 1999, 77.

[47] R. Peritz has recently noted that “the tension is greatest in the relationship between trade secrets and patents because encouraging concealment of potentially patentable inventions conflicts directly with patent policy’s principal goal of encouraging dissemination of knowledge. The

upshot is a patent law that disfavors trade secrets” (ID., Competition Policy and its implications for intellectual property rights in the United States, in *The interface between Intellectual Property Rights and Competition Policy*, 2007, 155).

[48] See J. R. Chiappetta, *Of Mice and Machine: A Paradigmatic Challenge to Interpretation of the Patent Statute*, in *Wm. Mitchell L. Rev.*, 1994, 168. See also G. Ghidini, *Profili evolutivi del diritto industriale*, 2008; V. Falce, *Profili pro-concorrenziali dell’istituto brevettuale*, 2008, passim.

[49] Professors Dinwoodie and Dreyfuss make a significant contribution to public domain scholarship by emphasizing the importance of accessibility of information resources as a means of promoting the ongoing progress of science and useful arts. Innovators who have a choice between trade secrecy and patent protection for, say, a chemical discovery will thereby be making a choice between inaccessible and accessible information. Subsequent researchers may rediscover the same compound or process, and competitors may eventually reverse engineer the secret, but the issuance of a patent will disclose what that innovation is, how to make it, how it differs from the prior art, what its known or likely utility is, and in the U. S., the best mode of making it. This knowledge will thereby become publicly accessible sooner and with less reduplication of effort than the trade secret option would produce. Upon publication, the information that the patent provides will be in the public domain, although certain uses of it will be proscribed during the effective life of the patent. Upon expiration, the right to practice the claimed invention will be an IP-free public domain as well”. In this sense, Pamela Samuelson, *Enriching Discourse On Public Domains*, *Duke Law Journal*, 2006, 783, 829 referring to Graeme B. Dinwoodie & Rochelle Cooper Dreyfuss, *Patenting Science: Protecting the Domain of Accessible Knowledge in The Public Domain of Information*, (manuscript at 3, on file with the *Duke Law Journal*).

[50] C. Long, *Patent Signals*, in *University of Chicago Law Review*, 2002, 69.

[51] The trade secret provisions of the TRIPS Agreement impose no greater burdens on entrepreneurs in developing countries than on small- and medium-sized firms in developed countries while entitling them all to lead-time protection against unethical conduct and industrial espionage. To operate successfully under this regime, unlicensed entrepreneurs in developing countries must learn to acquire unpatented foreign technology through self-help methods of reverse-engineering rather than by improper means that avoid any contribution to the global costs of research and development. This task, facilitated by the availability of technical engineering skills on the global labor market, tends to root the technology in the local culture and to provide a basis for future research and development as well as export potential. Trade secret protection benefits innovators everywhere and, as elsewhere explained, it could greatly stimulate the licensing of foreign technology to developing countries by reducing both transaction costs and risk aversion” (J. H. Reichman, *Beyond the Historical Lines of Demarcation: Competition Law, Intellectual Property Rights, and International Trade After the GATT’s Uruguay Round*, 20 *Brook. J. Int’l L.* 75, 107 (1993).

[52] For a positive assessment, J. Gregory Sidak, Trade Secrets and the Option Value of Involuntary Exchange, August 2004, accessible at [www. Ssrn.com](http://www.Ssrn.com).

[53] The main gaps we are referring to are: i) an inventor may judge his invention to be unpatentable in legal terms, but hard to imitate; ii) a firm could prefer not to disclose its invention, because disclosure could reduce expected profits; iii) an inventor may wish avoid the costs of patent filing. For an extensive review, See J. H. Reichman, Beyond the Historical Lines of Demarcation: Competition Law, Intellectual Property Rights, and International Trade After the GATT's Uruguay Round, 20 *Brook. J. Int'l L.* 75, 77 (1993) (discussing the role of trade secrets law as well as other intellectual property law in the economy). More recently, K. Czapracka, Antitrust and Trade Secrets: the U. S. and the EU Approach, in *Santa Clara Computer and High Technology Law Journal*, 2007, 216-218 clarifies that "trade secrets supplement it [patent protection]. First, all patentable inventions are trade secrets until the publication of the patent application. Further, secret know-how concerning the implementation of a patented invention is often licensed with patents, which indicates that there is some level of symbiosis between patents and know-how. Second, companies typically employ a combination of trade secret and patent strategies to protect their innovations and maintain a competitive edge. Trade secrets can be used to protect inventions that are not patentable or those in which the length or other conditions of patent protection are inadequate. The costs of preparing a patent application are not insignificant and the process is lengthy. If the expected commercial life of a patentable invention is short, it may not be worthwhile to obtain a patent. Third, whereas it takes a while for a patent system to adjust to the pace of innovation, the flexibility of trade secrets makes it possible to use them as "gap fillers" in settings where the formal rights system in IP is underdeveloped. For example, in the 1960s and 1970s, before it was established that computer programs qualify for protection as "literary works", IT firms viewed trade secrecy as the best means of protecting their software against unauthorized copying. Trade secrets continue to play an important role in protecting innovations in high-tech industries. In addition, the fact that trade secret protection arises automatically, as a matter of law, with no costly or lengthy application process, makes it particularly suitable to protect inventions of smaller companies".

[54] Was not T. Jefferson who said "Stable ownership is the gift of social law, and is given late in the progress of society. It would be curious then, if an idea, the fugitive fermentation of an individual brain, could, of natural right, be claimed in exclusive and stable property. If nature has made any one thing less susceptible than all others of exclusive property, it is the action of the thinking power called an idea, which an individual may exclusively possess as long as he keeps it to himself; but the moment it is divulged, it forces itself into the possession of every one, and the receiver cannot dispossess himself of it. Its peculiar character, too, is that no one possesses the less, because every other possesses the whole of it. He who receives an idea from me, receives instruction himself without lessening mine; as he who lights his

taper at mine, receives light without darkening me. That ideas should freely spread from one to another over the globe, for the moral and mutual instruction of man, and improvement of his condition, seems to have been peculiarly and benevolently designed by nature, when she made them, like fire, expansible over all space, without lessening their density in any point, and like the air in which we breathe, move, and have our physical being, incapable of confinement or exclusive appropriation. Inventions then cannot, in nature, be a subject of property. Society may give an exclusive right to the profits arising from them, as an encouragement to men to pursue ideas which may produce utility, but this may or may not be done, according to the will and convenience of the society, without claim or complaint from anybody”, VI Writings of T. Jefferson, Washington ed., 180-181.

[55] As mentioned, the Unfair Commercial Practices Directive points to the ambitious idea of promoting fairness as a yardstick that dominates and informs the interpretation of the rules governing market relations for any reason whatsoever. The Directive, whose language and definitions ‘strongly evoke’ the regulations on unfair competition, elevates the principle of fairness to the paradigm governing market relations. Against this backdrop, fair practice is the principle that moves across and connects the consumer and competition law systems, thus becoming the criterion to measure behaviour. In this novel scenario, fair practice, in light of pro-competitive inspired principles, is both the regulatory topos and an interpretative instrument, connecting the different regulations governing consumer protection, competition protection, and the suppression of unfair competition. First, the definition of fair practice at Article 2, lett. h) of the Directive suggests a continuum between such notion and the usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale (honest practices in industrial or commercial matters) under Article 10-bis of the Paris Convention, which, in turn, may express a “corporative burden”, hardly ascribable to the frame of EC measures adopted to raise the level of consumer protection. Whereas the connection between the Directive and the Paris Convention is worth of a more extensive analysis, it may be denied that such link, where existent, signals a corporative burden as it has suggested. Let us take the Italian legal framework. Italy too, long before the adoption of the Unfair Commercial Practices Directive, had sought to equate fair practice with consistency (and not contrast) with the traditional model of Constitution adopted by the legal system, and not, as previously believed, with the interests of the entrepreneurial class involved in the game of competition. In this perspective, both the principle of freedom of enterprise and that of social utility play a role in preparing the basic criteria to measure competitive behavior. Though a true, or rather, obvious matter of fact, it is indeed the economic foundation – at whose apex stand the combined principles of the first two paragraphs of Article 41 of the Constitution – which is suggesting that the “market” is enhanced by the legal system as the point of equilibrium of composite and diversified interests which are at times hard to synchronise: those of the entrepreneurs, those of the consumers, the “public” interest to an effective arrangement, and so on. Therefore, in this new perspective,

social utility constitutes a limiting principle that marks a watershed, including of the systematic organization of the rules on unfair competition. Unfair Commercial Practices Directive follows precisely in those footsteps. Thanks to the Directive, the European legislator can in fact continue the work on unfair competition carried out by several Member States where in the wake of the novelties introduced in competition law and policy, consumers are the lead actors - not merely spectators - of the market. After reshaping the status and function of the consumer in market relations, and introducing consumer ethos also in competition law, the principle of fairness can be rid once and for all of the old protectionist and corporative barriers, both in subjective terms and in terms of the interest protected, and "honest practices" can, at long last, represent a reference model in market relations tout court, and therefore both in relations between entrepreneurs and between "traders" and consumers. Through the Directive's approach, the legislator proposes to solve the entrepreneur-consumer conflict for good (an ambitious plan it must be said) and instead of case by case, via a corpus of basic principles concerning the smooth working of the market. Accordingly and in brief, the principle of fair practice tends to enhance a competitive market model that is "socially compatible", through a harmonized yardstick used across the Union to measure competition. It logically follows - even though this is not the sole consequence - that unfair practices are solely those acts which for no good reason interfere with the interplay of competition to the detriment of consumers during the "social contract" phase preliminary to the contract, at the pre-contractual and execution phase or during performance of the contract (and even subsequently throughout the entire period of use by consumers of the goods). These, in particular, take the form of methods of offering products that impair a free and informed consumer's choice. For a critical review, V. Falce and G. Ghidini, *The new regulation on unfair commercial practices and its interference with Competition Law*, VIII Conference, Antitrust between EC Law and National Law, Treviso, Casa dei Carraresi, May 22 - 23, 2008. For a preliminary analysis of the implementation of the Directive in Italy, V. Falce, *Il commento*, in *Il Dir. Ind.*, 1/2008.

[56] Amplus, Notes, *The Law of Trade Secrets: Toward a More Efficient Approach*, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 57, 2004, 1269.

Appraisal Parameters, Selection Criteria and Regulations for Long-Term Investment in Europe: Issues and Possible Solutions

di

Giuseppe Pennisi

Abstract: This paper reviews the main issues confronting appraisal of Long Term Investments (LTIs) on the basis of recent literature and experience (such as airport planning in Northern Europe, substitution of analogical television with Digital video Broadcasting - Terrestrial (DvB-T) in Italy, regional planning in several European countries) and proposes the following conclusions for consideration by the Long Term Investment Club (LTIC) as well as by the European Commission (EC):

- For LTIs, a clear cut choice of numeraire (and relevant discount rate) would clear up the ambiguity now prevailing in many OEC.D. countries and in the current EU guidelines.
- LTIs quite often have inter-generational implication. The Modified Discount Method, MDM, appears to be the most suitable and easiest methodology to experiment with in a limited number of cases and eventually, if found to be feasible at a reasonable cost, to be incorporated in guidelines.
- Uncertainty is a characteristic of most LTIs due to their long "project life". The real options approach is a suitable way to address it; but the additional information it provides may have a comparatively high cost. Thus, it is worthwhile to experiment using it in a selected number of LTIs as a preliminary step for eventual incorporation in general guidelines.
- LTIs are a powerful tool to deregulate and/or reregulate key sectors of the economy and should be exploited to the fullest extent.

A research agenda may be useful in leading to more consistency in LTIC practices. This agenda would include: a) a review of existing manuals and guidelines, and more fundamentally, of actual practices used; b) a discussion of the points raised in this paper, c) the possible development of general guidelines.

Summary: 1. Introduction. - 2. The long implementation and gestation period. - 3. Risk and Uncertainty. - 4. LTI Lumpiness and the "new rules" issue. - 5. Conclusions: A Possible Research Agenda.

1. Introduction.

A recent World Bank Policy Research Working Paper (Yifu Lin, Doemeland, 2012) does emphasize that Long Term Investments (LTIs) are the necessary

tool for an exit strategy from the crisis that has plagued the world economy since 1997. LTIs have distinct and special features as compared with short and medium terms investments (Clements, 2011). These features occur especially in the infrastructure sector: the planning and construction of a major transport network, involving both highways and railways (and even including airways and waterways), is vastly different from a road maintenance program. (Briceno Garmedia, Sarkodie 2012). This is even more apparent when LTIs deal with research and innovation, human capital, energy, environment, and the like (Edler, Berger M., Dinges M., Gok A. 2011).. Their main characteristics are as follows.

- A long physical implementation and gestation period before financial returns and economic and social benefits provide a positive long lasting net cash flow.
- A long temporal distance between the decision of financing a project and its “physical implementation”: within such a temporal lag, the major strategic variables can change their trend especially in presence of fast social and technological changes as it is now and will hopefully stronger in the future. This requires a high capability of reading a large number of variables simultaneously.
- Serious intergenerational issues because financial and economic costs fall principally on the generation designing the investment and deciding to go ahead with it, as well as using the required resources, while financial and economic benefits typically accrue to the next generation(s); the calculation of their discounted present values present theoretical issues as well as policy, technical and operational ones.
- Uncertainties as opposed to risks in estimating financial and economic costs and benefits and their flows because of the long time-span involved. Attempts to use “averages” or to “shadow price” for future long-term costs and benefits have often proven unsatisfactory, especially from the operational and practical standpoints.
- “Lumpiness” of the LTIs; whereas for physical implementation and contracting purposes, any LTI can be, and often need to be, divided in temporal stages or phases and in specific “technical packages” for bidding and contracting purposes (Dimitri, Piga, Spagnolo 2006), their conceptual integrity is such that the various stages/phases and/or “packages” cannot have financial and economic costs and benefits distinct from those of the overall LTI. This has implications for both the use of resources and the feasibility of interrupting the investment or of changing its content and components, during its implementation., or modifying its objectives, contents and phasing (Sunstein, 2011)
- There are significant differences in outlook between private and public partners. Normally, the former are interested in not overly deferred financial returns for their stakeholders and shareholders. The latter are generally interested in promoting improved welfare and living standards of future generation(s) not solely of the present decision makers and their constituents (Magni, 2011).

These issues are well known to the literature (Adler, Posner 2006; Ferrara, 2010; Pennisi, Scandizzo 2003; Glachant, Lorenzi, Quinet, Trainar, 2010) and have often been resolved with elegant economic and mathematical modeling. There is no consensus, however, on a generally accepted methodology and on a set of techniques to apply operationally. Briefly, there has been no roll-out from Academia or adoption by practitioners among LTIs, such as development banks and funds, private equity funds, and the like.

The purpose of this paper is to take some steps along the path leading to the use of some methodological and operational advances in appraising LTIs. If there is a general consensus, the next step could be to develop technical guidelines to be used consistently with a view of developing a joint approach and terminology and, as a consequence, facilitating dialogue and discussion among interested scholars and practitioners as well as their decisions on specific LTIs.

2. The long implementation and gestation period.

The long implementation and gestation period is a standard characteristic of most LTIs. When dealing with infrastructure networks or with human capital formation or with protection and/or promotion of the environment, the “physical implementation” period could last well over ten years and it is often followed by a “gestation phase” of a number of years before financial returns and economic benefits reach significant or adequate levels. This raises numerous financial, economic and juridical problems. Often, the financial issues can be solved with long term licenses or lease contracts that provide incentives to (or persuade) private investors to await their share of the returns of the LTI as and when they do materialize. This has been the case, for instance, of many 19th century railway programs in both the USA and Europe. A forerunner was the Napoli-Portici Railway built with Belgian private equity project financing and inaugurated in 1839 (Minard 1840). Even this early juridical treatment of LTI suggests that proper appraisal could be a useful and effective trigger to European regulation and/or re-regulation in several fields (Moszoro 2010; Moszoro and Krzyzanowska 2010).

The key issue, however, is the discount rate to apply to financial and economic costs, on the one hand, and to financial returns and economic benefits, on the other. For private investors, the issue is quite straightforward: the pertinent rate is the financial opportunity cost of capital (e. g. the risk-free alternative use of resources). If this return cannot be obtained in the short or medium term, appropriately designed contracts, lease, regulation(s) can serve as a vehicle to make this financial objectives achievable (and capture satisfactory returns) in the longer term. For several years, this vehicle has consisted of straightforward State and/or Regional subsidies often labeled “industrial policy incentives”. Both European Union (EU) rules on competition and the severe financial stringency in most EU public funding make this approach useless.

The issue is more complex for economic analysis. Methodologically, since the early 1970s two schools of thought have had a long and unresolved confrontation about the appropriate numeraire (viz. the economic unit of account) to be used for economic analysis of projects and programs. In short, they are the OECD/World Bank and the UNIDO school and both are based on now iconic manuals (Little, Mirlees, 1974; Squire, van der Tak, 1992; Dasgupta, Margling, Sen, 1972), respectively produced by the O.E.C.D. (and reformulated by the World Bank) and by UNIDO. In short, the OECD/World Bank approach takes as numeraire the constraint to LTI: availability of freely convertible funds under the control of the investment planner (and thus freely deployable for other purposes), whilst the UNIDO approach takes as numeraire a growth -cum- welfare objective: the growth of per capita consumption of those at the “critical level of consumption” - viz. the level of consumption at which no subsidies are received and no taxes are levied.

In the last 40 years, there has been a vast literature confronting the merits and the disadvantages of the two schools. Specifically, the OECD/World Bank approach has the advantage of providing a close link between the appraisal of LTIs and macro-economic and monetary policy in that the value of freely convertible funds is, to a large extent, a function of fiscal and monetary policy as well as of the exchange control measures applied in support of them. Whatever approach is chosen, the results of appraisal/rejection test of a LTI do not change. This means that, if the analysis is properly carried out, a LTI is or is not worth financing regardless of the approach (OECD/World Bank or the UNIDO) followed (Dasgupta, Mäler, Barnett 2000; Berlage, Renard, 1985). Further, it is only for matter of operational convenience, that, generally a single discount rate is applied during the life of the LTI. As Dasgupta, Mäler and Barnett (2000) correctly point out, “near-universal practice of using a constant discount rate in project evaluation (e. g. 5 percent per year applied to the net income of a project over its entire life) has grown out of a need for practical convenience, it is not a theoretical prescription”. However, the numeraire and the relevant discount rate(s) are the items on which the LTI economic analysts (as well as, occasionally, the policy makers as and the decision makers) do focus attention on.

Furthermore, as recently documented (Beraldo S., Caruso R., Turati G. 2011; European Commission, 2009; Ferrara, 2010; Florio 2006, Gollier C., Koundouri Ph, Pantelidis Th. 2008; Hardisty D. J., Thompson K., Krantz D., Weber E. 2011, Wang, Rieger, Hens 2009,), public agencies in the USA and in Europe have followed a mix of both schools in setting their normative discount rates for economic analysis of LTIs by Government Departments, States of a Union and Regional as well as other local authorities. In certain cases - most notably the European Commission in dealing with European structural funds-, they have initially followed the OECD/World Bank approach, but more recently adopted a blend of the OECD/World approach and the UNIDO approach. Most often, the underlying methodological approach is not spelled out in the handbooks but merely embodied in bureaucratic procedural guidelines of administrative nature.

The author of this paper has adopted the OECD/World Bank numeraire in two manuals (Pennisi, Scandizzo, 1985, 1991) when in Italy the central policy issue seemed to be the constraint on funding but the UNIDO approach (Fanciullacci, Guelfi, Pennisi 1991) when requested to prepare a manual for Italian development aid. Two of the manuals were prepared in parallel, almost simultaneously. However, the objective of one was to provide guidelines for public investment financing in Italy (thus, the link with fiscal and monetary policy was essential) while the other had to take into account that Italian development aid legislation forbade interference with general macro-economic policy of the beneficiary countries. As the analyst's attention focuses on the numeraire (and the discount rate is the decline of numeraire value over time), it seemed reasonable to use the OECD/World Bank approach to appraise domestic public investment in the 1980s and 1990s and the UNIDO approach to assess the investment part of the development aid program.

The main problem in dealing with LTIs is that, generally, the OECD/World Bank numeraire yields a much higher economic discount rate than the UNIDO's. Empirical analysis carried out around 2000 in many OEC.D. countries yielded an OECD/World Bank numeraire of about 8-10% whilst the UNIDO numeraire settled at about 2.5-3%. At a 10% discount rate, after 30 years the Present Value of either a cost or a benefit is almost nil (discounted at the factor 0.0573, OECD/World Bank approach), whilst at a 2.5-3% discount rate, the same cost and/or benefit can still be significant (derived by discounting at 0.47-0.411, UNIDO approach). Generally, any public investment numeraire is likely to be associated with a higher discount rate than a consumption numeraire but over time this difference will be neutralized because shadow prices of costs and benefits are likely to be also higher (with an investment numeraire rather than with a consumption numeraire) due to higher depreciation, over time, of investment than consumption. Again, if the economic analysis is properly done in terms of the derivation of shadow prices and of estimation of externalities and forward and backward linkages, it should not matter which numeraire and discount rate is applied: the test of acceptance/rejection of a LTI will have the same outcome whichever numeraire (and implicit discount rate) is applied. Nonetheless, the attention of the analyst (and the policy/decision maker) will be on the costs and benefits most easily "captured" and quantified (Xia, 2011).

In my view, for economic analysis of LTIs, the UNIDO approach is to be preferred to the OECD/World Bank approach for practical operational reasons:

- One of the outcomes of world financial and economic integration is the end of controls on capital movements and exchange controls that made the availability of freely convertible funds a more telling indicator of policy and program flexibility (and hence, constraint on LTIs) in the 1970's and 1980's than it is now.
- Due to their characteristics, LTIs have economic costs and benefits that, for a proper appraisal, need to be quantified even if they appear after

several years from the start of the implementation period of the pertinent investment (Gollier, Weitzman 2008; Knowles, Shaw, 2008). Many USA and EU agencies are, implicitly more often than explicitly, moving towards the UNIDO approach.

As outlined above, a feature of LTIs is that costs fall on generation n but benefits often are captured by generations $n+1$, $n+2$, $n+x$. Intergenerational issues are well-known to students of tax theory and policy as well as of generational growth accounting and are often blended with moral philosophy theory and policy. In this paper, for the sake of simplicity, it is assumed that the most relevant literature in these fields is generally known to the readers. This will allow me, therefore, to deal only with the operational applications to LTIs.

Analytically, the subject should be kept distinct from that of the discount rate relevant to long term implementation and gestation investments. Actuarially, even a very low economic discount rate (say 1.5%) costs and benefits for the next generations – after 50 years- hardly matter. Methodologically and operationally, the subject attracted considerable interest from economists and practitioners in the late 1980s-early 1990s in parallel with the development of LTIs in promotion and protection of the environment. It was delved into especially by economists with interest in non-renewable resources (; Bateman 1989; Kula 1988 and 1989; Livingston, Tribe 1995; Pennisi 1998; Thompson, 1991).

The British quarterly, Project Appraisal, now renamed Impact Assessment and Project Appraisal, had a major role in encouraging a policy and technical debate on the issue. More recently, the topic has been examined by American economists (Boardman, Greenberg, 1998; Dinwiddie, Teal 2006; Zerbe, Diley, 1994; Porney, Weyant, 1999); Scarborough H. 2011; Schwindt, Vining, Gliberman, 2000;). It has also attracted the interest of USA public long-term investment authorities in setting guidelines and even outright rules (US Office of Management and Budget 1992; for recent developments, see Ferrara 2010). Also, regulatory agency lawyers have worked on the issue in attempting to link economic analysis of LTIs with re-regulation (Adler, Posner, 2006). The subject is thus, now central to the evaluation of LTIs. Recently, for instance, intergenerational discounting has been successfully applied for a non renewable resource (land for real estate) in Hong Kong (Wong. Wing-Chau, Edward Yu, Yu, 2008) and is being proposed in the USA for LTI with strong environmental impacts (Marks 2012).

Similarly to the issue concerning the discount rate, there are two schools of thought in the treatment of intergenerational issues. The difference centers more on the underlying assumptions than on methodological and operational practice. As shown by Pennisi (1989) and Zamagni (2007), the Modified Discount Method (MDM), originally developed by an agricultural economist, Erhun Kula, has its roots in moral philosophy, in particular in John Rawls' theory of justice (Rawls, 1971) – most notably on the Rawlsian “second principle of justice”. The Multigenerational Value (MV) is based on the development of altruist utilitarianism in the late 1980s- early 1990s (Stark,

1995). Whilst the MDM conceptual roots have been explicit since the writing of the fundamental texts of the school of thought, the foundations of MV became apparent only after the detailed analysis of a fully formalized proposal (Yaffey, 1997).

The choice between the schools thus, partly rests on philosophical assumptions and/or preferences. In short, theoretically the MDM shares the mathematical difficulties of Rawls “second principle of justice” (Pennisi, 1989), but methodologically, it stands well with the UNIDO aggregate consumption numeraire indicated as the way to derive a coherent and consistent economic discount rate for LTIs. Also, its computation is comparatively easy as the “positive parameter” of the pertinent equation is “life expectancy at birth”, a statistic that is readily available from any Central Statistical Office.

The MV is closely linked to the OECD-World Bank numeraire and entails a “normative parameter” loaded with implicit policy judgments: “the discount rate that present society imputes to per-capita benefits of future generations”. Logically, if chosen, it should be applied also to pension and health policies and related investments.

In short, both the MDM and the MV have advantages and disadvantages. In line with the earlier proposal about the use of the numeraire and the discount rate, I would propose to use the MDM also for two practical reasons: a) the MV is discriminatory (because it is based on value judgments) and decision-makers can be, rightly or wrongly, accused of being influenced by personal preference in their judgments (if these judgments are made explicit); b) in my teaching experience, I came to the conclusion that the MDM is easier to teach and to learn than the MV, especially when the students are public servants and may not have a strong mathematical background because they have been trained mostly in institutional and juridical subjects.

3. Risk and Uncertainty.

Because of the length of their implementation and gestation period and the long, often multi-generational, time-span for accrual of their economic costs and benefits, LTIs entail uncertainty rather than risks. The difference between the former and the later is profound: risks can be estimated, through either simple or complicated (e. g. Montecarlo Simulations) techniques based on a probability calculus, whereas uncertainty concerns unforeseen and unexpected changes of the overall situation, including the socio-economic and political context (states of nature). Probability calculus is of little help in getting a handle on uncertainty. Dealing with it requires the derivation of real option values, a field little explored until the mid 1990s and then only by a few investment planners and appraisers such as those dealing with environment, culture, art and the value of life and limbs.

In the last 15 years, considerable work has been done to estimate the value of investment, under uncertainty (esp. LITs) starting with a seminal study by

Dixit and Pindyck (Dixit, Pindyck 1994), based, to a certain extent, on a 1921 study by Frank Knight recently re-published (Knight, 2002) as well by epistemological research (Nassim, 2007). A summary of recent developments in this thinking has been published in a paper by Pennisi and Scandizzo (Pennisi, Scandizzo, 2006). In short, following Pennisi/Scandizzo (2006), the most recent evolution of economic thinking has brought about a revision of the concept of economic value, which appears far reaching in both its theoretical and practical implications. From the point of view of the theory, value appears to be a feature that is directly related to institutions and assignment of “rights” in an organized society (Akerman, Alstott, 1999; Arlsson I. 2007)). From the practical and, thus, operational point of view, therefore, neither the estimate nor the creation of value can be properly understood, unless sufficient attention is paid to the contractual nature of the act of exchange and the institutional substance of markets, enterprises, and organizations. This marries law with economics and, as a consequence it links the appraisal of LTIs with regulation and re-regulation.

Within this context “uncertainty” is seen a “window of opportunity” to create “contingent wealth” through “real options”. In a book of some ten years ago (Pennisi, Scandizzo, 2003), Scandizzo and I provide a new definition of policies, programs and projects. In this approach, a project, and in particular a LIT, is seen as “an economic policy opportunity” which may create or destroy other “opportunities” for various groups of the society all legitimately involved in, or concerned with, the project – the stakeholders. Financial markets theory and practice deal extensively with the evaluation of “opportunities” and of “opportunistic behavior”, mostly through “options” theory and practice. By borrowing heavily from financial markets theory and practices as well as from the new frontier of law and economics, a tool kit for the evaluation of policies, programs and projects could be built. Hopefully, this tool kit would be especially apt for policies, programs, and project evaluation in an age of uncertainty (Chen, 2010).

The beginning of the 21st century is named the age of uncertainty because uncertainty arises not only from the need to make long-term projections but also from the new and, to a large extent, yet unexplored paradigms of the virtual, or web economy, and of the many yet unknown ramifications of international integration of economic policies, programs, projects, and governance (De Filippi, Pennisi, 2003). Thus policy, programs, and project planning and evaluation require a great deal of serendipity (Merton and Barber, 2003; He, Li, Wei, Yu 2012) – viz. possible policy, programs and project combinations are discovered even when searching in different directions or pursuing different objectives. On its part, serendipity focuses on “opportunities” and on the value of “rights” and “entitlements” in an uncertain context. Opportunity, it may be useful to recall, is central to the new welfare economics theory mostly due to the contribution made by Amartya Sen (e. g. Sen 1997a, 1997b).

It ought to be clearly understood that real options analysis is not an accounting device to attempt to quantify uncertainty always implicit in LTIs but an instrument to shed light on political economy surrounding LTIs with a

view of better capturing opportunities for all the stakeholders involved (Masci, 1999). A key implication of this approach is the central role of stakeholder analysis and, hence, of decentralized decision-making as well of the use of sociological and political science disciplines- in addition to the legal one. For many years, stakeholder analysis has been a key feature of non-economic approaches to evaluation, especially in the organizational and sociological disciplines (Bezzi, 2003, Stame 1998). Attempts have been made to draw a converging path towards sociological and economic evaluation by placing emphasis on the centrality of stakeholders as well as on the role of evaluation in fostering communication, both vertically and horizontally, among concerned parties (e. g. Picciotto, 1999, De Filippi, 2005). These attempts, however, have rested mostly, if not solely, on qualitative considerations and have not brought about a new economic methodology for the appraisal of investments.

A promising feature of the new approach is that stakeholder analysis is not intended to explore only the stakeholder viewpoint and/or preference ranking (as generally done in organizational and sociological analysis) of the proposed policy or investment. Rather, it aims to identify a corporate structure of the project where the assets and liabilities of its stakeholders' are the opportunities created by the project (the "options", including the "liability options") as a form of "contingent wealth. It is useful to make a distinction between stakeholders with public policy responsibilities and private stakeholder. For the former, "options" are political economy opportunities - e. g. to seize this or that political economy path. For the latter, options are opportunities to capture (or to incur) originally unforeseen gains or losses.

Methodologically, this calls for a strengthened financial analysis, not only in the sense that more attention is paid to the financial returns and costs accruing to the different stakeholders often in different periods, but also, and more cogently, because option theory provides an integrating framework to appraise the "contingent wealth" of the subjects involved. The fact that the project creates and destroys "options" for different parties, in fact, provides a way to account for benefits and costs based on the gains and losses accruing to the subjects involved. In this context, even a straight public infrastructure project, such as a bridge or a highway, can be entirely evaluated through the opportunities that it creates (or destroys) for a class of stakeholders whose entitlements are directly or indirectly affected by the project.

An "options"- based analysis expands significantly on traditional practices because it entails building quantitative and qualitative scenarios, including "counterfactual scenarios" (North, 1990, Heckman 2010), to assess value creation", on the basis of explicit and implied contracts and related "capital lock-in", in legal jargon (Stout, 2004), and through the change in rights and opportunities for a set of interested parties. This entails the evaluation of possible alternative or complementary courses of action, such as: delaying decision and action with a view to acquiring more and better information, building-in the possibility of expansion or reduction of scope, as well as promoting dynamic "value creation".

While financial analysis will tend to become more complex, it will also be more informative and will feed more easily into the economic analysis, especially into the shadow-pricing process, often a rather difficult aspect of project analysis. Furthermore, the consideration of dynamic uncertainty and option values, which can be handled by very efficient software, will accentuate the simulative aspects of project evaluation, thereby providing a better appraisal of its strengths and weaknesses and, more significantly, useful information for the improvement of project design. The increased complexity of option analysis, finally, may be compensated by simpler cash flow models of the stakeholders' budgets. Their details become in fact less important, as the focus of the analysis shifts from the determination of the cash flows to the options that the projects generate for the stakeholders. Altogether, however, the real options approach is likely to increase the cost of cost benefit analysis (Chichilnsky, 2010), but it will provide a more complete analysis to LTI decision makers, both public and private (albeit with different slants, as mentioned above).

It is important to admit that, while this approach has not yet become standard practice neither of international organizations nor of Treasuries of major OEC.D. countries, we are no longer at the pioneering stage and several interesting case studies have been conducted. The World Bank has carried out a multi-year empirical research with special focus on LTIs dealing with environment protection and promotion (Knudsen, Scandizzo, 2005) and the final results, in the form of a book, are expected to be published any day. In Italy, the Ministry of Communication has carried out a real options based assessment of the replacement of analogical television with Digital Video Broadcasting- Terrestrial, DVB-T; the findings are readily available in a book (Cioffi, Palombini, Pennisi, 2006). The Ministry of Economics and Finance (MEF) and the Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione (Sspa) have experimented with transport and tourism programs: the related documentation has been presented in seminars and is available in the Evaluation Unit of the Italian Economic Development Ministry. Also the suitability of using the real options approach in LTIs for human capital is explored in two recent papers (Pennisi, 2006, 2008, 2010). Considerable work has been done to use the approach for railways development (Centra, 2005) and, more recently, for health investment planning (Pertile, 2009). In several other countries, a number of similar exercises have been carried out in the last few years (e. g. for airport planning in Europe, Smit 2003 and most recently for access to networks in Spain, Gallardo, Amaral 2010). Thus some broad operational conclusions can be drawn:

- A real options analysis for LTIs will tend to be more elaborate and costly than standard practices in terms of information and related resources requirements. It would be advisable to carry it out early in LTIs development in order to have at least a preliminary assessment of its potential as a "window of opportunities" for both policy makers and private project stakeholders.
- The drawing of the 'boundaries' to identify stakeholders and to select the key subset. This calls for a full 'option-based' financial analysis.

- The need for a rigorous and, at the same time, sufficiently simple approach to the construction of alternative scenarios and related options.

The Government may wish to decide to experiment with real options analysis by selecting a limited number of particularly complex operations and to review the experience, including the costs and the benefits of the analysis, in pertinent national and international seminars).

4. LTI Lumpiness and the “new rules” issue.

The last distinctive feature of LTIs is that they are “lumpy”, i. e. very large and very costly, in addition to having a long implementation gestation phase and an even longer, often inter-generational, time span to capture their costs and their returns and benefits. This has several implications.

1. The need for one of the various forms of project financing with several financing partners, each with its own “culture”, aims, constraints, (Esty, Sesia, 2010).
2. The need for dividing most LTI in several “technical” stages or phases, at least for bidding and contracting, and the difficulty of dividing it in “functional sub-projects” (each one of its own stream of cost and return/benefit flows) suitable to individual financial and economic analysis.
3. The need for adopting more elaborate techniques of analysis (such as Social Accounting Matrixes, SAMs and Computable General Economic Equilibrium Models, CGEEM) if and when the LTI is not “marginal” and generate structural change in the relevant socio-economic area or areas.
4. The need to back the LTI, with improved, modernized regulations for the sector(s) concerned, especially when several countries with different regulations are involved and/or when the “cultures”, aims, constraints of the financial partners are quite different. An implication of this point is that LTIs may become the trigger or the “creator of an opportunity” for the development of “new rules” in several sectors (transport, telecommunication, health, human capital formation, even banking) if their main area of operation is the European Union (EU) or the Mediterranean Basin (MB).

Each of these points would require an extensive treatment, but I will focus on only on certain salient points, notably a) the need for in-depth financial analysis, b) the integration of standard cost/benefit analysis with the “*méthode des effets*” applied in France for several decades, and c) the “window of opportunity” offered by LTIs in the EU and in MB to elicit those “new rules” that, although announced and even advocated by several Governments, seem to be unforthcoming.

Although project financing as a very long history (Sammut, 2011), in the last 20 years, project financing of “lumpy” LTIs has spurred a little industry of developing, writing, and publishing books, guidelines and essays. The professional website [www. oppaper. com](http://www.oppaper.com) lists over 1000 titles published only

in the last five years. Within this deluge of writings, two points, very relevant to LTIs, are often overlooked: a) the link between Law, on the one hand, and Economics & Finance, on the other in that project financing is in its essence a complex of explicit and implicit network of contractual arrangements among the stakeholders; b) the dominant, decisive role of financial analysis, mainly for private stakeholders (and, logically, consequentially often underestimated by national Government agencies as well as international financial institutions, as they do tend to place emphasis primarily on economic analysis).

The link between Law, on the one hand, and Economics and Finance, on the other, is an essential feature of any project, not solely for LTIs. As seen in the previous section, it becomes the cornerstone of any LTI analysis which intends to deal with uncertainty so that goods and services, underlying costs and returns/benefits are valued as “rights” and “entitlements” (Sen 1997a, 1997b) stemming from contracts - nearly always incomplete contracts, thus open to many interpretations (Williamson, 2000). Therefore, the set, and quite often the network of (incomplete) contracts of project financing for a LTI is also a tool to see the investment as a “window of opportunity” and to explore “options” and “liability options” for the most significant stakeholders. It is finally a means to identify contradictory, inconsistent, and obsolete regulations and to orient further analysis with a view to reregulation.

As is well-known from any finance handbook, financial analysis of any investment has the purpose to assess if all the parties involved can reach “profitability” in participating in the investment as well as in molding their behavior so that the investment’s objectives are achieved. This is especially critical if, as in project financing of “lumpy” LTIs, the financial partners (let alone the other stakeholders) have different “cultures”, financial aims and constraints. The “profitability” indicators - e. g. the Financial Internal Rate of Return (FIRR) - may very often differ and even diverge for the different parties involved (Pennisi, 1991) even in the case of comparatively simple investments such as those for education and training projects. They do differ and diverge significantly in many LTIs, as seen since the seminal World Bank study on the Indus River Basin water and power resources (Leiftinck, Sadove, Creyke, 1968-69). What matters is that, in spite diverging FIRRs (and/ or other pertinent indicators of financial profitability), the overall results do show that each participant has sufficient interest in behaving so as to reach the common LTI objective. Briefly, the FIRRs, or other financial profitability indicators, for each and all the parties should be above what each of them consider the “threshold rate” for its investment opportunity costs based on its own culture, financial aims, and constraints (World Bank, 2005, World Bank IEG, 2010).

In LTIs, there may very well occur serious differences among the partners about aims and constraints, namely on “threshold rates” considered by each party to be acceptable. Generally, while private partners aim at returns that are not too distant in time, development banks and public agencies give priority to long-term benefits for the society as a whole, including future generation(s). This is apparent in the fundamental three volumes on the

Indus River Basin development mentioned above as well as in several other instances, including specific Italian case studies (Cervigni, Rubino, Savastano, 2006).

Roughly at the same time, at the beginning of my World Bank career, I happened to work on a major multipurpose power, water and agricultural development long-term scheme (the El Chocón program in Argentina) financed by private investors, suppliers' credits, local financial intermediary, the Inter American Development Bank (AIDB), and the International Bank for Reconstruction and Development (IBRD). The main purpose of AIDB and IBRD was to provide concessionary financing which lightened the burden on private investors and thus made it easier to reach their specific, required, financial returns. In addition, concessionary financing by the international financial institutions (AIDB and IBRD) was instrumental in re-regulating Argentina's water and power sector. I understand that the international financial institutions have continued to follow this program very closely: in 2006, 40 years after the first project financing operation for Chocón, new lending was made available, conditional to an updating of the relevant regulations (World Bank, 1997; Bartolome, Danklmaier, 2000, Ennis, Ghosal, 2010).

Thousands of similar instances of LTIs whose financial packages gave the impetus for for new rules can be found, mainly in the those sectors mentioned earlier, but also more broadly in key elements of the economy such as finance. For example, in the previous section of this presentation, reference was made to the financial and economic "real option" assessment of the replacement, in Italy, of analogical television with DVB-T. As documented (Cioffi, Palombini, Pennisi. 2006), the financial analysis showed that FIRRs to the main private operators, most notably the "content providers", appeared high in the "base case" but could easily drop, due to any mild change in assumptions or to an increase in volatility (as against the "base case" estimate), way below any "threshold rate" representative of the opportunity cost of capital for these operators. This consideration was the basis for a policy recommendation accepted by the Government, even though it entailed a politically not very easy measure: to postpone from 2006 to 2012 the switch from Nationwide analogical television to DVD-T. The additional six years were to be used to further analyze the issue and to revamp the regulation. Also, the comparatively recent DVD-T analysis in Italy shows another policy and regulatory aspect of a good appraisal of a LTI: the study of the effects of the investment on the main aggregate macro-indicators (capacity utilization in the relevant manufacturing industries, employment, output, expected inflation) was instrumental to the Government's decision (with UE approval) to subsidize, in the initial phase, the prices of decoders so as to jump start the new technology thanks to an assured ready acceptance by consumers.

I suggest that Governments and EU institutions should fully exploit the potential to use LTIs as a fast track to reregulate sectors such as telecommunication, transport, power, and banking and finance. It would be a gradual approach to the development of "new rules" but it may very well

overcome the explicit and implicit road blocks that seem on the way to modernization of regulations. Now this more important than it used to be in the past, when subsidies, incentives, or other forms of State aid could be used to fill the lacunae in FIRR to the different parties: EU regulations, and more significantly, budgetary stringencies prevent the use of these instruments. As a result, reregulation is very often becoming the tool of choice (Hahn, Tetlock, 2008).

In closing, it might be useful to make a short reference to two issues relevant to the “lumpiness” of LTIs: a) the possible use of structural and program evaluation approaches in their appraisal; b) the need for integrating, when feasible, financial and economic cost/benefit analysis with the “*méthode des effets*”.

On the first point, there is an interesting debate about the two approaches. The debate was reviewed recently by Heckman (Heckman, 2010). From Heckman’s own extensive bibliography (over 300 titles of books and papers), it appears the discussion is mostly within the academic world and there is not yet sufficient experience with the specific appraisal of LTIs. Also, there appears to be no substantive cases of change in regulations brought about by one of these two approaches.

More intriguing is the combined application of financial and economic cost/benefit analysis with the “*méthode des effets*” that has been applied in France and French-speaking countries for decades as an alternative to cost/benefit analysis (Chervel, 1995) After a long debate in the late 1970s (Balassa, Chervel, Prou, 1977) this method was generally accepted as effective analytical tool. It was included in the first Italian official manual of public investment analysis in a section where a number of mostly French actual case studies were summarized (Pennisi, Scandizzo, 1985). Also, a simplified form of the *méthode des effets* was incorporated for years in EU guidelines and in the practices of the European Development Fund, and then, of other Structural Funds. More significantly, in the last 30 years, with the development of SAMs (King, 1982, Pyatt, Round 1988; Mitra Kahn, 2008) in several OECD, transition and developing countries, and with the refining of CGEEMs, the *méthode des effets*, has become a powerful tool for Regional planning and appraisal of non-marginal (lumpy) investments. In Italy, for instance, it has been frequently used for the five-year regional planning exercises in Regions such as Tuscany and Sicily. Also, the *méthode des effets* yields important information to help re-regulation: for instance, in the Italian DVD-T experience, the proposal and the decision to subsidize decoders stemmed from the joint use of real options financial and economic cost benefit analysis and the *méthode des effets* through a SAM and a CGEEM. However, caution is to be advised because SAMs are often obsolete - e. g. the Italian SAM is based on 1994 data (though for the DVD-T analysis only a few items were used, they were appropriately updated). This may lead to unreliable results in terms of both LTI appraisal and reregulation. For this reason, e. g., this approach has not been used in Southern Italy developing 2007-2013 development planning exercise (Bianchi, Casavola, 2008; Comitato di Amministrazioni Centrali per la Politica di Coesione, 2005).

Nonetheless, useful steps in this direction have been recently taken by the EU (European Union- Regional Policy, 2010) also as a result of research of LTIs dynamic effects on Regional economies (Di Giacinto, Micucci, Montanaro 2009) and especially of the report charting a new avenue for EU Regional policies (Barca, 2009); they deserve to be supported and followed very closely.

5. Conclusions: A Possible Research Agenda.

The main conclusions from this paper are as follows:

1. For LTIs, a clear cut choice of numeraire (and relevant discount rate) would clear up the ambiguity now prevailing in many countries and in the current EU guidelines.
2. LTIs quite often have inter-generational implication. The MDM appears to be the most suitable and easiest methodology to experiment with in a limited number of cases and eventually, if found to be feasible at a reasonable cost, to be incorporated in guidelines.
3. Uncertainty is a characteristic of most LTIs due to their long “project life”. The real options approach is a suitable way to address it; but the additional information it provides may have a comparatively high cost. Thus, it is worthwhile to experiment using it in a selected number of LTIs as a preliminary step for eventual incorporation in general guidelines.
4. LTIs are a powerful tool to deregulate and/or reregulate key sectors of the economy and should be exploited to the fullest extent.

A research agenda may be useful in possibly leading to more consistency in LTIC practices. This agenda would include: a) a review of existing manuals and guidelines, and more fundamentally, of actual practices used in Europe; b) a discussion of the points raised in this paper, c) the possible development of general guidelines for the EU.

Note:

[*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

Draft versions of this paper have received useful comments by Alessandro Ferrara (European Commission), Michel Del Buono (World Bank Unido), Massimo Centra (Trenitalia SpA), Pietro Masci (Italian Ministry of Economy and Finance), Giuseppe Di Taranto (Luiss), Edoardo Reviglio (CDP) Mario Sarcinelli (CreditOp-Dexia) and Pasquale Lucio Scandizzo (University of Rome, Tor Vergata). A preliminary version was presented at an international conference in Venice organized by the Long Term Investment Club. Errors and omissions are only my responsibility.

- Adler M. D., Posner E. (2006), "New Foundations of Cost Benefit Analysis", Harvard University Press, Cambridge (MA).
- Akerman B, Alstott A (1999), "The Stakeholder Society", Yale University Press, New Haven.
- Arlsson I. (2007) "Investment and Uncertainty. A Theory-Based Empirical Approach" Oxford Bulletin of Economics and Statistics Vol. 69, Issue 5.
- Balassa B., Chervel M., Prou C (1977), "L'Evaluation des Projets par la Méthode des Effets", Oxford Bulletin, November.
- Bartolome L., Danklmaier C. (2000), "The Experience with Dams and Resettlement in Argentina, National University of Misiones", paper prepared for the World Dam Commission, Capetown.
- Barca F. (2009) "Un'agenda per la riforma della politica di coesione", Ministero dello Sviluppo Economico, Roma
- Berlage L, Renard L. (1985), "The Discount Rate in Cost Benefit Analysis", Oxford Economic Papers, v. 37, n. 4.
- Bateman I (1989), "Modified Discount Method: Some Comments Project Appraisal", v. 6, n. 2.
- Bellinger W. K. (1991), "Multigenerational Value; Modifying the Modified Discount Method Project Appraisal", v. 6 n. 2.
- Beraldo S., Caruso R, Turati G. (2011) "Life is Now! Time Discounting and Crime. Evidence from the Italian Regions 2002-2007), ICER Working Paper n. 18/2011
- Bezzi C. (2003), "Il disegno della ricerca valutativa", Franco Angeli, Milano.
- Bianchi T., Casavola P. (2008), "I Progetti Integrati Territoriali del QCS Obiettivo 1 2000-2006. Teorie, Fatti e Riflessioni sulla Policy per lo Sviluppo Locale Ministero per lo Sviluppo Economico", Dipartimento per le Politiche di Sviluppo.
- Boardman A. E., Greenberg D. H. (1998), "Discounting Factor and the Social Discount Rate", in Thomson F., Green M. T. Handbook of Public Finance, Marcel Drekker, New York.
- Bricenio-Garmendia C., Sarkodie A. (2012) "Spending on Public Infrastructure. A Practitioner's Guide" World Bank Policy Research Working Paper No. 5905
- Centra M. (2005), "Analisi Costi Benefici con Opzioni Reali: Un'Applicazione al Settore dei Trasporti Ferroviari", Rassegna Italiana di Valutazione, v. 9, n. 32.
- Cervigni R., Rubino S., Savastano S. (2006), "Analisi Finanziaria e Grandi Opere: lo Schema Tipo di Piano Economico-Finanziario per l'Attuazione della Legge Obiettivo", Materiali UVAL- Ministero dell'Economia e delle Finanze - Dipartimento per le Politiche di Sviluppo - Unità di Valutazione degli Investimenti Pubblici, Roma.
- Cioffi S., Palombini I, Pennisi G. (2006), "La Valutazione della Transizione da Televisione Analogica a Digitale Terrestre: Lezioni dell'Esperienza", in Bezzi ed altri, Valutazione in Azione, F. Angeli, Milano.
- Chen J. (2010) "An Intuitive Understanding of the Black-Scholes Formulas" Working Paper Series, Social Science Research Network.
- Chervel M. (1995), "L'Evaluation Economique des Projets: Calcul Economique Publics et Planification", Publisud, Paris.

- Chichilnisky G. (2010), "The Costs and Benefits of Benefit-Cost Analysis", Working Paper, Department of Economics, New York.
- Clements K. W (2011) "The Investment Project Pipeline- Cost Escalation, Lead Time, Success, Failure and Speed " Australian Journal of Management Vol 36 No. 3
- Comitato di Amministrazioni Centrali per la Politica di Coesione (2005), "Documento Strategico Preliminare Nazionale: Continuità, Discontinuità, Priorità per la Politica Regionale 2007-2013", Roma.
- Dasgupta P, Margling S, Sen A. (1972), "Guidelines of Project Evaluation", Unido, Vienna.
- Dasgupta O., Mäler K-G, Barret S. (2000), "Intergenerational Equity, Social Discount Rates and Global Warming", revised version a paper with the same title in Portney P, Weyant J (eds.), Discounting and Intergenerational Equity Resources for the Future, Washington.
- De Filippi GH. (2005), "Informazioni, news e valutazione", Rassegna Italiana di Valutazione, v. 9, n. 32.
- De Filippi G., Pennisi G. (2003), "Etat et Nouvelles Responsabilité Sociales dans un Monde Global Editions du Conseil de l'Europe", Strasbourg.
- Di Giacinto V., Micucci G, Montanaro P. (2009), "Dynamic Macroeconomic Effects on Public Capital: Evidence from Regional Italian Data", Temi di Discussione, Banca d'Italia, n. 733.
- Dimitri N. Piga G., Spagnolo G. (2006) "Procurement" Cambridge University Press, London
- Dinwiddy C., Teal F. (1996), "Principles of Cost Benefit Analysis for Developing Countries", Cambridge University Press, Cambridge (MA).
- Dixit A. K., Pindyck R. S. (1994), "Investment Under Uncertainty", Princeton University Press, Princeton (NJ).
- Edler J., Berger M., Dinges M., Gok A. (2011) "The Practice of Evaluation in Innovation Policy in Europe" Manchester Business School Research Paper No. 626
- Ennis S. F, Ghosal V. (2010), "Global initiatives in Reforming Rules and Regulations Paris", OEC.D. (processed- about to be published).
- European Commission (2009), "Impact Assessment Guidelines" (SEC (2009)92).
- European Union Regional Policy (2010), "Modeling the Policy Instruments by the EU Cohesion Policy", European Commission, Bruxelles
- Esty B, Sesia A. (2010), "An Overview of Project Finance and Infrastructure Finance", Harvard Business School Finance Unit, HBS Case n. 210-061.
- Fanciullacci D., Guelfi C., Pennisi G. (1991), "Valutare lo Sviluppo", F. Angeli, Milano.
- Ferrara A. (2010), "Cost Benefit Analysis of Multi-Level Government. The Case of EU Cohesion Policy and of the US Federal Investment Policies", Routledge, London.
- Florio M. (2006), "Cost-Benefit Analysis and the European Union Cohesion Fund: On the Social Cost of Capital and Labour", Regional Studies, v. 40.
- Gallardo F., Amaral T. Perez (2010), "Business Regulation on New Access Generation Networks: An Approach to the Spanish Case using Real Options",

- Facultad de Economicas Y Empresariales Computenses, University of Madrid, Working Paper, Madrid.
- Glachant J., Lorenzi J-H., Quinet A., Trainar P. (2010), "Investissements et Investissements de long terme", Conseil de'Analyse Economique, La Documentation Française.
- Gollier C., Weitzman M. (2008), "How Should Distant Future Be Discounted When Discount Rates are Uncertain", CESifo Working Paper, n. 2868.
- Gollier C., Koundouri Ph, Pantelidis Th. (2008) "Declining Discount Rates: Economic Justification and Implication for Long-Run Policy" *Economic Policy* Vol. 23, Issue 56
- Leitfinck P, Sadove P., Creyke T. (1968-69), "Water and Power Resources in West Pakistan- A Study in Sector Planning", Johns Hopkins University Press, Baltimore.
- Little I. M. D, Mirlees J (1974), "Project Appraisal and Planning for Developing Countries", Heinemann, London.
- Livingstone I, Tribe M. A. (1995), "Projects with Long Time Horizons: Their Economic Appraisal and the Discount Rate", *Project Appraisal*, v. 10, n. 2.
- Hahn R, Tetlock P. (2008), "Has Economic Analysis Improved Regulatory Decisions?", Working Paper, AEI-Brookings Joint Center, n. 07-08.
- Hardisty D. J., Thompson K., Krantz D., Weber E. (2011) "How to Measure Discount Rates? An Experimental Comparison of Three Methods", Columbia Business School.
- He Zh, Li S., Wei B., Yu J (2012) "Uncertainty, Risk, and Incentives: Theory and Evidence" Federal Reserve System.
- Heckman J. J. (2010), "Building Bridges between Structural and Program Evaluation Approaches to Evaluating Policy", *Journal of Economic Literature*, v. XLVIII, n. 2.
- King B. (1982), "What is a SAM; a Layman's Guide to Social Accounting Matrixes", The World Bank, Washington D. C.
- Knight, F. (2002), "Risk, Uncertainty and Profit", Beard Books Washington D. C.
- Knowles, R., Shaw, J., Docherty, I. (2008), "Transport Geographies. Mobilities, Flows and Spaces", Blackwell Publishing.
- Kula E. (1988), "Future Generations: the Modified Discount Factor", *Project Appraisal*, v. 3, n. 2.
- Kula E. (1989), "Modified Discounting Method: Erhon Kula's Rejoinder", *Project Appraisal*, v. 4, n. 2.
- Knudsen O. K., Scandizzo L. P. (2005), "The Artful Face of Uncertainty:; How to Manage Oppprtunities and Threats", World Bank EDS Research Working Paper, Washington D. C.
- Magni C. A. (2011) "A Sum & Discount Method of Appraising Firms- An Illustrative Example" University of Modena and Reggio Emilia Working Papers
- Marks S. G. (2012) "Valuing the Future: Intergenerational Discounting, its problems and a modest proposal" Boston University School of Law Working Paper No. 11-12
- Masci P. (1999), "Quantifying the Value of Flexibility", *IFM Bulletin*, Inter-American Development Bank, Washington D. C., v. 5, n. 1.

Minard C. -J. (1840), "Lezioni fatte sulle strade di ferro nel 1833-1834 alla Scuola di ponti e strade. Prima versione italiana, corredata di note ed aggiunte, e di un'appendice Sulla strada di ferro da Napoli a Nocera e Castellammare", Stefano Mililotti, Napoli, dalla Stamperia e cartiera del Fibreno.

Mitra-Kahn B. H. (2008), "Debunking the Myths of Computable General Equilibrium Models", SCEPA Working Paper, v. 1.

Merton R. K., Barber E (2003), "The Travels and Adventures of Serendipity: A Study in Sociological Semantics and the Sociology of Science", Princeton University Press, Princeton (NJ).

Moszoro M. (2010), "Efficient Public-Private Partnerships", Berkely, IESE Business School (processed, being published).

Moszoro, M; Krzyzanowska M. (2010), "Implementing Public-Private Partnerships in Municipalities", Berkely, IESE Business School (processed, being published).

Nassim, N. T., (2007), "The Black Swan: The Impact of the Highly Improbable", New York Random House.

North D (1990), "Istituzioni, Cambiamento Istituzionale, Evoluzione dell'Economia", Il Mulino, Bologna.

Pennisi G. (1989), "Economic Appraisal of Environment Projects. Many Certainties and a Few Uncertainties", *Economia delle Scelte Pubbliche - Journal of Public Finance and Public Choice*, n. 1.

Pennisi G. (1991), "Economic Analysis of Vocational Training in a Decentralized Setting", International Labor Office, Geneva-Turin.

Pennisi G. (2006), « Analyse Economique de la Formation en Gestion Publique: Approche Basée sur les Options Réelles », *Revue Internationale des Sciences Administratives*, v. 72, n. 3.

Pennisi G. (2008), "Quaranta Anni di Valutazione delle politiche e degli Investimenti Pubblici: Lezione dell'Esperienza", *Rassegna Italiana di Valutazione*, v. XII, n. 40.

Pennisi G. (2010), "La Valutazione Economica dei Sistemi Educativi e Formativi", *Rassegna Italiana di Valutazione*, v. XIV, n. 46.

Pennisi G, Scandizzo P. L. (1985, 1991), "Tecniche di Valutazione degli Investimenti Pubblici", Ministero del Bilancio e della Programmazione Economica, Zecca e Poligrafico dello Stato, Roma.

Pennisi G., Scandizzo P. L. (2003), "Valutare l'Incertezza- L'analisi costi benefici nel XXI secolo", Giappichelli, Torino.

Pennisi G. Scandizzo P. L. (2006), "Economic Evaluation in an Age of Uncertainty Evaluation", v. 12, n. 1.

Pertile P. (2009), An Extension of the Real Option Approach to the Evaluation of Health Care Technologies; the Case of Position Emission Tomography IHAA 2007 6th World Congress. Exploration in Health Economics Papers, University of Verona.

Picciotto R. (1999), "Towards an Economics of Evaluation", *Evaluation*, v. 5, n. 1.

Portney P, Weyant J (eds)., "Discounting and Intergenerational Equity Resources for the Future", Washington, D. C.

- Pyatt G, Round J. I (1988), "Social Accounting Matrix. a Basis for Planning", The World Bank, Washington D. C.
- Rawls J. (1971), "A Theory of Justice", Harvard University Press, Cambridge (MA).
- Sammut J."Project Finance: Fundamental Elements and Critical Issues" (2011) Swiss Management Center University, Social Science Researc Network.
- Scarborough H. (2011) "Intergenerational Equity and the Social Discount Rate", Australian Journal of Agricultural and Resource Economics Vol. 55 No. 2
- Schwindt R., Vining A, Globerman S. (2001), "Net Loss: a Cost Benefit Analysis of the Canadian Pacific Salmon Fishery", Journal of Analysis and Management, V. 3, n. 3.
- Sen A. (1997a), "Choice, Welfare and Measurament", Harvard University Press, Cambridge (MA).
- Sen A. (1977b), "The Discipline of Cost Benefit Analysis", Journal of Legal Studies, v. 29, n. 2.
- Smit H. T. J. (2003), Infrastructure Investment as a Real Option Game: the Case of European Airport Expansion, Financial Management (Winter).
- Sunstein C. S. (2011) "Irreversibility" Oxford University Press, London
- Squire L., Van der Tak H. (1992), "Economic Analysis of Projects", Johns Hopkins University Press, Baltimore.
- Stame N. (1998), "L'Esperienza della Valutazione", Rome, Seam.
- Stark O. (1995), "Altruism and Beyond: An Economic Analysis of Transfers and Exchanges Between Families and Groups", Cambridge University Press, Cambridge (MA).
- Stout L. (2004), "On the Nature of Corporations", Law-Economic Research Paper 13, UCLA School of Law Los Angeles
- Thompson K. J. (1991), "Future Generations: the Modified Discount Method Revised", Project Appraisal, v. 3, n. 3.
- Yaffey M (1997), "Modified Discount Method Revised", Project Appraisal, v. 12, n. 2.
- Yifu Lin J. Doemeland D. (2012) "Beyond Keynesianism: Global Infrastructure Investment in Time of Crisis", World Bank Policy Research Working Paper No. 5940
- US Office of Management and Budget (1992), "Guidelines and Discount Rate for Benefit Cost Analysis of Federal Programs" – Circular A 94 Washington D. C.
- Wang M., Rieger M. O., Hens Th (2009), "How Time Preference Differ: Evidence from 45 Countries", Swiss Finance Institute Research Paper, n. 09-47.
- Williamson O. E. (2000), "The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking Ahead", Journal of Economic Literature, v. 38, n. 3.
- Wong S-K,. Wing-Chau K, C-Y Edward Yiu, M. K. W. Yu, (2008), "International Discounting: a Case from Hong Kong", Habitat International, v. 32, n. 3.
- World Bank (1997), "Large Dams: Learning from the Past, Looking at the Future", Washington D. C.

World Bank (2005), Influential Evaluation Detailed Case Studies Operation Evaluation Department, Washington D. C.

World Bank-IEG (2010), "Cost Benefit Analysis in World Bank Projects", Washington D. C.

Zamagni S (2007), "L'economia del bene comune", Città Nuova, Roma

Xia B. (2011) "A Simple Explanation of Some Key Time Preference Anomalies", Canadian Journal of Economics Vol. 44 Issue 2

Abbreviations

CDC Cassa Depositi e Prestiti

CGEEM Computable General Economic Equilibrium Model

DVB-T Digital Video Broadcasting

EU European Union

EC European Commission

FIIR Financial Internal Rate of Return

LTIs Long-Term Investments

LTIC Long Term Investments Club

MB Mediterranean Basin

MV Multigenerational Value

MDM Modified Discount Method

OECD. Organization for Economic Cooperation and Development

SAM Social Accounting Matrix

UNIDO United Nations Industrial Development Organisation

Beauty rules: La responsabilità per la circolazione giuridica dei cosmetici alla luce del Reg. 1223/2009 [1]

di

Maria Cecilia Paglietti

Sommario: 1. Il diritto dei cosmetici nella prospettiva del diritto dei consumatori. - 2. Fattispecie generatrici di responsabilità da prodotto cosmetico. - 3. I “cosmeceutici” e le esclusioni della responsabilità per il rischio da sviluppo. - 4. Disciplina delle prove nel sistema europeo e in quello interno. - 5. In Italia.

1. Il diritto dei cosmetici nella prospettiva del diritto dei consumatori.

Una riflessione che abbia ad oggetto la responsabilità derivante dalla circolazione giuridica dei cosmetici (così come definiti dall’art. 2, comma 1, lett. a) [2] del Reg. 1223/2009 [3]), e le controversie che conseguentemente potrebbero scaturirne, necessita di alcune precisazioni preliminari, in primo luogo circa l’angolo di visuale dal quale s’intende muovere l’analisi.

La prospettiva sarà circoscritta ai rapporti contrattuali che vedono come parte il consumatore contrapposto al professionista, lasciando dunque fuori l’ampia parte di contratti e relative potenziali liti che possono insorgere tra professionisti, quali ad esempio nei casi di violazione di segreto industriale e distribuzione selettiva. Si pensi, incidentalmente, alla recente sentenza della Corte di giustizia, C-439/09, Pierre Fabre, nella quale si affrontano i temi della distribuzione selettiva e della vendita online [4].

L’analisi presenta inoltre un presupposto e un filo conduttore.

Il presupposto sottende l’adesione alla recente impostazione dottrinale che ritiene di poter rinvenire, nella frastagliata produzione normativa e giurisprudenziale interna e comunitaria, la formazione di un diritto processuale dei consumatori, inteso come la tendenza alla creazione di un sistema di regole processuali-procedimentali specifiche per il consumatore [5].

Posto che cifra caratteristica del diritto postmoderno è il polimorfismo, può ritenersi un dato acquisito che questo si sia tradotto, sul fronte contrattuale, nella frammentazione dell’unitarietà del contratto e nel proliferare di diversi (e nuovi) paradigmi contrattuali che seguono regole operazionali specifiche e differenti tra loro, accomunate dall’intento di garantire la più efficiente e funzionale regolazione del mercato [6].

Specularmente, sul piano processuale, si fanno largo delle disposizioni e degli orientamenti giurisprudenziali che, in nome della tutela del consumatore, derogano ai principi in tema di onere della prova, di competenza giurisdizionale, territoriale – derogabile o esclusiva – oppure modulano i poteri del giudice in modo che egli agisca d’ufficio, ma solo

nell'interesse del consumatore. Queste norme appaiono volte a colmare lo scarto tra le previsioni legislative tradizionali e la condizione di debolezza del consumatore nell'ambito del processo.

L'accoglimento delle premesse culturali e politiche che hanno minato il concetto di un unico, uniforme ed astratto soggetto di diritto in luogo di una pluralità di micro-sistemi ha implicato dunque una tendenza verso il particolarismo delle discipline che inerisce non solo il piano sostanziale ma anche quello processuale.

Il processo, dunque, ripropone le medesime dinamiche del rapporto sostanziale, così come le scelte di policy riposano sulla medesima constatazione dell'asimmetria di potere tra le parti.

Entrambi risolvono lo sbilanciamento di poteri, riconoscendo una normativa di favore in base alla qualifica soggettiva dei contraenti (statuti di gruppi [7] regolati da principi comuni di settore, i quali a loro volta danno origine a microsistemi governati da una "parte generale" [8]), tale per cui pare che la crisi del principio dell'uguaglianza dei soggetti non riguardi ormai più solo il diritto privato, e che alla «disuguaglianza sostanziale fra le parti» simmetricamente corrisponda in ambito processuale una «disuguaglianza legale» [9]. Così le regole che governano il processo devono confrontarsi con le tematiche della biforcazione di disciplina in ragione della qualità dei soggetti e con il processo di decodificazione cui la frantumazione della disciplina dà luogo [10].

Il filo conduttore è dato dall'adozione della effective doctrine, il perseguimento della quale avviene tramite l'adesione, da parte dell'Unione, alla c. d. strategia rimediabile [11].

Elevata l'effettività della tutela a canone principale e fine ultimo nell'edificazione del mercato unico -ora anche nei termini dell'orizzontalità- si ritiene che un sistema giurisdizionale di tutela dei diritti debba tendere ad assicurare un insieme irrinunciabile di garanzie quali una completa, adeguata ed efficace tutela [12]. Svoltata in questi termini l'effettività della tutela civile dei consumatori viene sinteticamente racchiusa nell'espressione «equality of the arms» [13], la quale ricomprende tanto i profili inerenti il problema del giusto processo, tanto quelli, frutto di una (nuova) prospettiva rimediabile [14], che richiedono una tutela giurisdizionale differenziata [15].

2. Fattispecie generatrici di responsabilità da prodotto cosmetico.

Una prospettiva che contempi questi due dati (diritto processuale dei consumatori e prospettiva rimediabile) giustifica e conferisce senso al tentativo di analizzare unitariamente alcune questioni relative alla soluzione dei conflitti sorti tra consumatore e professionista parti di in un contratto relativo ai cosmetici.

Preliminarmente è opportuno svolgere una giustificazione circa l'ascrivibilità delle "liti cosmetiche" a quelle sui danni da prodotto difettoso e la sua ricaduta nell'ambito della loro risoluzione, dal momento che le liti

cosmetiche non costituiscono, quanto meno a prima vista, un genus di liti particolare.

Quanto al profilo dei danni le scelte regolatorie si articolano tanto sul piano del ristoro quanto su quello delle misure volte ad evitare il danno. La scelta della prima ora, moderna e significativa, ha riguardato l'inserimento di elenchi, poi significativamente ampliati, di ingredienti autorizzati e non (cosiddette liste positive -elenchi che indicano le sostanze consentite - e negative - elenchi di ingredienti vietati, che pongono dunque un limite negativo all'imprenditore di sostanze proibite) [16].

Posto che la disciplina contenuta nel Regolamento, che riunisce in sé la richiesta di requisiti di sicurezza e di conformità del prodotto, colloca la disciplina lungo il crinale del confine tra responsabilità per i prodotti difettosi (fermo il richiamo al principio di precauzione [17]) e quello per la conformità alla previsione del contratto (premesse che l'affermazione viene fatta senza voler prendere parte al dibattito apertosi nella dottrina italiana sul concetto di bene e oggetto della compravendita) [18], un primo dato empirico va preliminarmente posto in evidenza: le liti cosmetiche si presentano numericamente molto contenute, per una serie di ragioni agevolmente identificabili.

Intanto, perché la struttura contrattuale del contratto di vendita di cosmetici ha ad oggetto un bene sulle cui qualità non l'acquirente non può effettuare un riscontro immediato. La non verificabilità che le caratteristiche asserite corrispondano a quelle effettivamente presenti nel prodotto (in ordine sia alla composizione che agli effetti: in questo senso si rinviene copiosa giurisprudenza sul c. d. "effetto Lifting" e le "Anti-wrinkle creams") espone l'acquirente ad una sfasatura tra quanto promesso e quanto acquistato (ossia tra oggetto della previsione e oggetto della prestazione) che non gli consente una verifica immediata. È solo in un momento successivo all'acquisto - nonché dopo un utilizzo reiterato- che l'acquirente potrà eventualmente verificare se il prodotto rispetta le caratteristiche descritte. Tuttavia, salvi i casi in cui la difformità o il difetto siano fonte di un danno alla salute, il consumatore, posto di fronte ad un micro-inadempimento, non sarà indotto ad instaurare una lite, la quale importerebbe dei costi proporzionati rispetto al valore della controversia stessa. La reazione del consumatore all'inadempimento sarebbe quella, piuttosto, di non acquistare nuovamente il prodotto e, specularmente, la perdita di fiducia verso l'industria produttrice.

La ripetitività di questo comportamento dei consumatori è talmente elevata che gli studi di analisi economica hanno evidenziato come nel settore cosmetico un ruolo "regolatorio" particolarmente significativo viene demandato alla reputazione. A ben vedere, infatti, il settore dei cosmetici risente, più di altri, della rilevanza della reputazione sia nel senso costruttivo di elemento determinante nell'acquisizione di un vantaggio competitivo, sia nel senso sanzionatorio -ed opposto- di veicolo di diffusione di notizie screditanti (ad es. sul difetto riscontrato di un prodotto o, con prospettiva più ampia, sull'affidabilità dell'impresa) [19].

Il sistema nord-americano, a differenza dell'Europa, per un verso utilizza in modo assai contenuto le liste positive e negative (essendo proibita una

ristrettissima cerchia di ingredienti -al contrario di ciò che avviene in Europa), dall'altro ha sviluppato un amplissimo ricorso alla self-regulation [20], con una scelta regolatoria in buona parte delegata a procedure di collaborazione tra gli organi istituzionali preposti alla vigilanza (FDA) e le case cosmetiche, le quali non sono mai obbligatorie ma volontarie e sono divenute una delle fonti principali del diritto dei cosmetici americano, alle quali i produttori si attengono in considerazioni di profili reputazionali, considerati decisivi nell'influenzare le scelte del consumatore [21].

Poste queste premesse d'indole generale, va altresì specificato che l'esiguità delle liti cosmetiche costituisce, tuttavia, un dato con ogni probabilità destinato a cambiare, per tre ordini di ragioni: in primo luogo, per l'esistenza di una nuova regolazione: in Europa, il Reg. 1223/2009, approntando una disciplina più puntuale, costituirà un filtro a maglie strette in grado di far incorrere in inadempimenti i soggetti destinatari.

In secondo luogo, va rilevato un mutamento della percezione sociale sulla potenziale nocività del prodotto cosmetico. L'acquisizione della consapevolezza, nell'ambito della coscienza sociale, che i cosmetici possano essere prodotti non sempre innocui, segue un percorso che parte da lontano, essenzialmente ricollegabile a degli episodi traumatici che hanno posto in evidenza il carattere potenzialmente dannoso dei prodotti in discorso. In America del nord si ricorda il famoso caso Lash Lure del 1933 in America del Nord (dove l'utilizzatrice di un mascara è rimasta accecata) [22] mentre in Europa quello tragico del Talc Morhange, nel 1972 (a causa del quale, a seguito della somministrazione di un talco per neonati, 145 bambini si sono ammalati e 40 lattanti sono morti) [23].

L'ultimo fattore inerisce al prodotto: l'immissione sul mercato di prodotti di nuova generazione, border-line in quanto collocabili nell'area grigia tra farmaci e cosmetici (cosiddetti cosmeceutici [24]). pone e porrà in misura sempre maggiore il problema della loro sicurezza. Questi prodotti, caratterizzati da un elevato grado di tecnicità ottengono un risultato intermedio tra estetica e terapia, rappresentano il risultato di ricerche su nanotecnologie [25], cellule staminali, ormoni e DNA, e costituiscono prodotti «attivi», che, pur essendo destinati alle parti superficiali del corpo, inducono una risposta biologica nell'organismo [26], soddisfacendo solo apparentemente il requisito della destinazione superficiale. Il legislatore comunitario, pur consapevole del problema [27] (che costituisce il principale oggetto del dibattito giuridico sui cosmetici) ha scelto di non creare, come in realtà da più parti suggerito [28], un tertium genus di prodotti detti cosmeceutici [29].

3. I “cosmeceutici” e le esclusioni della responsabilità per il rischio da sviluppo.

In assenza di verifiche sulla loro sicurezza a lungo termine e di riscontri scientifici sulla loro efficacia, l'immissione nel mercato di questi prodotti sviluppa nuovi interrogativi, primo fra tutti se si tratti sempre di prodotti

cosmetici e se la sicurezza del consumatore sia non maggiormente garantita ricorrendo alla qualificazione di medicinali (riservandone la vendita, come immediata protezione per l'utilizzatore, alle farmacie).

L'esempio paradigmatico delle criticità di cui sopra è rappresentato dagli antirughe, segmento di prodotti peraltro economicamente estremamente rilevante, con una produzione che raddoppia ogni anno [30].

Dubbia è, in primo luogo, la loro efficacia, su cui non vi è piena concordia scientifica, e che comunque non può essere che temporanea [31]; dubbia è anche la sicurezza la quale, considerata l'estrema complessità delle composizioni, non è facilmente verificabile soprattutto a lungo termine.

Dal punto di vista giuridico il problema si traduce nella difficoltà della prova del nesso causale [32] (tra danno e composizione) così come avvenuto nella vicenda degli acidi alfa idrogenati di cui si è appurata la tossicità solo dopo il loro massiccio impiego sul mercato [33].

Il tema della responsabilità del comportamento dell'impresa implica, in questo campo, che essa sia regolata tenendo in debita considerazione la probabile evoluzione dei «fatti nuovi» [34], ossia fatti generatori di responsabilità riconducibili alle ipotesi di sviluppo tecnologico [35].

Emergendo un inevitabile profilo di tutela della salute, le regole della responsabilità verranno influenzate dal principio di precauzione [36]. La linea di policy si congiunge qui con l'intento preventivo piuttosto che rimediabile [37] e, aprendo al dibattito sulla funzione deterrente della responsabilità civile (la quale a sua volta può essere utilizzata in modo appagante solo se esercitata collettivamente) [38], fa emergere la tensione sottesa alla disciplina dei cosmetici: la scelta tra responsabilità civile e regolamentazione amministrativa.

Nella scelta tra i modelli di regolazione svolge un ruolo fondamentale la variabile della percezione del rischio: essa, infatti, già contenuta per tradizione, viene mantenuta a livelli molto bassi dall'erronea convinzione dei consumatori che la presenza di un prodotto sul mercato sia garanzia della sua comprovata sicurezza [39]: (questo vale con maggior vigore per i cosmetici venduti in farmacia). La considerazione, poi, della natura essenzialmente omogenea del rischio derivante da un cosmetico viziato, la quale non subisce variazioni significative a seconda dei destinatari [40] fa emergere una categoria unitaria di consumatore di cosmetici che consente, in termini regolatori, di approntare una disciplina unitaria e non differenziata. Del resto, lo stesso inventore della categoria dei cosmeceutici, aveva rilevato come anche un phd alla Harvard Law School avrebbe avuto difficoltà (se non essere impossibilitato) ad intuire la potenziale dannosità o meno del prodotto.

4. Disciplina delle prove nel sistema europeo e in quello interno.

È un dato acquisito nel dibattito giuridico che la tutela dei soggetti deboli (nel caso specifico, del consumatore) si svolga anche attraverso una speciale ripartizione degli oneri probatori [41].

Il legislatore europeo non ha approntato una disciplina generale sulla distribuzione dell'onere probatorio nei contratti dei consumatori di guisa che essa viene regolata dalle norme del diritto comune contenute nei codici [42], salva la previsione di specifiche disposizioni relative a tipologie contrattuali/fattispecie speciali [43]. La circostanza, infatti, che il diritto delle prove sia uno degli ambiti più ostici del diritto civile/processuale, ha costituito senza dubbio un ostacolo nel senso dell'adozione di regole comuni [44].

Possono tuttavia individuarsi alcune regole comuni agli Stati membri sulla ripartizione dell'onere probatorio, tra le quali primariamente il principio dell'actor incumbit probatio. Eccezioni da esso sono state introdotte allo scopo di prevedere una distribuzione dell'onere probatorio adeguata alle circostanze, essenzialmente per conseguire due risultati: facilitare l'accertamento dei fatti assegnando l'onere della prova al soggetto che si trova nella posizione migliore per soddisfarlo; tutelare la parte debole del rapporto, o comunque di quella che incontra le maggiori difficoltà di prova (soprattutto quando sono limitate le possibili prove contrarie) [45].

La crucialità delle regole di ripartizione degli oneri probatori sull'esito della controversia e la circostanza che, nella materia specifica della responsabilità per danno da prodotti difettosi, l'art. 4 Dir. 84/375 non preveda né presunzioni né inversioni dell'onere della prova [46], attribuendo al consumatore l'onere di provare l'esistenza del danno, il carattere difettoso del prodotto e un legame di causa/effetto fra il danno subito e il difetto [47], confliggono con le condivise linee di policy degli ordinamenti interni e di quello europeo rispetto alla debolezza processuale in cui versa il consumatore. Gli studi su una possibile riforma della Dir. Ce 85/374, elaborati dagli organi dell'Unione europea, suggeriscono infatti la possibilità di introdurre una presunzione di causalità quando sono fornite le prime due prove (difetto e danno), o di stabilire una percentuale di probabilità necessaria per dimostrare il nesso causale [48].

Nei termini attuali, il dibattito circa l'allocazione degli oneri probatori si svolge nel segno del necessario perseguimento del balance between producers' interests and consumer interests [49], dove tuttavia l'affermato balance viene differentemente inteso dai protagonisti del rapporto di consumo: i consumatori sostengono la necessaria introduzione di un'inversione legislativa dell'onere della prova per assicurare l'effettivo equilibrio [50] e la parità di mezzi [51] difensivi; mentre i produttori (assieme agli assicuratori), paventano, sul piano economico-pratico, che un ammorbidimento delle regole sull'onere probatorio, rischi di aumentare la litigiosità dei consumatori (i quali potrebbero essere incentivati ad accedere alla giustizia anche nelle ipotesi di danni molto contenuti) e dunque ritengono che il requisito della prova del nesso causale tra il danno e la difettosità del prodotto è l'unico mezzo per garantire il balance between producers' interests and consumer interests [52].

Nessuno degli Stati membri, nel recepimento della Dir. 85/374 si è spinto fino alla previsione esplicita di una totale inversione dell'onere della prova. Tuttavia, data l'ampiezza della previsione e la sicura possibilità, in tutti gli

ordinamenti interni, di ricorrere alle presunzioni giudiziali, un ruolo essenziale svolge la giurisprudenza nella ripartizione degli oneri probatori [53]. Sul piano politico-culturale si registra «a certain preparedness in the courts to ease the burden of proof» [54].

Si è dunque evidenziata una traiettoria comune degli ordinamenti interni volta ad alleviare il carico probatorio che incombe sul consumatore, introducendo un c. d. «“half” reversal of burden of proof» [55]: intendendosi per tale la circostanza che nel caso vengano dimostrati, alternativamente, il nesso causale o la colpa, l'elemento di cui manca la prova (causa o colpa) è presunto.

5. In Italia.

In Italia, in cui la disciplina dell'onere della prova in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi è contenuta nell'art. 120 Cod. cons. (ex art. 8 d. p. r. 224/88, il quale a sua volta ricalcava l'art. 4 Dir. 85/374) il cui criterio interpretativo adottato nelle sentenze è quello, anche in ambito probatorio, di facilitare il danneggiato.

La norma ricalca la distribuzione dell'onere probatorio prevista dall'art. 1218 c. c. stabilendo che, una volta provato il danno, il difetto e la connessione causale tra difetto e danno, il danneggiato non debba provare (come invece dovrebbe secondo la regola generale valevole nel campo extracontrattuale) anche la colpa del fabbricante.

La giurisprudenza in ossequio alla ratio protettiva del consumatore sottesa alla Dir. 85/374 e ai successivi recepimenti legislativi, è giunta all'elaborazione di un criterio di riparto degli oneri probatori che differenzia a seconda dell'oggetto su cui insiste la prova. Nell'intento di bilanciare l'onus probandi tra le parti, la prova riguardante la clausola di sicurezza viene fatta oggetto di un giudizio autonomo rispetto a quello di verifica del danno [56]. La necessità, logica prima ancora che giuridica [57] di alleggerire il consumatore sul piano probatorio, induce la giurisprudenza a ricorrere allo strumento delle presunzioni [58], relativamente all'esistenza del difetto nel caso in cui il danneggiato provi il danno e l'assenza di un uso anomalo: la presunzione opera dunque sul piano dell'accertamento della causa del danno sofferto, coprendo persino le ipotesi in cui non si sia riuscito a superare il livello della probabilità [59].

Si distingue, dunque, tra la prova del danno e del nesso causale che, in virtù del principio di vicinanza della prova [60], spetta al consumatore, dalla prova del difetto (costituente il momento più delicato della disciplina della responsabilità da prodotto, manifestandosi al di fuori della sua sfera di competenza) che incombe sul professionista [61].

Tali esiti, tuttavia, giungono solo alla conclusione di un travagliato percorso che ha visto protagonista la giurisprudenza, che con le sue oscillazioni ha dimostrato la difficoltà di un inquadramento unitario della tematica, giungendo talora a risultati di segno opposto.

La prima pronuncia (c. d. caso Wella), in materia di prodotti tricologici, riguardava il caso di un consumatore che aveva riportato lesioni a seguito di un'anomala reazione allergica alla tintura per capelli [62].

La S. C. aveva respinto il ricorso muovendo da un'applicazione letterale dell'art. 8 d. p. r 224/1998 e addossando al consumatore la prova della dannosità per la (propria) salute (a causa dell'utilizzo di componenti chimici nella tintura. Va per inciso ricordato che i prodotti tricologici sono tra i più incriminati, si pensi che in America del nord è infatti prevista sul piano normativo, una disciplina speciale per i coloranti (sin dagli anni 60) [63], i quali non possono essere utilizzati quand'anche la loro correlazione con forme tumorali sia assai remota (c. d. Delaney Clause) [64].

Il consumatore veniva dunque onerato di provare il danno, il nesso di causalità e il difetto ritenendosi in particolare che, ove si tratti di prodotto cosmetico, è esclusa la responsabilità del produttore in presenza di anormali condizioni di utilizzo; l'inusuale reattività del danneggiato veniva in questo caso considerata circostanza anomala determinante un impiego anomalo del prodotto.

Sempre nel 2007, a soli sei mesi di distanza, interviene un'altra statuizione, di segno opposto, che pare aver fatto tesoro delle numerose critiche che si sono levate a seguito del caso Wella.

Il caso di specie era stato promosso da una paziente nei confronti della società produttrice della protesi mammaria impiantata a seguito dell'asportazione chirurgica di un seno la quale si era improvvisamente svuotata, il cui contenuto si era diffuso nei tessuti circostanti, obbligando al paziente a sottoporsi ad ulteriori operazioni [65].

La Corte aveva in questo caso escluso, all'opposto, che l'attrice fosse onerata della prova che la protesi fosse difettosa fin dal momento del suo impianto, affermando, da un lato, che siffatta prova dovesse al contrario gravare sul convenuto e, dall'altro, che il prodotto doveva considerarsi difettoso quando non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere.

Recentemente, tra le due opposte soluzioni che gravano sempre o mai il consumatore della prova delle difettosità, si colloca in posizione intermedia una pronuncia in materia di filtri solari, la quale accoglie in parte tanto le argomentazioni dell'una quanto quelle dell'altra sentenza.

A seguito dell'esposizione solare per alcune ore, l'utilizzatrice di un "gel superabbronzante rapido" riportava ustioni di secondo e terzo grado, un ricovero di una settimana e postumi permanenti. Sebbene il prodotto indicasse l'assenza di filtro, l'attrice non aveva applicato alcuna protezione solare [66].

La decisione della S. C. è di stabilire una presunzione di responsabilità a carico del produttore a condizione che il prodotto risulti utilizzato in condizioni di impiego normale (ossia in linea con le caratteristiche del prodotto e le istruzioni fornite dal produttore), ponendo dunque in correlazione diretta la garanzia e le normali condizioni di utilizzo, ed escludendo che la mera sussistenza del danno sia idonea a provare la pericolosità del prodotto.

Secondo il principio enunciato, i prodotti cosmetici devono circolare senza arrecare danni alla salute ma non è tuttavia richiesta la più assoluta

innocuità, nel senso di escludere l'esistenza di una responsabilità oggettiva assoluta in quanto esclusivamente legata alla prova del nesso di causalità tra il danno e l'utilizzazione del prodotto. Tramite il richiamo all'art. 5 d. p. r. 224/1988, la Corte stabilisce il principio per non ogni prodotto insicuro è un prodotto difettoso, ma lo è ogni prodotto il quale non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere, creando dunque una relazione tra le normali condizioni di utilizzo e la clausola di sicurezza, la quale viene esclusa nel caso di condizioni anomale (quali l'abuso, l'uso non consentito e le circostanze anomale, benché non imputabili al consumatore).

La ricostruzione è conforme all'impostazione americana che, allo scopo di rafforzare la sicurezza dei consumatori, stabilisce che la responsabilità sia governata dal principio della risarcibilità solo del danno prevedibile [67] e la singola reazione avversa se da un lato è insufficiente a marciare di difettosità il prodotto, dall'altra porrà dei quesiti in tema di nesso di causalità, nel senso del necessario accertamento che la causa della lesione dipenda dal prodotto di per sé o dalla reazione abnorme del danneggiato [68]). Laddove l'obbligo di informazione (di danni prevedibili) sia correttamente adempiuto e il consumatore negligenemente non avesse acquisito le informazioni fornite, il produttore sarebbe esonerato dalla responsabilità in caso di danno [69]. Così nel nord America la presenza di un'adequate warning configura una presunzione di conoscenza del consumatore [70].

Così, nel valutare il caso di una donna che aveva subito delle ustioni per via della fiammata di uno smalto applicato vicino ad un accendino, la corte ha accolto la domanda dell'attrice reputando insufficienti le avvertenze sull'infiammabilità del prodotto [71]; al contrario, invece, è stata rigettata la richiesta di risarcimento per una grave allergia causata da un lisciante per capelli, ritenendo la corte che le istruzioni predisposte fossero adeguate (prescrivendo, tra le altre cose, il test del cuoi capelluto prima dell'utilizzo) [72]. (Gli stessi problemi interpretativi sono posti dalle diciture che rinviano a doctors brands o all'utilizzo della qualifica "naturale").

All'esito di questa rapida panoramica, si può dunque così sintetizzare l'atteggiamento ricostruttivo della giurisprudenza in materia di "cosmetici difettosi": si configura una presunzione del difetto nel caso in cui il danneggiato provi l'esistenza di un danno derivante materialmente dal prodotto e si possa escludere un uso anomalo ed improprio non prevedibile da parte dell'utente [73].

Questa ricostruzione interpretativa, che vede allineate giurisprudenza e dottrina [74], forza in qualche misura il dato normativo, la cui una rigorosa interpretazione letterale avrebbe condotto a porre a carico del danneggiato il rischio derivante da cause ignote [75], in ragione di una disciplina più agevole sul piano processuale e maggiormente protettiva su quello processuale [76].

Un ulteriore conforto sul piano processuale per il consumatore potrebbe rinvenirsi in una specifica qualificazione della produzione di cosmetici.

In particolare, pacifica l'ascrizione alla responsabilità da prodotto difettoso, ci si può domandare, sul piano interno, se la produzione e la vendita di

cosmetici possano essere considerate attività pericolose ai sensi dell'art. 2050 c. c. posto che, in base alle linee interpretative interne, la pericolosità deve essere intrinseca e classificata in base ad una valutazione empirica. Nel caso la circolazione giuridica dei cosmetici venisse considerata attività pericolosa, il danneggiato potrebbe godere di un regime probatorio ancora più favorevole: dovrebbe, infatti, semplicemente dimostrare il nesso di causalità tra il prodotto e il danno mentre incomberebbe al danneggiante fornire la prova, positiva, dell'adozione di tutte le misure idonee ad evitare il danno e quella negativa di non aver violato alcuna norma.

Note:

[*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[1] Si tratta della relazione, con l'aggiunta del necessario apparato di note, presentata al convegno *Il diritto dei cosmetici. Regolazione responsabilità, bio-etica*, svoltosi il presso il presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre il 28 gennaio 2014.

[2] Ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. a) s'intende per prodotto cosmetico «qualsiasi sostanza o miscela destinata ad essere applicata sulle superfici esterne del corpo umano (...) oppure sui denti e sulle mucose della bocca allo scopo esclusivamente o prevalentemente di pulirli, profumarli, modificarne l'aspetto, proteggerli, mantenerli in buono stato o correggere gli odori corporei». La disposizione prosegue con un'elencazione, esemplificativa e non tassativa, di prodotti che possono considerarsi cosmetici (e che dunque si pone rispetto al comma 1, in un rapporto di genere a specie): «I prodotti cosmetici possono comprendere creme, emulsioni, lozioni, gel e oli per la pelle, maschere di bellezza, fondotinta (liquidi, paste, ciprie), cipria, talco per il dopobagno e per l'igiene corporale, saponi di bellezza, saponi deodoranti, profumi, acque da toeletta ed acqua di Colonia, preparazioni per bagni e docce (sali, schiume, oli, gel), prodotti per la depilazione, deodoranti e antitraspiranti, tinture per capelli, prodotti per l'ondulazione, la stiratura e il fissaggio, prodotti per la messa in piega, prodotti per pulire i capelli (lozioni, polveri, shampoo), prodotti per mantenere i capelli in forma (lozioni, creme, oli), prodotti per l'acconciatura dei capelli (lozioni, lacche, brillantine), prodotti per la rasatura (creme, schiume, lozioni), prodotti per il trucco e lo strucco, prodotti destinati ad essere applicati sulle labbra, prodotti per l'igiene dei denti e della bocca, prodotti per la cura delle unghie e lacche per le stesse, prodotti per l'igiene intima esterna, prodotti solari, prodotti autoabbronzanti, prodotti per schiarire la pelle e prodotti antirughe». La definizione, molto generale e da effettuarsi «caso per caso ... tenendo conto di tutte le caratteristiche» di ogni singolo prodotto, ricorre dunque ad un doppio criterio d'identificazione, quello della destinazione (un cosmetico deve incidere solo su parti superficiali: si esclude che possa avere effetti sistemici) e quello dello scopo (la funzione deve essere di profumare,

proteggere e mantenere in buono stato: si esclude qualunque trattamento terapeutico).

[3] Regolamento CE n. 1223/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 novembre 2009 sui prodotti cosmetici.

[4] Il caso trae origine da una controversia circa la previsione contenuta in un contratto di distribuzione di prodotti cosmetici in cui il fornitore imponeva ai suoi distributori di far intervenire sul luogo della vendita un laureato in farmacia, domandosi alla Corte di pronunciarsi se tale restrizione violasse il principio di libera concorrenza su internet (CGUE, 13 ottobre 2011, C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique c/ Président de l'Aut. conc.*: la sentenza ha avuto ampia eco in Francia - e si può leggere, tra le altre, in *Dalloz*, 2011, 2590, con nota di E. Chevrier; *idibem*, 2012, 577, con nota di D. Ferrier; e a 2351, di J. Larrieu; in *RTD eur.*, 2012, 442; in *JCP éd. EA*, 2012, 25, con nota di Vogel; per un commento italiano cfr. Romano, *Vendite online nei networks di distribuzione selettiva: il caso Pierre Fabre*, in *Merc. conc. reg.*, 2012, 143). Nella sua decisione la CGUE enuncia il principio in base al quale un generale e assoluto divieto di vendite ai distributori finali via internet imposto ad un distributore autorizzato nel contesto della distribuzione selettiva realizza una violazione della concorrenza.

La vicenda, la quale ha dato luogo ad una serie di pronunce di merito, prende avvio nel 2008 con una decisione della *Autorité de la concurrence* (*ut. conc., déc. n° 08-D-25, 29 oct. 2008, relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseils pharmaceutiques*, LawLex 200800001872JB) che condannava la società Pierre Fabre Dermo (titolare dei marchi *Avène*, *Klorane*, *Ducray* e *A. Derma*), oltre ad una multa di 17.000 euro, a stralciare l'obbligo, contrattualmente previsto, della necessaria presenza di una persona fisica, laureata in farmacia, preposta alle vendite dei prodotti, vietando, di fatto, la commercializzazione via internet. Appellandosi la società, la *Cour d'appel* di Parigi decideva di rimettere la questione alla Corte di giustizia, chiedendo se il divieto generale ed assoluto di vendere su internet i prodotti oggetto del contratto agli utenti finali, costituisca una violazione Reg. 2790/1999, e dell'art. 81, comma 3 (ora 101, comma 3, Trattato Ue) e l'eventuale loro applicazione alle vendite *online* nel caso di distribuzione selettiva. Riprendendo, a grandi linee, l'impostazione adottata dall'*Autorité de la Concurrence* francese e dalla *Cour d'Appel* di Parigi la Corte decide che l'interdizione della vendita su internet nel caso di contratti di distribuzione selettiva -la quale non può essere risolta in via generale nel quadro del Reg. 2790/1999, ma necessita di una risposta caso per caso- costituisce una restrizione per oggetto contraria all'art. 101, comma 1, Trattato Ue, salvo che ricorra una giustificazione oggettiva relativa alle qualità del prodotto. Di conseguenza, una tale clausola d'interdizione non rientra all'interno delle ipotesi di esenzione per categoria previste dal Regolamento, ma potrebbe tuttavia eventualmente beneficiare di un'esenzione individuale. tuttavia, il rigore delle condizioni enunciate nella decisione riducono l'esenzione a della ipotesi del tutto eccezionali.

La pronuncia della Corte di giustizia, respingendo le argomentazioni della *Pierre Fabre* che giustificava l'inserimento della clausola con la natura peculiare dei prodotti, la necessità di mantenere un'immagine medica e di evitare contraffazioni, ha dunque impostato il tema ritenendo che la necessità di fornire una consulenza personalizzata al cliente e quella di preservare l'immagine di prestigio dei prodotti di cui trattasi non sia causa sufficiente per validare la restrizione e che alla luce delle caratteristiche dei prodotti di cui trattasi la clausola non è oggettivamente giustificata (cfr. punti 44, 45 e 47 della sentenza).

Il tema è anche stato oggetto di un recente intervento regolatorio dal parte del legislatore francese, il quale ha inteso disciplinare, con il c. d. *Sunshine Act* (*décret* n. 2013-414 del 21 maggio 2013), improntandoli alla trasparenza e alla prevenzione dei conflitti d'interesse, i rapporti tra produttori di farmaci e cosmetici e i distributori (per un primo commento v. Haoulia, «*Sunshine Act*»: *un pas de plus vers la transparence et la prévention des conflits d'intérêt dans le milieu sanitaire et cosmétique*, in *Petites affiches*, 2013, 4).

[5] Per questa impostazione sia consentito il rinvio a V. Zeno-Zencovich, M. C. Paglietti, *Diritto processuale dei consumatori*, Milano, 2009.

[6] V. Zeno-Zencovich, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra «contratti commerciali» e «contratti dei consumatori»)*, in *Giur. it.*, 1993, IV, p. 57 e p. 69; F. Macario, *Le 'forme del diritto' nella storia presente: il nuovo diritto europeo dei contratti tra ordine, ragione e decisione*, in *Quaderni fiorentini*, 2012, p. 441 ss.;

[7] N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, 4° ed., 1999, p. 40 (c. vo dell'A.); cfr. anche p. 67 ss.

[8] V. Zeno-Zencovich, Mancaloni, *Una parte generale per i contratti con i consumatori?*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, cura di F. Macario e N. Miletti, cit., p. 581 ss.; Aubert de Vincelles, *Naissance de un droit communautaire de la consommation. Proposition de directive relative aux droits des consommateurs du 8 octobre 2008, COM(2008), 614 final*, in *Rev. droit civ.*, 2009, p. 578 ss.

[9] V. Zeno-Zencovich, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra «contratti commerciali» e «contratti dei consumatori»)*, cit.

[10] L. P. Comoglio, *Aspetti processuali della tutela del consumatore*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 307 ss.

[11] Sui risvolti della adozione della c. d. strategia rimediabile in ambito processuale v. già E. Grasso, *La dottrina del processo civile alla fine del secolo*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 366, spec. 389; S. Patti, *Diritto civile e diritto processuale civile: frammenti di percorso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 1; con specifico riferimento ai consumatori: G. L. Carriero, *iustizia senza giurisdizione: l'arbitro bancario finanziario*, in corso di stampa su *Riv. trim. dir. proc. civ.*, la cui consultazione in bozze si deve alla cortesia dell'A.

[12] A. di Majo, *La tutela dei diritti*, 4° ed., Milano.

[13] M. Cappelletti, *Access to justice and the welfare state: an introduction*, in Cappelletti e Garth, *Access to Justice*, Vol I: *A World Survey*, Milano, Alphenaaandenrijn, p. 10.

[14] Mattei, *I rimedi. Diritto soggettivo*, 2, in *Trattato di diritto civile*, a cura di Sacco, Torino, 2001, p. 108 ss.; Blomeyer, voce "Types of Relief Available (Judicial Remedies)", in *Intern. Enc. Comp. Law*, vol. 16, Cap. IV, a cura di Cappelletti, Tubingen, 1982, p. 4 ss.

[15] L. P. Comoglio, *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1509 ss.;

[16] Su questa tecnica legislativa v. già M. V. De Giorgi, *Produzione dei cosmetici e tutela della salute*, in *Giur. comm.*, 1978, 839.

[17] 36° considerando del Regolamento 1223/2009.

[18] La categoria rimanda a prospettazioni note della nostra dottrina: D. Rubino, *La compravendita*, 2° ed., in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1971, 75; A. Luminoso, *La compravendita*, Torino, 2009, 47.

[19] La letteratura in argomento, originariamente economica, ha assunto ora un piano d'analisi giuridico sul presupposto sia dell'esistenza di norme sociali (V. Zeno-Zencovich, *Comunicazione, reputazione, sanzione*, in *Dir. inf. inf.*, 2007, 263; D. Charny, *Non Legal Sanctions in Commercial Relationships*, 104 Harv. Law Rev., 375 (1990)) come alternativa a quelle legali (A. Schwartz, R. E. Scott, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, 113 Yale Law Journ., 2003, p. 541 sia di profili di rilevanza extracontrattuale del danno da informazione economica (Ar. Fusaro, *Informazioni economiche e "reputazione d'impresa" nell'orizzonte dell'illecito civile*, Padova, 2°ed., 2010, spec. 192).

L'aspetto che qui interessa della reputazione d'impresa (concetto ampio, che gode di varie accezioni: v. la definizione di P. Auteri, *La tutela della reputazione economica*, in *L'informazione e i diritti della persona*, a cura di G. Alpa, M. Bessone, L. Bonechi, G. Caiazza, Napoli, 1983, 94) è quello che ha riguardo alla bontà del prodotto (la Cassazione italiana ha introdotto il concetto di "reputazione del prodotto": Cass., 25 luglio 1986, n. 4755, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, 386 con nota di M. Libertini e (solo la massima) in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, 683 con nota di De Francisco, Il c. d. diritto soggettivo all'integrità del patrimonio tra illecito aquiliano e illecito concorrenziale) più che alla business reputation (più propriamente degli enti societari: l'insieme degli aspetti che riguardano la stabilità finanziaria, la solvibilità e tutti gli elementi che comportano la capacità di ottenere finanziamenti e attrarre investitori (J. G. Fleming, *The Laws of Tort*, 10 ed., Lawbook Co., 2011, 529).

[20] Sugli esisti, non pacifici fra i commentatori, di questa specifica scelta regolatoria v. Greff, *Regulation of Cosmetics that are also Drugs*, 51 Food & Drug L. J. 243 (1996).

[21] («I know of no other industry which has a better record of voluntary accomplishment»: E. G. Murphy, *Voluntary Self-Regulation Programs of the Cosmetic Industry*, in *The Cosmetic Industry: Scientific and Regulatory Foundation* 187 (Norman F. Estrin ed. 1984). Tuttavia, è proprio la non obbligatorietà di buona parte della normativa ad essere oggetto di critiche da parte della letteratura americana che sostiene il fallimento di tale soft-regulation: l'esempio paradigmatico del fallimento della regolazione

americana viene usualmente indicato nel caso *Estée Lauder, Inc. v. U. S. Food & Drug Admin*: 727 F. Supp. 1 (D. C. Cir. 1989).

[22] Nel 1933 l'applicazione di un colorante per ciglia e sopracciglia aveva causato la ciecità di una donna: la vicenda viene analiticamente descritta da G. Kay, *Dying to Be Beautiful*, cit., 5 e Greff, *Regulation of Cosmetics that are also Drugs*, 51 *Food Drug Law Journ.*, 1996, 244; la vicenda è menzionata in quasi tutti i contributi che affrontano il tema della regolazione cosmetica (T. J. Donegan Jr., *Fifty Years of Cosmetic Safety: A Government and Industry Partnership*, in 50 *Food Drug Law Journ.*, 1995, 151, spec. 152; L. A. Heymann, *The Cosmetic/Drug Dilemma: Fda Regulation Of Alpha-Hydroxy Acids*, in 52 *Food Drug Law Journ.*, 1997, 357; R. B. Termini, L. Tressler, *Analyzing The Laws, Regulations, And Policies Affecting Fda- Regulated Products: American Beauty: An Analytical View of the Past and Current Effectiveness of Cosmetic Safety Regulations and Future Direction*, in 63 *Food Drug Law Journ.*, 2008, 258) anche se esiste un precedente meno famoso, il caso della crema depilatoria *Koremlu*, che ha causato negli anni '30 numerosi avvelenamenti ai consumatori: Kay, op. cit., 71 e ss.; S. B. Forbes, W. C. Blake, *Fatality Resulting from the Use of Lash-Lure on the Eyebrow and Eyelashes*, in 103 *Jama*, 1934, 1441-42.

[23] D. N. T. Bourgeois, *La sécurité des consommateurs, réflexions sur l'affaire du talc Morange*, in *Dalloz*, 1981, 87.

[24] B. Villette, R. Baran, «Définition du cosmétique: frontières entre cosmétiques et médicaments». *Encyclopédie Médico-Chirurgicale*, Paris, Éditions scientifiques et médicales Elsevier SAS, *Cosmétologie et Dermatologie esthétique*, 2000, 3.

[25] R. F. Wilson, *Nanotechnology: The Challenge of Regulating known Unknowns*, in 34 *J. L. Med. & Ethics*, 2006, 704, spec. 706; V. Farren, *Removing the Wrinkle in Cosmetics and Drug Regulation: A Notice Rating System and Education Proposal for Anti-Aging Cosmeceuticals*, in 16 *Elder Law Jour.*, 2009, 375 ss.

[26] Si pensi a prodotti con effetti preventivi (es. prodotti solari) e a quelli che agiscono sulle funzioni organiche del corpo umano (antirughe, antitraspiranti, anticellulite, antiacnieici).

In Francia si rinviene copiosa giurisprudenza sui casi di qualificazioni dubbie, affrontati prevalentemente per la necessità di definire l'estensione del monopolio distributivo delle farmacie, relativamente a prodotti come l'acqua ossigenata (Cass. com., 22 febbraio 2000, *Bull. civ.*, 2000, IV, n. 34); test di gravidanza (Cour d'Appel Parigi, 24 e 27 settembre 1990, *JCP E*, 1990, I, 20366) ed altri contenenti sostanze dotate di azione terapeutica (L. 5131-1 Code de la santé publique; v. anche, con riguardo alla giurisprudenza amministrativa, 11 giugno 1990, *SARL Santa Cura*, in *Dr. adm.*, 1990, comm. 410; in *Dalloz*, 1990, p. 215): in tutte queste ipotesi si è riconosciuto al prodotto lo statuto giuridico di medicinale con conseguente distribuzione esclusiva in farmacia.

[27] *Comparative Study on Cosmetics Legislation in the EU and Other Principal Markets with Special Attention to so-called Borderline Products*.

[28] V. Farren, Removing the Wrinkle in Cosmetics and Drug Regulation: A Notice Rating System and Education Proposal for Anti-Aging Cosmeceuticals, 16 Elder Law Journ., 2009, 375.

[29] La categoria, elaborata in sede scientifica, è stata già da tempo accolta anche dalla dottrina giuridica che si occupa di cosmetici e farmaci: v., fra tutti, B. A. Liang, K. M. Hartman, It's Only Skin Deep: Fda Regulation Of Skin Care Cosmetics Claims, in 8 Cornell Journ. Law & Pub. Pol'y, 1999, 249; ed inoltre R. B. Termini, Tressler, Analyzing The Laws, Regulations, And Policies Affecting Fda-Regulated Products: American Beauty: An Analytical View of the Past and Current Effectiveness of Cosmetic Safety Regulations and Future Direction, in 63 Food Drug Law Journ., 2008, 257. L'Unione ha negato che i prodotti ricadenti nella c. d. zona grigia debbano disporre di un particolare statuto giuridico, lasciando dunque alla giurisprudenza pratica il compito di risolvere i conflitti di qualificazione, ma ha introdotto un'ampia deroga all'impostazione rimediale fin'ora seguita per i prodotti che contengano nanomateriali, per i quali deve essere «assicurato un livello elevato di protezione della salute umana» art. 16 Reg.) e notificati alla Commissione elettronicamente i dettagli sugli stessi (identificazione e condizioni di esposizione: art. 15, lett f, i) e ii)).

[30] Essi, destinati a tutti gli strati sociali ed economici, vengono distribuiti non solo da prestige brands (con prezzi elevatissimi) ma anche nei supermarket.

[31] La loro funzione, infatti, è essenzialmente idratante e dunque transitoria, mentre tutto ciò che, non limitandosi all'idratazione, produce effetti fisiologici (es.: altera la struttura della pelle) dovrebbe essere considerato, ai fini regolatori, un farmaco: Liang, Hartman, It's Only Skin Deep: Fda Regulation Of Skin Care Cosmetics Claims, 8 Cornell J. L. & Pub. Pol'y, 1999, 249; in Italia v. le approfondite considerazioni svolte nella sentenza del T. A. R. Roma Lazio 6 aprile 2007, n. 3050, in Rass. dir. farmaceutico, 2007, 1271.

[32] Taruffo, Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1996, 224.

[33] Divenuti in America molto popolari agli inizi degli anni '90, solo nella seconda parte del decennio si è iniziata ad indagare l'eventualità che causassero alterazioni nella struttura della pelle, dapprima ipotizzando solo una ipersensibilizzazione per poi giungere alla determinazione che esponessero ad ustioni.

[34] Buonocore, Le nuove frontiere del diritto commerciale, Esi, 2006, 188 e 192.

[35] Con particolare riferimento all'impostazione seguita in queste pagine: D. Cerini, Responsabilità del produttore e rischio di sviluppo: oltre le lettera della dir. 85/374/CEE, in Diritto ed economia dell'assicurazione, 1996, 34; Hodges, Development risk: Unanswered Questions, (1998) 61 Modern Law Rev., 560; M. A. Frison-Roche, La prise en charge par le droit des systèmes à risques, in Le droit face à l'exigence contemporaine de sécurité, a cura di J. Mestre, PUAM, 2000, 259; U. Izzo, La precauzione nella responsabilità civile.

Analisi di un concetto sul tema del danno da contagio per via trasfusionale, Padova, 2004. Sul dialogo costante tra i cultori del diritto e quelli delle altre discipline v. F. Di Ciommo, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità*, Esi, Napoli, 2003 in cui ampia bibliografia.

[36] R. Costi, *Ignoto tecnologico e rischio d'impresa*, in *Il rischio da ignoto tecnologico*, Milano, 2002, 49; F. Santonastaso, *Principio di «precauzione» e responsabilità d'impresa: rischio tecnologico e attività pericolosa «per sua natura»*. Prime riflessioni su un tema di ricerca, in *Contratto e impresa*, 2005, 21.

[37] A. De Vita, *Al crocevia degli itinerari dei diritti europei. Analisi comparativa in tema di responsabilità civile: tentativi e tentazioni*, in *Pol. dir.*, 2000, 533.

[38] Il tema viene indagato soprattutto dagli studiosi del private enforcement: v. per tutti il libro *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di Maugeri e Zoppini, 2009.

[39] In America, uno studio condotto nel 2004 dalla National Consumers League ha messo in evidenza che su dieci consumatori sei erano erroneamente convinti che i tests anti-aging della FDA garantissero la sicurezza e l'efficacia: v. E. Kawalek, *Artfully Made-Up*, AnF., Nov. -Dec. 2005, at 54, 55.

[40] V. 8° considerando della Dir. 2001/95.

[41] In molte ipotesi, infatti, le esigenze sottese alla distribuzione degli oneri probatori riguardano la necessità di imprimere una particolare disciplina al rapporto sostanziale, piuttosto che semplicemente agevolare la prova in giudizio (S. Patti, voce *Prova*, I, *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, 1998, Roma, p. 12 ss.); tra i numerosi contributi in materia di onere della prova, nella prospettiva a tutela di una delle parti contrattuali che qui maggiormente interessa cfr. Devèze, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Toulouse, 1980; L. Cadiet, «La preuve», in *La procédure civile mondialisée*, a cura di F. Ferrand, Paris, 2004, spec. p. 119 ss.; Damaška, *Epistemology and Legal Regulation of Proof*, in *2 Law Prob. & Risk*, 2003, p. 117 ss.; G. Viney, *La responsabilité des fabricants des médicaments et des vaccins: les affres de la preuve*, in *Dalloz*, 2010, p. 391. Per un inquadramento sistematico della tematica: S. Patti, *Ripartizione dell'onere, probabilità e verosimiglianza nella prova del danno da prodotto*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 705 ss. (e in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, II, 2, Milano, 1991, p. 703 ss.); V. Denti, *L'inversione dell'onere della prova: rilievi introduttivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 709 ss.

[42] In Francia artt. 1351 e ss. e 1341 e ss. *Code civil*.

[43] In Italia sull'argomento, in linea generale negletto da parte della dottrina, si può leggere l'ampio saggio di E. Dalmotto, *L'onere della prova e la protezione del consumatore*, in *Consumatori e processo. La tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, a cura di S. Chiarloni e C. Fiorio, Torino, 2005, p. 85 ss., ove anche una rassegna ragionata e documentata delle varie ipotesi di inversione dell'onere probatorio.

[44] Lasok, *European Court of Justice: Practice and Procedure*, Butterworth, 2e ed., 1994, p. 422.

[45] S. Patti, Ripartizione dell'onere, probabilità e verosimiglianza nella prova del danno da prodotto, in Riv. dir. civ., 1990, I, p. 105 ss.; Id., La presunzione di vessatorietà e altri aspetti di diritto delle prove (a proposito di Trib. Roma, 21 gennaio 2000), in Nuova giur. civ. comm., 2000, p. 513 ss.; Wróblewski, Structure et fonctions des présomptions juridiques, in Les présomptions et les fictions en droit, a cura di Ch. Perelman e P. Foriers, cit., p. 43 ss.; G. Verde, L'onere della prova nel processo civile, Napoli, 1974, p. 159 ss.

[46] Recentemente incentrano l'attenzione sul problema, sottolineando la necessità di una riforma della previsione: Fairgrieve, Howells, Rethinking Product Liability: A Missing Element in the European Commission's Third Review of the European Product Liability Directive, in 70 Mod. Law Rev., 2007, p. 962, spec. 968.

[47] Testualmente l'art. 4 prevede che «il danneggiato deve provare il danno, il difetto e la connessione causale tra difetto e danno».

[48] Libro verde sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi (COM/1999/ 396 def: su cui v. Bastianon, Prime osservazioni sul libro verde della commissione in materia di responsabilità civile per danno da prodotti difettosi, in Resp. civ. prev., 2000, p. 807 ss.) che sulla responsabilità per fatto dei prodotti difettosi pone sul tavolo della discussione una serie di alternative circa l'onere probatorio: prevedere una presunzione di causalità quando il danneggiato prova il danno e il difetto; fissare un livello di probabilità necessaria; imporre al produttore di fornire al danneggiato documenti utili in suo possesso; accollare al produttore le spese di perizia, salvo rimborso in caso di soccombenza del danneggiato; nel caso di prodotto alla cui fabbricazione hanno concorso più produttori, ripartire tra di essi la responsabilità per quote di mercato (market share liability): che quest'ultima ipotesi è stata radicalmente respinta dagli interpellati, per le difficoltà che comporta sul piano assicurativo. V. anche gli studi di Lovells, Product Liability in the European Union, 2003; e della Fondazione Rosselli, Analysis of the Economic Impact of the Development Risk Clause as provided by Directive 85/374/EEC Liability for Defective products, 2004; nonché, in dottrina, C. Scott, Regulating Private Legislation, in The making of European private law: Governance design, a cura F. Cafaggi, H. Muir Watt, 2008, p. 259, spec. 264.

[49] Secondo l'espressione ricorrente nei documenti comunitari: da ultimo v. per esempio il Fourth report on the application of Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products amended by Directive 1999/34/EC of the European Parliament and of the Council of 10 May 1999, COM(2011) 547 final, p. 8.

[50] L'accento viene posto sulla difficoltà, dipendente anche dagli oneri economici da sopportare, di provare la difettosità soprattutto in caso di prodotti ad alto tasso di tecnologicità, nonché della prova del nesso tra difetto e danno nel caso di danno particolarmente complesso.

[51] Parità intesa nel senso in cui Cappelletti declinava il concetto di «equality of the arms».

[52] Per questa impostazione cfr. COM(2011) 547 final, cit., p. 8.

[53] Sul ruolo della giurisprudenza nella gestione delle presunzioni: A. D. Twerski, *From Risk-Utility to Consumer Expectations: Enhancing the Role of Judicial Screening in Product Liability Litigation*, 11 *Hofstra Law Rev.*, 1983, p. 861, spec. 903.

[54] U. Magnus, H. W. Micklitz, *Comparative Analysis Of National Liability Systems...*, cit., p. 17.

[55] U. Magnus, H. W. Micklitz, *Comparative Analysis Of National Liability Systems*, cit., p. 6.

[56] in particolare, nella ripartizione degli oneri probatori, la giurisprudenza di legittimità ha addossato al danneggiato l'onere di provare che l'uso del prodotto ha comportato risultati anomali rispetto alle aspettative e tali da evidenziare la sussistenza di un difetto: ciò è, infatti, sufficiente a provare che il prodotto, durante l'uso, si è rivelato difettoso, non offrendo «la sicurezza che ci si poteva legittimamente attendere tenuto conto delle circostanze» (art. 117, comma 1, cod. cons.); il produttore deve provare che il difetto probabilmente non esisteva ancora nel momento in cui il prodotto è stato messo in circolazione. nel senso che il danneggiato debba dimostrare, oltre al danno ed al nesso causale, anche che l'uso del prodotto abbia comportato risultati anomali rispetto alle normali aspettative: così cass., 8 ottobre 2007, n. 20985, in *Danno Resp.*, p. 290 e ivi i commenti di A. L. Bitetto, R. Pardolesi, Risultato anomalo e avvertenza generica: il difetto nelle pieghe del prodotto; G. Indovino, Il labile confine tra nozione di difetto e responsabilità per colpa; A. Querci, protesi mediche tra regolamentazione di sicurezza e responsabilità da prodotto: l'onere della prova tutela il consumatore; in *Corr. giur.*, 2008, p. 813 ss.; con nota di C. Di Palma, responsabilità da prodotto difettoso e onere della prova: la cassazione riporta gli interpreti sul sentiero della strict liability. linea, nella giurisprudenza di merito, Trib. Roma, 4 dicembre 2003, in *Danno resp.*, 2004, p. 527 ss.; Trib. Roma, 3 novembre 2003, in *Danno resp.*, p. 529

[57] G. Ponzanelli, Causa probabile del danno e responsabilità del produttore, in *Danno resp.*, 2004, V, p. 527 ss.

[58] Secondo un modello di ragionamento già applicato nella sentenza Saiwa.

[59] Trib. Roma, 3 novembre 2003 e Trib. Roma, 4 dicembre 2003, entrambe in *Danno resp.*, 2004, p. 527 ss.

[60] S. Patti, Ripartizione dell'onere, probabilità e verosimiglianza nella prova del danno da prodotto, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 712 ss.; G. Verde, L'onere della prova nel processo civile, Napoli, 1974, p. 475 ss.). Il principio, diffusamente utilizzato in ambito contrattuale (per tutti cfr. Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Contratti*, 2002, p. 113, con commento di U. Carnevali, Inadempimento e onere della prova; in dottrina v. G. Visintini, La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di onere probatorio a carico del creditore vittima dell'inadempimento), in *Contr. impr.*, 2002, p. 903 ss.), presenta delle ipotesi applicative anche in materia di responsabilità civile,

[61] Trib. Roma 4 dicembre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, p. 1631 ss., con nota di A. L. Bitetto, La responsabilità del produttore nel "nuovo" sistema del danno

non patrimoniale, annotata altresì da G. Ponzanelli, in *Danno resp.*, 2004, p. 531 ss., Causa probabile del danno e responsabilità del produttore; A. Maietta, in *ivi*, 2004, p. 1133 ss., Responsabilità del produttore e circolazione stradale: nuove; cfr. anche il commento di M. Tuozzo, Responsabilità da prodotto ed onere della prova: il S. C., fortunatamente, ci ripensa!, in *Resp. civ.*, 2007, p. 12 ss; Trib. Roma 17 marzo 1998, in *Foro it.*, 1998, I, p. 3660 ss., con nota di A. Palmieri; Trib. Benevento 24 febbraio 2006, n. 412, *Danno resp.*, 2006, p. 1254 ss. con nota di G. Ponzanelli; Trib. Napoli 21 marzo 2006, in *Giur. mer.*, 2006, p. 2667 ss.

[62] Cass. 15 marzo 2007, n. 6007, in *Danno resp.*, 2007, p. 1216 ss. (c. d."caso Wella"), con nota di Bitetto, Responsabilità da prodotto difetto a passo di gambero!, commentata altresì da A. Palmieri, Difetto e condizioni di impiego del prodotto: ritorno alla responsabilità per colpa?, in *Foro it.*, 2007, I, p. 2415 ss.; Cass., 15 marzo 2007, n. 6007, (in *Giur. It.*, 2007, 82; in *Danno e Resp.*, 2007, 1220, con nota di A. L. Bitetto, Responsabilità da prodotto difettoso a passo di gambero!; in *Resp. Civ. e Prev.*, 2007, 7-8, 1592, con nota di M. Gorgoni, Alla ricerca della (prova) della causa del danno; in *Foro It.*, 2007, I, 2415, con nota di A. Palmieri, Difetto e condizioni di impiego del prodotto: ritorno alla responsabilità per colpa?; in *Resp. Civ.*, 2007, 815, con nota di M. Tuozzo, Responsabilità da prodotto e favor per il danneggiato: una battuta d'arresto?.

[63] 21 U. S. C. § 379e (2006).

[64] 21 U. S. C. § 379e (2006); 21 C. F. R. 70. 50 (2007); per un descrizione della storia e delle implicazioni della Delaney Clause v. Public Citizen, et al. v. Dept. of Health & Human Servs., et al., 831 F. 2d 1108, 1110-13 (D. C. Cir. 1987). Peraltro, non c'è alcun automatismo tra la valutazione d'ammissibilità di un colorante in cibo o farmaci e nei cosmetici: v. U. S. v. Eight Unlabeled Cases, 888 F. 2d 945, 947-48 (2d. Cir. 1989). La Delaney Clause non ammette dunque neanche una de minimis exception (21 C. F. R. §70. 50, 21 C. F. R. §81. 10; Public Citizen, et al., 831 F. 2d at 1110-13); anche se contra, nel senso dell'ammissibilità di un ingrediente secondario utilizzato in minima parte e avente una minima possibilità di causare un fenomeno tumorale: Scott v. FDA, 728 F. 2d 322, 324-25 (6th Cir. 1984). Va tuttavia segnalato che per quanto riguarda le tinture per capelli si riscontra una disciplina meno rigorosa: Termini, Tressler, op. cit., 262.

[65] Cass., 8 ottobre 2007, n. 20985 (in *Giur. It.*, 2008, 589, con nota di Bortone; in *Foro It.*, 2008, I, 143, con nota di A. Palmieri, Protesi mammaria svuotata: non spetta alla vittima provare l'originaria esistenza del difetto; nonché di A. L. Bitetto, Prodotto difettoso: onere probatorio e comunicazione dei rischi; in *Danno e Resp.*, 3, 2008, 290, con note di A. L. Bitetto, R. Pardolesi, Risultato anomalo e avvertenza generica: il difetto nelle pieghe del prodotto; Indovino, Il labile confine tra nozione di difetto e responsabilità per colpa; A. Querci, Protesi mediche tra regolamentazione di sicurezza e responsabilità da prodotto: l'onere della prova tutela il consumatore; in *Resp. Civ.*, 2007, 12, con nota di M. Tuozzo, Responsabilità da prodotto ed onere della prova: il S. C., fortunatamente, ci ripensa!; in *Resp. Civ.*, 2008, 354, con nota di U. Carnevali, Prodotto difettoso e oneri probatori del danneggiato; in

Corriere Giur., 2008, 813, con nota di C. Di Palma, Responsabilità da prodotto difettoso e onere della prova: la Cassazione riporta gli interpreti sul sentiero della strict liability; in Nuova Giur. Comm., 2008, I, 789, con nota di M. Baschiera, Onere della prova e nesso di causalità: spunti di discussione in tema di responsabilità oggettiva del produttore in tema di dispositivi medici; in Rass. Forense, 2008, 196, con nota di L. Di Donna, La ripartizione dell'onere probatorio nella disciplina della responsabilità del produttore). Cfr. anche Cass., 14 giugno 2005, n. 12750, in Foro It., 2006, I, 2435; nonché in Resp. Civ. e Prev., 2005, 1, 132, con nota di S. Della Bella, La responsabilità dell'importatore di fuochi d'artificio; e Id., 29 aprile 2005, n. 8981, in Foro It., 2006, I, 2435; nonché in Danno e Resp., 2006, 259, con nota di A. L. Bitetto, Responsabilità da prodotto difettoso: "strict liability" o "negligence rule"?

[66] Cass., 13 dicembre 2010, n. 25116, in Foro it., 2012, I, c. 576; sulla quale cfr. le osservazioni di L. Klesta Dosi, L'incerta disciplina dei prodotti abbronzanti, in Nuova giur. civ. comm., 2011, I, 590.

[67] *Gober v. Revlon, Inc.*, 317 F. 2d 47 (4th Cir. 1963)); *Howard v. Avon Prod., Inc.*, 395 P. 2d 1007 (1964).

[68] *Adelman-Tremblay v. Jewel Companies, Inc.*, 859 F. 2d 517, 521 (7th Cir. 1988)); *Quiroz v. Max Factor, Inc.*, 264 So. 2d 263 (a App. 1972). *Hafner v. Guerlain, Inc.*, 310 N. Y. S. 2d 141 (N. Y. App. Div. 1970) *Howard v. Avon Prod., Inc.*, 395 P. 2d 1007, 1011-12 (1964).

[69] *Arienzo v. Clairol, Inc.*, 310 A. 2d 106 (N. J. Super. Ct 1973); *Sanders v. Clairol, Inc.*, 155 N. Y.S. 2d 945 (N. Y. App. Div. 1956); *Thomas v. Clairol, Inc.*, 583 So. 2d 108 (La. App. 1991); *Helene Curtis Indus., Inc. v. Pruitt*, 385 F. 2d 841 (1967); *Beetler v. Sales Affiliate, Inc.*, 431 F. 2d 651 (7th Cir. 1970).

[70] 63A Am. Jur. 2d. Products Liability § 1108; 1244 (2007).

[71] *Whitehurst v. Revlon, Inc.*, 307 F. Supp. 918, 919-21 (E. D. Va. 1969), citing *Daniel v. Ben E. Keith Co.*, 97 F. 3d 1329 (10th Cir. 1996).

[72] *Jack v. Alberto-Culver USA, Inc.*, 949 So. 2d 1256, 1257 (La. 2007); i prodotti tricologici sono stati oggetto di numerose pronunce in argomento, v. anche *Smallwood v. Clairol, Inc.*, 2005 U. S. Dist. LEXIS 2726, *1 (S. D. N. Y. 2005).

[73] Testualmente Stella, La responsabilità del produttore per danno da prodotto difettoso nel nuovo codice del consumo, in Resp. civ., 2006, p. 1603, spec. 1605.

[74] Galgano, Responsabilità del produttore, in Contratto impr., 1986, p. 996 ss.

[75] S. Patti, ult. op. cit., p. 713.

[76] Alpa, La responsabilità oggettiva, cit., 959.

Il pluralismo radiotelevisivo nel panorama della convergenza tecnologica: il caso della Web TV e delle Over-the-Top TV

di
Daniela Messina

Sommario: 1. Introduzione. - 2. Le nuove piattaforme diffuse: il caso della Web TV. - 2. 1 La Web TV tra rilievi critici e disciplina normativa. - 3. Over-the-Top TV e pluralismo esterno. - 4. Verso la piena convergenza tra il settore radiotelevisivo e la Rete Internet: la direttiva 2010/13/UE. - 5. Criticità e problematiche del nuovo scenario delle piattaforme diffuse. - 6. Riflessioni conclusive.

1. Introduzione.

L'avvento della tecnologia digitale ed il parallelo processo di convergenza dei mezzi di comunicazione di massa hanno modificato in maniera indelebile il panorama del sistema radiotelevisivo così come tradizionalmente inteso. La digitalizzazione delle reti ed il processo di convergenza in atto tra diverse piattaforme diffuse hanno, infatti, consentito l'apertura di nuovi orizzonti evolutivi, ponendo fine al principio della scarsità delle risorse frequenziali che per anni ha condizionato l'attività di regolamentazione in materia. Tale trasformazione ha favorito l'emergere di un sistema concorrenziale del tutto nuovo perché in atto tra piattaforme tecnologiche differenti e tra soggetti provenienti da mercati anche profondamente distinti e concorrenti.

L'affermarsi di questo nuovo scenario digitale assume significato rilevante, in quanto tali cambiamenti non solo presentano valore e significato in sé, ma concorrono in maniera integrata alla piena realizzazione del pluralismo del settore radiotelevisivo, ritenuto elemento cardine del processo democratico delle società moderne. La diffusione plurale di opinioni, idee e informazioni, infatti, è da sempre collegata indissolubilmente alla corretta evoluzione democratica delle società contemporanee, perché in grado di promuovere tra i cittadini il dibattito circa le questioni fondamentali dell'organizzazione sociale cui fanno parte, rendendoli soggetti attivi e consapevoli.

D'altra parte, il benessere democratico di una società "non dipende solo dalla tutela di diritti fondamentali che l'apparato legislativo, esecutivo e giudiziario sono in grado di garantire, ma anche dalla vitalità del dibattito che si realizza nella c.d. sfera pubblica" [1]. È noto, infatti, che la garanzia del pluralismo e l'imparzialità dell'informazione costituiscono strumenti essenziali per la realizzazione di una democrazia compiuta [2].

In tale panorama, nel perseguimento dell'obiettivo di trasformare il valore del pluralismo - nella sua duplice dimensione interna ed esterna - da una mera norma di principio ad elemento concreto ed immanente del panorama informativo, un ruolo di primissimo piano negli anni è stato svolto dal mezzo

televisivo. Considerata il “serbatoio prevalente della cultura della contemporaneità” [3] la televisione, forte del suo carattere pervasivo all’interno della comunità, ha influenzato fortemente la realizzabilità del fine pluralistico attraverso le caratteristiche quali-quantitative dei contenuti diffusi, del numero e delle peculiarità degli operatori del settore e dell’attività di divulgazione delle informazioni svolta in parallelo con la stampa e la radio. Tale mezzo, tuttavia, rappresenta al tempo stesso lo strumento di diffusione del pensiero che ha maggiormente risentito dell’evoluzione delle tecnologie applicate alla diffusione dei contenuti audiovisivi. Per anni, infatti, la piattaforma televisiva ha dovuto fare i conti con un panorama necessariamente limitato, in termini sia di soggetti operanti, sia di varietà dei contenuti diffusi, a causa del numerus clausus delle frequenze un tempo utilizzabili ai fini dell’erogazione di tale servizio. L’ampliamento delle possibilità di accesso determinato dalla conversione digitale del segnale analogico ha, invece, favorito per la prima volta l’affermarsi di percorsi evolutivi alternativi grazie all’avvento di nuovi soggetti operanti, di innovative modalità di diffusione dei contenuti audiovisivi e di nuove frontiere competitive.

Questo ha comportato, a sua volta, un importante processo di disgregazione dell’impresa televisiva che da struttura verticalmente integrata, imperniata sull’identificazione tra operatore di rete e fornitore di contenuti, si è trasformata in un modello complesso ed articolato, imperniato sulla netta separazione tra la fase di gestione delle reti di veicolazione del segnale e l’attività di diffusione dei contenuti, con il contemporaneo emergere di figure professionali innovative, dotate di profili di competenza e di responsabilità più idonee a sfruttare le potenzialità tecnologiche emerse nel panorama digitale.

In tale contesto, il settore televisivo ha abbandonato il tradizionale modello organizzativo di tipo accentrato, in cui l’emittente assolveva la duplice funzione di editore ed operatore di rete e si rivolgeva ad un utente sostanzialmente passivo, che “subiva” il proprio palinsesto, muovendosi verso un sistema stratificato e complesso, caratterizzato da un vasto panorama di soggetti operanti, di contenuti diffusi e di modalità di fruizione. Inoltre, il processo di convergenza tecnologica ha completato la trasformazione avviata dalla digitalizzazione del segnale favorendo l’affermarsi di uno scenario “multi-funzionale”, in cui “tutto è veicolabile su tutto” [4] in base alle scelte e alle esigenze dell’utente.

Grazie alla sostanziale interscambiabilità tra piattaforme diverse, il servizio audiovisivo - già “slinearizzato” [5] con l’avvento del digitale - ha perso, infatti, anche la sua storica immedesimazione con la televisione, intesa come esclusivo strumento diffusivo dei contenuti audiovisivi, iniziando a “migrare” su nuovi dispositivi. La conseguenza di tale trasformazione ha inciso, inevitabilmente sulla tipologia dei contenuti audiovisivi, nonché sulle relative modalità di diffusione.

L’utente televisivo passivo abituato ad un palinsesto predeterminato e all’assenza di strumenti che gli consentano un’attività interattiva, è diventato un “prosumer” [6], vale a dire un soggetto fortemente attivo nella esperienza

di consumo, perché in grado di affiancare al proprio ruolo di fruitore, la funzione di editore attraverso l'aggregazione di contenuti provenienti da fornitori diversi ovvero attraverso la produzione degli stessi in prima persona.

Questi, per la prima volta, ha la possibilità di partecipare direttamente al processo di creazione del contenuto diffusivo, affiancandosi ai tradizionali operatori ed introducendo contenuti, spesso innovativi, direttamente "dal basso", vale a dire da quello che era una volta esclusivamente il mercato di destinazione del prodotto realizzato. È il fenomeno dei cosiddetti user generated contents, in cui colui che tradizionalmente rappresentava l'utente finale si trasforma in editore e fornitore di contenuti ampliando, grazie alla bidirezionalità dei mezzi trasmissivi, il ventaglio dell'offerta televisiva attraverso l'introduzione di prodotti propri, spesso di carattere non professionale.

È evidente che il contributo diretto o indiretto del prosumer a sua volta consente al sistema dell'audiovisivo di evolversi verso una tipologia di produzione personalizzata e articolata in base alla molteplicità di gusti e di preferenze, lontana dalla produzione seriale di massa.

Dal punto di vista dell'obiettivo pluralista l'utente si trova ad operare in uno scenario notevolmente ampliato in termini di opportunità di dibattito critico e di analisi. Egli, infatti, coniugando le possibilità offerte dalle caratteristiche della a-temporalità e della a-spazialità della Rete Internet [7] con la pervasività del mezzo televisivo, è in grado di travalicare i confini del "salotto di casa" con evidenti ricadute positive sulla diffusione plurale dei pensieri veicolati.

Questa storica interconnessione tra settori tradizionalmente distinti ed operatori caratterizzati da un bagaglio di esperienze fortemente differenziato ha gettato le basi per quello che è stato definito efficacemente un "ecosistema digitale" [8], caratterizzato da nuovi modelli competitivi, nuove piattaforme diffuse e nuove modalità di utilizzo dei servizi audiovisivi. In tale innovativo coacervo, la televisione, così come tradizionalmente intesa, si spoglia del proprio ruolo di piattaforma dominante del settore degli audiovisivi iniziando a configurarsi non più come mezzo esclusivo di diffusione, ma solamente come uno dei possibili strumenti alternativi presenti in tale variegato panorama. Ne deriva un cambiamento profondo del modo di intendere e di usufruire il servizio radiotelevisivo che, svincolato dai limiti concreti del mezzo trasmissivo si arricchisce di nuove potenzialità e prospettive evolutive fermo restando il valore centrale che esso assume ai fini della corretta evoluzione della società. Al tempo stesso, però, tale trasformazione pone nuove sfide regolative dettate da modalità di diffusione talmente innovative da risultare di difficile inquadramento nell'attuale panorama normativo [9] e, parallelamente, nuove esigenze di tutela in vista dell'acuirsi dello scontro competitivo.

2. Le nuove piattaforme diffusive: il caso della Web TV.

Tra le molteplici ed innovative attività di diffusione di contenuti audiovisivi emerse nell'ultimo decennio, un esempio di particolare rilievo ai fini del pluralismo radiotelevisivo di carattere interno è rappresentato dalla Web TV. Con tale termine si fa riferimento alla "trasmissione di prodotti audiovisivi, ricevuti dagli utenti tramite terminali evoluti (PC, PDA, Pocket PC, etc.) e fruiti in modalità on-line, in modalità streaming o tramite "download" via Internet ("Big Internet" o rete not managed), e quindi con qualità di tipo non garantito o "best effort" [10]).

La Web Tv è attualmente l'unica forma trasmissiva che garantisce un effettivo ampliamento delle "voci" e delle fonti di informazione a disposizione degli utenti finali, in quanto favorisce la partecipazione di una serie di soggetti che in passato erano sostanzialmente esclusi dal circuito televisivo. Se la televisione tradizionale, infatti, limita inevitabilmente l'accesso ai soli soggetti aventi disponibilità tecniche-economiche adeguate alla realizzazione dell'attività diffusiva, sottoponendoli, soprattutto, ad un puntuale regime di tipo autorizzatorio, la Web TV, sfruttando una semplice connessione alla Rete Internet, consente potenzialmente a chiunque di calarsi nel ruolo di editore e di realizzare una vera e propria televisione personale attraverso la scelta e la composizione dei contenuti che si intendono divulgare. In tale contesto, l'utente finale si trasforma in attivo della filiera produttiva attraverso l'autonoma individuazione degli spazi di diffusione del proprio pensiero, dei propri convincimenti e delle proprie opinioni, ampliando in maniera esponenziale l'ambito di esercizio dei propri diritti fondamentali.

In tale prospettiva, la Web Tv potenzia notevolmente il ruolo democraticamente rilevante del mezzo televisivo ampliandone il relativo campo d'azione in termini di soggetti coinvolti e di varietà dei contenuti diffusi.

La tradizionale trasmissione di programmi televisivi ad un'ampia ed eterogenea platea di generi diversi lascia il posto, infatti, ad una dimensione quasi - se non del tutto - tematica dovuta alla sostanziale tendenza della televisione sul Web di focalizzarsi su singoli generi o addirittura su singoli temi di approfondimento. In questo modo, l'omogeneizzazione dettata dalla televisione generalista subisce un ridimensionamento a favore di nuovi spazi comunicativi in Rete destinati a soggetti non professionali e di nuovi spazi di "nicchia" per specialisti ed operatori del settore [11].

Un'altra novità di rilievo è rappresentata dalla dimensione partecipativa delle nuove piattaforme trasmissive. Molteplici, infatti, sono le Web TV che nascono con una specifica mission di denuncia o di approfondimento informativo finalizzato a rendere note od amplificare situazioni di disagio o di incuria dei luoghi di appartenenza dei fornitori di contenuti.

Sotto tale profilo, per la prima volta piccoli gruppi di utenti, avvalendosi della maggiore pervasività dell'immagine collegata all'ampiezza della Rete, assumono le vesti di watchdog, divenendo controllori diretti del corretto funzionamento delle istituzioni [12]. Un controllo, questo, che viene a svilupparsi ed articolarsi lungo i variegati confini territoriali nazionali,

rafforzandosi grazie al diretto collegamento esistente tra il soggetto informatore ed il contesto oggetto di analisi.

È evidente che, in questo modo, la platea di oratori si allarga a dismisura rispetto alla televisione tradizionalmente intesa. Una moltitudine di cittadini di varia estrazione sociale, età e professione, decide di trasformarsi da passivo destinatario del servizio audiovisivo ad ideatore ed organizzatore dei contenuti televisivi. Le finalità ultime possono essere le più svariate, ma le motivazioni di fondo nascono dalla stessa comune possibilità: coniugare la capacità penetrativa delle immagini televisive con le enormi potenzialità della Rete Internet al fine di ampliare al massimo la sfera di realizzazione del fondamentale diritto alla manifestazione del pensiero.

Un ulteriore elemento di rilievo che sottolinea la particolarità di tale piattaforma di distribuzione è rappresentato dalla possibilità offerta all'utente di interagire in maniera immediata con il fornitore dei contenuti ed, eventualmente, con gli altri utenti attraverso molteplici metodi di interazione messi a disposizione dalla piattaforma. La Web TV, infatti, permette il dialogo bidirezionale tra editore e utente grazie alla possibilità di fornire feedback attraverso il sistema dei commenti, di attivare forum, newsletter, chat on-line fino alla creazione di vere e proprie community che si fanno carico di promuovere le attività diffuse ovvero di fornire consigli e proposte in merito alle tematiche da affrontare.

Sulla base delle considerazioni fatte, è evidente che la globalità della diffusione dei contenuti, l'immediatezza del momento comunicativo e la bidirezionalità della comunicazione proprie della Web Tv rendono questa piattaforma particolarmente innovativa e rilevante ai fini del pluralismo di tipo interno.

2.1. La Web TV tra rilievi critici e disciplina normativa.

Accanto alle conseguenze positivamente operanti in vista del perseguimento dell'obiettivo pluralista, l'affermarsi di forme di diffusione dei contenuti audiovisivi mediante la Rete Internet presenta anche degli aspetti critici alla luce della peculiarità di un mezzo trasmissivo che da anni si trova al centro di un delicato dibattito dottrinale e giurisprudenziale. In particolare, la Web TV tende a concentrare su di sé sia gli aspetti problematici che hanno in passato caratterizzato la disciplina radiotelevisiva nella sua affannosa ricerca di un punto di equilibrio plurale di voci e di fonti informative, sia i numerosi profili di criticità collegati alla regolazione delle attività su Web [13].

Nel processo di realizzazione di un idoneo bilanciamento tra tutela dei diritti fondamentali degli utenti e necessità di porre le nuove tecnologie al servizio della libertà di manifestazione del pensiero, il primo aspetto critico è rappresentato dalla problematica individuazione degli elementi essenziali che permettono di riconoscere il fenomeno della Web TV e di distinguerlo da altre forme di comunicazione, che, pur facendo uso di immagini ed audio, non possono essere considerate direttamente concorrenti con le emittenti radiotelevisive tradizionali. A rendere particolarmente complessa questa

attività di identificazione è il carattere peculiare di tale tipologia di TV, che – come visto – si afferma come una attività di tipo trasversale, sia in termini di contenuti diffusi, sia in termini di soggetti coinvolti.

A tal fine, il primo riferimento normativo in materia è ovviamente rappresentato dal Testo Unico dei servizi di media audiovisivi, tuttavia, non nella sua formulazione originaria datata 2005, bensì nel testo rinnovato ad opera del D. Lgs. n. 44 del 2010. In linea con la direttiva europea n. 65 del 2007 [14] cui ha dato attuazione, il citato decreto sottopone al campo di applicazione della disciplina in materia radiotelevisiva solo quelle forme di comunicazione in Rete caratterizzate dalla presenza congiunta di due condizioni fondamentali in capo ai soggetti aggregatori: la responsabilità editoriale - in qualsiasi modo esercitata - e la presenza di effettivo sfruttamento economico dei contenuti diffusi. Il primo elemento, a sua volta, implica la presenza di due ulteriori condizioni concorrenti: l'esercizio di un controllo effettivo sia sulla selezione dei programmi, ivi inclusi i programmi-dati, sia sulla loro organizzazione in un palinsesto cronologico, nel caso delle radiodiffusioni televisive o radiofoniche, o in un catalogo nel caso dei servizi a richiesta.

In questo modo, la disciplina attuale consente di compiere una prima scrematura tra le diverse forme di comunicazione presenti in Rete, ancorando l'attività audiovisiva alla responsabilità editoriale dei fornitori di contenuti.

Per individuare, invece, il sistema di obblighi gravanti sui titolari di Web TV si rende necessario integrare la normativa di rango primario con la disciplina di dettaglio, la cui adozione, ai sensi degli artt. 21-bis e 22-bis del Testo Unico, è stata affidata dal legislatore italiano all'Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni. Sulla base di tale competenza, l'Autorità, con delibera n. 606/10/CONS [15], ha approvato il regolamento concernente la prestazione di servizi di media audiovisivi lineari o radiofonici su altri mezzi di comunicazione elettronica (in sostanza Web TV, IPTV e mobile TV). Tale provvedimento subordina l'esercizio di tale forma di comunicazione al rilascio di un'apposita autorizzazione fondata sull'istituto del silenzio-assenso, attraverso il tacito accoglimento della domanda ai sensi dell'articolo 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241. Di conseguenza, i soggetti che presentano la domanda di rilascio del titolo si intendono autorizzati entro 30 giorni dalla relativa presentazione, salvo l'adozione di un motivato provvedimento di diniego in mancanza dei requisiti richiesti.

Rileva sottolineare che tali autorizzazioni, con durata rinnovabile pari a 12 anni, non possono essere rilasciate a società che non abbiano per oggetto sociale l'esercizio di attività radiotelevisiva, editoriale o comunque attinente all'informazione o allo spettacolo [16]. Infine, i soggetti che hanno ottenuto l'autorizzazione per effetto del silenzio-assenso sono tenuti all'iscrizione presso il Registro degli operatori della comunicazione. Ne sono dispensati, invece, i soggetti che ai sensi del regolamento descritto non sono tenuti a richiedere l'autorizzazione.

Passando all'individuazione degli obblighi e delle responsabilità a carico di tali società, il suddetto regolamento prevede un quadro regolativo con obblighi sostanzialmente identici a quanto previsto per le emittenti televisive.

Tali Web TV, sia che forniscano servizi organizzati in palinsesti, sia che diffondano i propri contenuti su richiesta, sono tenute a rispettare le disposizioni in materia di garanzie degli utenti e dei diritti d'autore di cui agli articoli 32 e 32-bis del Testo unico; le disposizioni in materia di comunicazioni commerciali audiovisive, quando applicabili e le disposizioni in tema di tutela dei minori di cui all'articolo 34 del Testo unico. Inoltre, sono tenute a promuovere, gradualmente e tenuto conto delle condizioni del mercato, la produzione di opere europee e l'accesso alle stesse, secondo le modalità definite dal regolamento di cui all'articolo 44, comma 7, del Testo unico. Per i servizi di media audiovisivi di tipo lineare la delibera n. 606/10/CONS prevede, in aggiunta, il rispetto delle disposizioni di cui all'articolo 32-quinquies, comma 2, del Testo unico in materia di responsabilità e rettifica delle informazioni fornite dai telegiornali e giornali radio.

Il Testo Unico ed il regolamento attuativo adottato dall'Autorità, quindi, fanno proprio il principio della sostanziale sostituibilità del mezzo trasmissivo. Il fatto che l'attività televisiva venga diffusa tramite un computer ovvero un tablet e non sul tradizionale mezzo di trasmissione non è condizione valida per eventuali esoneri di responsabilità.

Tuttavia, proprio il principio della perfetta sostituibilità ha sollevato delle criticità soprattutto con riferimento a quelle tipologie di Web Tv definite "micro" perché caratterizzate da un'attività di diffusione di immagini non altamente remunerativa e spesso incentrata su uno o pochi soggetti operanti al proprio interno. Essendo contraddistinte dalla diffusione di immagini e suoni di "carattere non meramente accidentale", dovrebbero anche esse essere soggette all'articolato quadro di obblighi e responsabilità che ricadono su una grande emittente radiotelevisiva.

Tale possibilità è stata oggetto di un intenso dibattito sollevato dagli operatori della Rete a seguito della stesura della prima versione del regolamento proposto da Agcom. A tal proposito, molti hanno ritenuto iniqua l'imposizione di un carico di obblighi identico per tutti gli operatori senza alcuna differenziazione almeno per le Web TV di minori dimensioni. Si è paventato, in particolare, il rischio di un "soffocamento" del giornalismo di tipo partecipativo che proprio nelle piccole realtà aveva trovato nuovo impulso e vigore [17].

A stimolare ulteriormente tali critiche è intervenuta anche la disciplina dettata dalla già citata direttiva 2007/65/CE che fonda l'equiparazione delle nuove forme di televisione con quella tradizionale sulla capacità delle prime di entrare in concorrenza diretta con queste ultime. Nei confronti di tale previsione, è stato evidenziato che l'obiettivo economico perseguito dall'attività di diffusione può essere considerata condizione necessaria, ma non sufficiente a rendere realmente "pericolosa" una piccola Web TV di carattere regionale o addirittura locale rispetto ad una grande emittente nazionale. L'imposizione di regole e sistemi sanzionatori non sostenibili per una piccola realtà economica non avrebbe determinato un vantaggio in termini di concorrenza del sistema radiotelevisivo non essendovi di fatto i presupposti per un effettivo scontro competitivo ma, al contrario, avrebbe

determinato conseguenze negative sul piano della pluralità delle fonti di informazione, spingendo alla chiusura di migliaia di micro Web TV presenti sul territorio nazionale.

In seguito a tali critiche e perplessità, Agcom ha ritenuto necessario rivedere il testo proposto, circoscrivendo il campo di applicazione del regolamento ai soli professionisti effettivamente provvisti di capacità competitiva, vale a dire ai soggetti che dispongono di una soglia minima di ricavi annui derivanti da attività tipicamente radiotelevisive superiore a 100.000 euro [18].

Questo ha permesso di tutelare tutti quegli spazi che, pur avvalendosi delle potenzialità della Rete, non assumono caratteristiche tali da poter essere paragonate ad attività informativa, ma vanno ad annoverarsi tra i nuovi ed innovativi modi in cui il pensiero del singolo viene ad esteriorizzarsi ai sensi dell'articolo 21 della Costituzione e ad alimentare il pluralismo nella sua dimensione interna.

3. Over-the-Top TV e pluralismo esterno.

L'innovazione tecnologica è intervenuta ad arricchire non solo il panorama delle voci e delle opinioni diffuse, ma anche il sistema degli attori direttamente coinvolti nella trasmissione di tale servizio, contribuendo ad ampliare in maniera determinante anche il carattere esterno del pluralismo radiotelevisivo. L'integrazione "broadcast-broadband" con la parallela nascita della televisione cosiddetta connessa - Connected TV - ha dato l'avvio, infatti, ad un panorama di servizi variegato e multiforme in cui alle trasmissioni tradizionali monodirezionali vengono ad affiancarsi servizi ad elevato valore aggiunto che fanno della connettività alla Rete e della interattività i propri punti di forza. In aggiunta, emittenti tradizionali ed operatori nativi digitali hanno iniziato per la prima volta a confrontarsi con soggetti caratterizzati da bagagli tecnico-operativi completamente diversi perché provenienti dal mondo delle reti di telecomunicazione, dall'editoria e da Internet.

All'interno di questo complesso nucleo di soggetti affermatosi assumono rilievo ai fini del pluralismo di carattere esterno una particolare categoria di operatori noti come Over-the-Top.

Il loro avvento sul mercato radiotelevisivo è talmente recente e così poco strutturato, anche in relazione agli strumenti utilizzati per la realizzazione della loro attività economica, da risultare difficile, oggi, darne una chiara definizione. Se si fa riferimento al mezzo attraverso il quale è possibile usufruire dei servizi erogati da questa nuova tipologia di operatori, è necessario parlare di Over-the-Top TV. Tale termine identifica un sistema di diffusione dei contenuti audiovisivi che utilizza come supporto trasmissivo il tradizionale schermo televisivo, abilitato, però, alla connessione ad Internet. In questo modo, la televisione, pur mantenendo intatte le proprie caratteristiche originarie, offre all'utenza un valore aggiunto grazie alla possibilità di connettersi alla Rete e di diffondere prodotti alternativi e spesso profondamente diversi da quelli già garantiti dal comune segnale digitale.

Con riferimento, invece, ai soggetti coinvolti, la OTT TV consente ad Internet service provider come Google, Youtube e MySpace di varcare per la prima volta i confini del settore televisivo fornendo i propri prodotti ridefiniti ed adattati alla piattaforma nella sua rinnovata dimensione interattiva. Tali dispositivi, infatti, permettono l'accesso alla Rete "bypassando" concretamente il singolo access provider attraverso la predisposizione sullo schermo televisivo di apposite applicazioni software – le cosiddette "app" – che consentono agli utenti di collegarsi direttamente ai prodotti offerti da tali operatori. Questo giustifica la definizione di tali soggetti come Over-the-Top intesi come coloro che operano concretamente "al di sopra" della fascia degli ISP che normalmente forniscono i propri servizi in Rete.

Alla luce di quanto brevemente descritto, è evidente che l'utilizzo di tali piattaforme solleva più di una criticità, nel caso in cui si voglia individuare il più opportuno quadro di regole e di responsabilità da riconoscere in capo ai nuovi operatori del settore. Gli Over-the-Top traslano, infatti, nel sistema radiotelevisivo "le problematiche connesse con la transnazionalità delle rete accentuate dalla ubiquità del servizio" [19] imponendo un ripensamento della disciplina in materia degli audiovisivi, che tenga conto delle caratteristiche caratteristiche e delle criticità del mondo della Rete.

Il primo aspetto critico di rilievo riguarda, ancora una volta, l'individuazione di un idoneo sistema di responsabilità che consenta di identificare in maniera chiara e diretta gli autori degli illeciti che vengono compiuti in tale contesto convergente, pur non limitando a priori le potenzialità dei nuovi mezzi diffusivi. Tale attività risulta indispensabile ai fini della corretta evoluzione dell'attuale scenario degli audiovisivi, ma diviene particolarmente complessa se si considera che tra gli operatori oggetto di analisi vi sono ora anche gli Internet service provider caratterizzati a loro volta da un sistema di responsabilità civile e penale che è ancora oggi oggetto di ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale [20].

Al fine di realizzare la ricostruzione della disciplina delle responsabilità nel nuovo panorama radiotelevisivo, è necessario, quindi, far riferimento innanzitutto alla direttiva n. 2010/13/UE [21] a livello europeo e al Testo Unico in materia di media audiovisivi, D. Lgs. 177/2005, per quanto riguarda l'ordinamento italiano. Entrambi gli atti hanno esteso il quadro normativo in materia di audiovisivi – pur negli opportuni adattamenti – anche alle trasmissioni televisive su Internet (webcasting) e alle trasmissioni continue in diretta (live streaming). Tale scelta è stata compiuta all'indomani dell'affermarsi di una serie di attività, quali i servizi on demand, che, benché caratterizzate da un modello innovativo di fruizione dei contenuti, sono state considerate direttamente concorrenti con il servizio radiotelevisivo di tipo lineare e pertanto suscettibili di applicazione di un quadro regolativo sostanzialmente identico nei suoi principi fondamentali. All'ampliamento dello scenario di regolazione si è aggiunta poi la previsione di una puntuale responsabilità editoriale diretta a carico del fornitore di servizi di media audiovisivi. Tale responsabilità ai sensi dell'articolo 1, comma 1 lettera c), della citata direttiva implica "l'esercizio di un controllo effettivo sia sulla selezione dei programmi, sia sulla loro organizzazione in un palinsesto

cronologico, nel caso delle radiodiffusioni televisive, o in un catalogo, nel caso dei servizi di media audiovisivi a richiesta”. Ne consegue che, indipendentemente dalla linearità o meno del servizio, se quest’ultimo presenta le medesime specificità e finalità dell’attività radiotelevisiva alla luce del valore che essa esprime per l’evoluzione in senso democratico delle società moderne, il fornitore è tenuto a rispettare il peculiare tessuto di regole e di responsabilità stringenti vigenti in materia.

È evidente però che il quadro di parametri identificati dal legislatore viene a stridere se si tenta di applicarlo sic et simpliciter al particolare mondo degli operatori Over-the-Top.

Come detto in precedenza, tali operatori sono in grado di bypassare i normali fornitori di servizi on line attraverso la predisposizione di particolari applicazioni software create ad hoc per l’utenza televisiva. Per il tramite degli OTT, quindi, non è l’intero mondo della Rete ad essere incanalato all’interno della piattaforma televisiva, ma solo “frammenti” dei relativi servizi e contenuti.

Tale constatazione impone inevitabilmente delle riflessioni importanti ai fini dell’obiettivo del pluralismo radiotelevisivo. In primo luogo, diviene fondamentale comprendere quale siano le logiche sottese alla determinazione del numero di applicazioni e contenuti che possono essere diffusi da parte di una determinata piattaforma televisiva. È evidente che il maggiore o minore numero di “app” presenti su un dispositivo influenza direttamente l’esperienza di consumo dell’utente, definendo a priori il numero dei contenuti a cui egli ha la possibilità di accedere.

In secondo luogo, emerge l’esigenza di inquadrare i nuovi operatori in un sistema di responsabilità e libertà di agire che sia coerente con il ruolo che il sistema radiotelevisivo da sempre assume all’interno delle società democraticamente avanzate.

Con riferimento al primo quesito, si rende necessario prendere in considerazione una categoria di operatori che in passato non è mai stata considerata ai fini della determinazione delle regole di disciplina dei contenuti audiovisivi. Si tratta, infatti, dei produttori degli apparati televisivi connessi e dei decoder che nell’attuale panorama convergente vengono ad influenzare per la prima volta direttamente le modalità di diffusione del servizio radiotelevisivo.

Sono proprio tali soggetti a determinare il numero e la qualità delle finestre che consentono l’accesso alla Rete Internet mediante la determinazione di accordi contrattuali con gli OTT [22].

Ne consegue che il livello quali-quantitativo dei contenuti diffusi, al di là delle prestazioni tecniche delle nuove piattaforme, risulta influenzato da una doppia attività di selezione dei contenuti da offrire realizzata a partire da valutazioni preminentemente di carattere economico. È prevedibile, quindi, che in questa fase nessuna attenzione venga, invece, prestata al carattere qualitativo dei programmi diffusi in vista soprattutto della tutela degli utenti. Ne consegue che anche le dinamiche che sottendono la commercializzazione di tali piattaforme televisive assumono oggi rilevanza ai fini della realizzazione dell’obiettivo pluralista, richiedendo l’introduzione di

tale categoria di produttori nella griglia dei competitors cui il legislatore dovrà fare riferimento in vista di una adeguata evoluzione della disciplina in materia.

Con riferimento al secondo quesito avente ad oggetto la definizione di un idoneo sistema di responsabilità che tenga conto delle peculiarità dei nuovi operatori OTT e delle modalità di diffusione delle proprie attività, la previsione dell'esercizio di un controllo effettivo sia sulla selezione dei programmi, sia sulla loro organizzazione dettata dal citato art. 1, comma 1 lettera c), della Direttiva sui servizi di media audiovisivi pone inevitabili problemi applicativi.

Come è ampiamente noto, ai sensi della direttiva n. 31/2000/CE, recepita in Italia con D. Lgs. n. 70 del 2003, i fornitori di servizi della società dell'informazione e della comunicazione, indipendentemente dal fatto che svolgano attività di mere conduit, caching o di hosting, non sono assoggettati ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite.

L'assenza di tale peculiare obbligo viene ad integrarsi con la previsione secondo cui qualsiasi ulteriore attività svolta dal provider, che ecceda il fine naturale dell'attività cui egli stesso è preposto, alterando, di conseguenza, il profilo di neutralità e di indifferenza rispetto al contenuto diffuso, integra una responsabilità di tipo extracontrattuale. In altri termini, partendo da una sostanziale situazione di irresponsabilità del mero fornitore dell'accesso alla Rete, il legislatore ha provveduto a tipizzare i casi in cui l'attività svolta perda quel quid di neutralità necessaria a renderlo estraneo agli illeciti compiuti dai propri utenti. È solo il mancato rispetto dei limiti stabiliti a poter giustificare il sorgere di un'obbligazione risarcitoria in capo al provider nei confronti di quanti abbiano subito un danno ingiusto da un'illecita attività realizzata per il tramite dei propri servizi. deriva che la disciplina in materia di internet service provider è attualmente basata su una sostanziale non responsabilità del fornitore di servizi "a condizione che il suo ruolo sia circoscritto alla mera intermediazione tecnica e che non vi sia una partecipazione attiva alla commissione dell'illecito" [23].

Inquadrate all'interno della disciplina dei media audiovisivi, questo sistema di responsabilità comporta la sostanziale impossibilità di riconoscere in capo agli operatori Over-the-Top una precipua responsabilità per i contenuti diffusi. Una situazione questa che viene, in realtà, a porsi in diretta antitesi con il reticolare sistema di obblighi posti a carico dei fornitori di servizi media audiovisivi stabiliti a tutela degli utenti e dell'evoluzione democratica del settore.

4. Verso la piena convergenza tra il settore radiotelevisivo e la Rete Internet: la direttiva 2010/13/UE.

L'analisi di piattaforme innovative come la Web Tv e la Over the Top TV evidenzia l'esistenza di un panorama televisivo particolarmente favorevole ai

fini del pluralismo, ma al tempo stesso intriso di una serie di criticità dalla connotazione polivalente, a fronte delle quali, ad oggi, non esiste un sistema di regole adeguate, che sia in grado di coniugare le precipue caratteristiche di due settori distinti, sviluppatasi nel corso degli anni su binari diversi in termini di regolamentazione e di finalità perseguite. Ne deriva l'esigenza di un confronto costruttivo tra la disciplina classica televisiva e quella relativa ai sistemi delle comunicazioni elettroniche, che permetta di individuare i punti di convergenza su cui costruire un nuovo modello regolatorio che sia comprensivo anche dei servizi offerti dal variegato mondo della Rete, cercando di preservare al tempo stesso quella sfera di forme di comunicazione che sono strettamente connesse all'estrinsecazione delle personalità degli internauti. Solo in questo modo sarà possibile delineare un nuovo e necessario equilibrio tra il nucleo di principi fondamentali - il pluralismo, l'ampiezza delle voci diffuse, la tutela dei minori, la non discriminazione - che ormai sono considerati elementi imprescindibili del servizio radiotelevisivo e la tutela delle libertà fondamentali che ruotano intorno alla Rete Internet.

Sotto tale profilo, un primo passo è già stato compiuto ad opera della già citata direttiva 2010/13/UE, 10 marzo 2010 ed in Italia con il D. Lgs. n. 44 del 2010, che hanno esteso il raggio d'azione della disciplina anche ai fornitori di servizi on demand data la loro diretta concorrenza con il servizio radiotelevisivo.

Il carattere innovativo del nuovo quadro normativo venuto a delinearci ad opera di questi interventi si afferma in maniera evidente a partire dalla denominazione stessa della direttiva in questione e dell'oggetto di disciplina. La direttiva 2010/13/UE, infatti, non fa più uso del termine "trasmissioni televisive", né tanto meno si riferisce esclusivamente agli strumenti di veicolazione tradizionali, nello specifico il cavo, l'etere, o il satellite, che per anni hanno rappresentato i parametri di riferimento fondamentali dell'impianto della precedenti direttive in materia di audiovisivi [24]. Al contrario, la direttiva del 2010 adotta un termine del tutto nuovo - i "servizi di media audiovisivi" - aprendo per la prima volta il quadro normativo alle trasformazioni determinate dal processo di convergenza tecnologica e affermandosi, di conseguenza, come prima norma convergente in materia. Con tale termine si intende, infatti, un servizio, "quale definito agli articoli 49 e 50 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, che è sotto la responsabilità editoriale di un fornitore di servizi di media e il cui obiettivo principale è la fornitura di programmi al fine di informare, intrattenere o istruire il grande pubblico, attraverso reti di comunicazioni elettroniche" [25]. Nessuna indicazione specifica, quindi, del singolo strumento dedicato alla trasmissione, ma un unico parametro di riferimento rappresentato dalle reti di comunicazione elettronica, in grado di veicolare qualsiasi tipo di contenuto digitale indipendentemente dalla piattaforma di destinazione.

In questo modo i più innovativi servizi di broadband divengono oggetto di disciplina affiancandosi alle tradizionali attività di broadcast nell'obiettivo di individuare un quadro comune di regole in cui vi sia un adeguato punto di

equilibrio tra le potenzialità dei nuovi mezzi e la tutela dei diritti fondamentali degli utenti.

Con riferimento all'analisi del contenuto della disciplina dettata in materia, il legislatore europeo ha delineato un quadro articolato caratterizzato da un complesso di regole di base valido per tutti i servizi di media audiovisivi cui si affianca un quadro di regole più incisive e dettagliate dedicato ai soli servizi di media audiovisivi di tipo lineare. Tale distinzione assume rilievo ai fini dell'evoluzione del sistema degli audiovisivi e trova la propria chiave interpretativa nella definizione tracciata dalla direttiva 2010/13/UE in materia relativamente ai profili di responsabilità connessi ai servizi a richiesta. Nel Considerando (42), infatti, il legislatore europeo afferma che i servizi di media audiovisivi a richiesta si differenziano dalle emissioni televisive tradizionali per la maggiore possibilità di scelta e di controllo che l'utente può esercitare, nonché in relazione all'impatto che essi hanno sull'evoluzione democratica della società. Infatti, la maggiore flessibilità garantita dai contenuti audiovisivi on demand, soprattutto in termini di modalità e di tempi di utilizzo del servizio, consente all'utente di poter meglio tutelarsi, e, soprattutto, in maniera autonoma, dalla visione di contenuti lesivi o potenzialmente dannosi.

Dinanzi a questa maggiore libertà di composizione della programmazione televisiva non trova giustificazione l'imposizione della fitta rete di limiti regolativi a suo tempo stabiliti per i servizi lineari che, al contrario, data la loro sostanziale "immobilità" all'interno del palinsesto definito dall'editore, hanno più possibilità di veicolare contenuti dannosi per l'utente finale. Sulla base di tale interpretazione viene a giustificarsi un doppio binario di regolazione: "più leggera" [26] e meno restrittiva per i servizi di media audiovisivi a richiesta; maggiormente vincolante, invece, per i servizi tradizionali di tipo lineare. A tali norme si aggiunge, infine, la cornice di principi e valori fondamentali a cui l'intero sistema radiotelevisivo deve necessariamente ispirarsi senza distinzioni di sorta dettati dalle modalità di diffusione dei contenuti e recepiti nel Testo Unico.

Tra l'insieme di norme estese a tutti i servizi di media audiovisivi, assume particolare importanza il Capo III della direttiva n. 13 del 2010 che pone a carico di tutti gli Stati membri l'obbligo di assicurare che i relativi contenuti non contengano alcun incitamento all'odio basato su razza, sesso, religione o nazionalità; garantiscano parità d'accesso a tali servizi anche a persone affette da disabilità e in età avanzata ed, infine, favoriscano una più facile fruizione delle informazioni relative al fornitore dei servizi di media. Quest'ultima previsione assume particolare rilievo poiché si pone a simbolo del processo di convergenza broadcast-broadband in atto riprendendo una delle regole fondamentali dell'impianto normativo dedicato al commercio elettronico. Si fa riferimento agli obblighi di informazione per il riconoscimento dei soggetti preposti alla vendita di servizi e prodotti sulle reti di comunicazione elettronica. Infatti, partendo dalla constatazione che l'utente vive comunque un "disagio tecnologico" derivante dall'impenetrabilità delle dinamiche di funzionamento della piattaforma [27], dalle difficoltà di comprendere chi sia il proprio fornitore e le caratteristiche

quali-quantitative della merce che ha intenzione di acquistare, la direttiva n. 2000/31/CE pone al centro della propria disciplina un vasto decalogo di obblighi informativi al fine di ridurre il gap esistente tra il cyber consumatore, evidentemente parte debole del contratto, ed il professionista [28].

5. Criticità e problematiche del nuovo scenario delle piattaforme diffusive.

Come evidenziato nel corso dell'analisi, l'innovazione e la convergenza tecnologica trasferiscono le criticità specifiche del mondo del Web, relative alla riconoscibilità della controparte e all'individuazione delle rispettive responsabilità, nonché agli strumenti di tutela degli utenti, all'interno del panorama degli audiovisivi, richiedendo un'estensione del quadro dei destinatari degli obblighi dettati in materia. L'ampliamento del quadro di applicazione della disciplina, tuttavia, non risolve le problematiche che l'avvento delle nuove piattaforme contribuisce a far emergere giorno dopo giorno. L'affermarsi delle TV connesse, infatti, pone il legislatore dinanzi alla delicata scelta di confermare il quadro di regolazione esistente ovvero di procedere ad una sua articolazione su diversi livelli di regolamentazione a seguito della diffusione di contenuti provenienti dal Web, a loro volta sottoposti ad un sistema di discipline fortemente frammentato e non armonico. In particolare, se si prende in considerazione il fenomeno delle Over the Top TV è possibile affermare che alcune regole, strutturate sulla base del particolare consumo televisivo di tipo lineare, rischiano di perdere significato se applicate sic et simpliciter alle nuove piattaforme televisive. Si pensi, ad esempio, ad alcune norme di dettaglio in materia di limiti pubblicitari che non possono trovare più giustificazione nella loro originaria versione in un contesto in cui il contenuto audiovisivo viene estrapolato dal palinsesto di riferimento ed utilizzato per una visualizzazione unica e decontestualizzata dalla relativa programmazione [29].

Al tempo stesso, alcune regole imposte nello scenario "non connesso" richiedono necessariamente di essere rafforzate. È il caso, ad esempio, delle norme a tutela dei minori che assumono un rilievo di primo piano in un panorama in cui le piattaforme connesse consentono un accesso a qualsiasi tipo di contenuto supportato dall'apparecchio con limitate modalità di filtraggio a tutela di tali utenti. Appare effettivamente difficile, ad esempio, applicare le fasce di protezione oraria su contenuti che risultano permanentemente accessibili in Rete e, tramite le finestre di connessione, anche sui nuovi televisori. È evidente la necessità di definire un sistema di regole e di responsabilità che tenga conto del rinnovato modo di intendere il servizio radiotelevisivo, con particolare riferimento a quelle categorie di soggetti che non dispongono degli strumenti idonei per tutelarsi da una visione inconsapevole di contenuti non graditi. Questo anche alla luce della presenza di operatori tradizionali, concessionari del servizio pubblico ed imprenditori privati, che a differenza dei soggetti nativi in Rete, sono

sottoposti ad un dettagliato regime di regole e di sanzioni a tutela dell'utenza. Un'asimmetria regolativa che attualmente non appare più sostenibile se, come ormai accade, l'attività in Rete viene ad operare in diretta concorrenza con il servizio radiotelevisivo tradizionalmente inteso. Il rischio che si prospetta è che uno stesso dispositivo possa trovarsi in futuro prossimo ad accogliere filosofie regolative antitetiche, perché basate, l'una su un dettagliato quadro di obblighi e responsabilità a carico dei fornitori di servizi audiovisivi lineari e non lineari, l'altra su una sostanziale frammentazione regolativa destinata agli operatori Over-the-Top, pur essendo diretta a soddisfare le esigenze del medesimo utente.

Un secondo aspetto critico, collegato alla dimensione interna dell'obiettivo del pluralismo, è rappresentato dal tema della net neutrality. Come è noto, con tale termine si intende "l'insieme delle condizioni tecniche, giuridiche e commerciali in virtù delle quali si garantisce parità di trattamento dei dati veicolati in rete e la facoltà degli utenti di accedere liberamente a contenuti, servizi e applicazioni di propria scelta" [30]. Tale concetto, in altri termini, esplicita l'obiettivo degli utenti della Rete affinché essa si preservi aperta e sostanzialmente libera, garantendo una diffusione dei contenuti in maniera paritaria senza distinzioni in base all'oggetto veicolato.

Tuttavia, con l'evoluzione in senso convergente e l'affermarsi di un "ecosistema digitale" caratterizzato da un vasto panorama di operatori concorrenti, provenienti da settori tradizionalmente distinti, di utenti connessi e dalla moltiplicazione dei servizi realizzati, il carattere neutrale della Rete risulta inevitabilmente messo in discussione. Lo straordinario aumento di volume dei contenuti diffusi ha fatto emergere la consapevolezza che anche tale risorsa non possa più essere considerata ad uso indeterminato, favorendo la convinzione che sia necessario introdurre forme di traffic management [31]. Trattasi di regole di gestione del traffico di dati in Rete destinate ad introdurre forme di intervento puntuale e differenziato sulla trasmissione dei dati, in modo tale che questi ultimi siano diffusi in base alla specificità del contenuto veicolato e non in maniera indeterminata.

La possibilità di "dirigere il traffico della Rete" a seconda dell'oggetto di diffusione, tuttavia, pone inevitabilmente dei problemi di rilievo soprattutto in relazione alla tutela della libertà di manifestazione del pensiero che nella Rete ha individuato il mezzo diffusivo di maggiore rilevanza. Se è evidente che la televisione, pur mantenendo la propria funzione centrale all'interno del processo evolutivo della società, tende a migrare sempre più su piattaforme interattive, il problema della net neutrality tende a trasformarsi, in un immediato futuro, in un problema di accessibilità ai contenuti audiovisivi. L'effettiva possibilità per l'utente finale di usufruire del servizio di Web Tv ovvero di accedere alla programmazione fornita da una IPTV sarà inevitabilmente connessa al livello di congestione della Rete. In presenza di una banda larga non in grado di sostenere il carico dei contenuti diffusi o di una qualità trasmissiva non eccellente, si presume che la piena fruibilità dei servizi radiotelevisivi verrà compromessa con conseguente limitazione del diritto fondamentale del cittadino ad una informazione plurale e variegata.

Questo particolare tecnico assume rilievo con riferimento alla emittente concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo. Poiché il servizio erogato da quest'ultima è considerato di interesse generale per la collettività e strettamente collegato alle esigenze democratiche della società è inevitabile chiedersi se sia necessario prevedere in un futuro non troppo lontano forme di diffusione prioritaria di siffatti contenuti [32] rispetto a dati che non sono rivestiti di tale rilevante funzione. È evidente che si tratta di un discorso particolarmente delicato perché impone un'attenta azione di bilanciamento tra il nucleo di diritti fondamentali connessi alla diffusione del servizio radiotelevisivo ed il complesso delle nuove libertà che ruotano intorno all'utilizzo di Internet. Prevedere canali preferenziali per i contenuti audiovisivi potrebbe comportare, infatti, in assenza di adeguati e trasparenti criteri di differenziazione dei contenuti, una inaccettabile compressione degli spazi di comunicazione offerti dalla Rete. Qualsiasi forma di limitazione o intervento sul traffico dati dovrebbe quindi risultare necessario, proporzionato, e appropriato visto l'elevato ruolo riconosciuto ad Internet di "strumento essenziale per l'istruzione e l'esercizio pratico della libertà di espressione e l'accesso all'informazione" [33].

Con riferimento, invece, al pluralismo di tipo interno, si evidenzia su più fronti in dottrina [34] la necessità di adottare nuove e specifiche misure all'interno di un rinnovato quadro di disciplina antitrust "ispirato non tanto e non solo a criteri di tipo strettamente economico, ma soprattutto al pluralismo" [35]. Dinanzi a tale situazione, si rileva la necessità di introdurre, a carico degli operatori dominanti, obblighi di must carry e must offer più dettagliati e maggiormente in linea con lo scenario evolutivo.

Come è noto, tali obblighi si sostanziano, nel primo caso, nel divieto di operare discriminazioni non giustificate nei confronti dei nuovi entranti. In particolare, si richiede ai soggetti verticalmente integrati di consentire la fornitura dei contenuti provenienti da operatori esterni alla propria filiera produttiva attraverso la messa a disposizione di idonei spazi di diffusione. Gli obblighi di must offer, invece, si riferiscono ai fornitori di contenuti e si concretizzano nell'obbligo di distribuire, senza operare discriminazioni di sorta, i propri prodotti alle piattaforme di telecomunicazione che ne facciano richiesta.

L'esigenza di un rinnovato quadro di misure di must carry e must offer risulta particolarmente rilevante in Italia, dove la transizione alla tecnica digitale non ha consentito gli effetti sperati in termini di ampliamento dei livelli di pluralismo. La regolamentazione dell'obbligo di must carry, infatti, deriva dal combinato disposto del Codice delle Comunicazioni elettroniche ex D. Lgs. n. 259/2003 e del Testo Unico di cui al D. Lgs. n. 177/2005. In particolare, ai sensi dell'art. 5 comma 1, lettera e) di quest'ultimo, gli operatori di rete sono tenuti a "non effettuare discriminazioni nello stabilire gli opportuni accordi tecnici in materia di qualità trasmissiva e condizioni di accesso alla rete" - soprattutto in relazione ai fornitori a loro non riconducibili (fornitori indipendenti) - e di procedere alla cessione della propria capacità trasmissiva a condizioni di mercato nel rispetto dei principi e dei criteri fissati dal regolamento relativo alla radiodiffusione terrestre in

tecnica digitale, di cui alla delibera dell'Autorità del 15 novembre 2001, n. 435/01/CONS così come integrato dalla delibera n. 663/06/CONS.

Tuttavia, come è stato evidenziato [36], l'obbligo di cessione del 40% della capacità trasmissiva da parte degli operatori di rete previsto da tali delibere non ha sortito gli effetti desiderati, in quanto è stata interpretata come limitato al periodo di sperimentazione della tecnica digitale con l'effetto che una volta terminato lo switch off gli operatori di rete si sono ritenuti "liberi" dall'offrire tali spazi. Passando all'analisi dell'obbligo di must offer, invece, è necessario far riferimento all'articolo 5 comma 1, lettera f) del Testo Unico. Tale articolo prescrive l'"obbligo per i fornitori di contenuti, in caso di cessione dei diritti di sfruttamento degli stessi, di osservare pratiche non discriminatorie tra le diverse piattaforme distributive, alle condizioni di mercato, fermi restando il rispetto dei diritti di esclusiva, le norme in tema di diritto d'autore e la libera negoziazione tra le parti". Il contenuto di tale norma è stato ritenuto da alcuni autori [37] non all'altezza del compito che è stato "assegnato" al legislatore, vale a dire la definizione di una cornice regolativa in grado di garantire un adeguato sostegno all'emersione di quelle piattaforme che ancora oggi risentono fortemente della pressione competitiva proveniente dalle tecnologie trasmissive tradizionali, in primis dalla televisione.

La debolezza della regola è riscontrabile attraverso una semplice analisi dello scenario vigente. Attualmente la possibilità concreta di usufruire del medesimo contenuto su più piattaforme differenti risulta fortemente limitata a causa della presenza di notevoli ostacoli rappresentati dall'elevato numero di clausole di esclusività relative alla singola piattaforma diffusiva e alla tutela delle opere dell'ingegno con particolare riferimento al tema dell'equo compenso. Premettendo che questa non è la sede adatta per affrontare l'annoso dibattito nazionale ed internazionale relativo alla commercializzazione dei diritti audiovisivi ed in particolar modo alla disciplina della tutela del diritto d'autore per le opere diffuse in Rete [38], preme sottolineare l'importanza che queste tematiche hanno ai fini dell'obiettivo pluralista.

Sulla base del panorama delineato la dottrina ha evidenziato la necessità di un sistema di misure che sia in grado di favorire gli operatori emergenti consentendo loro di affrontare ad armi pari gli incumbents durante lo scontro competitivo. In particolare, è stata evidenziata l'esigenza di incoraggiare la commercializzazione dei diritti dei contenuti audiovisivi soprattutto a favore degli operatori emergenti attraverso la previsione di licenze collettive estese e possibilmente multi-territoriali in modo tale da favorire l'adozione di meccanismi di valorizzazione dei contenuti anche in base alla relativa tipologia ed evitare i problemi di acquisto del singolo diritto [39].

A rendere ancora più complesso e delicato lo scenario affermatosi vi è la constatazione che le televisioni connesse traslano nel mondo degli audiovisivi il problema della a-territorialità della Rete e, quindi, del carattere transfrontaliero dei servizi erogati con tutte le implicazioni problematiche di tipo regolatorio che ne derivano. Questa caratteristica tipica del mondo del

Web, d'altra parte, viene a scontrarsi con il principio del "paese d'origine" sancito dalla direttiva 2010/13/UE che limita l'applicabilità del quadro di disposizioni legislative, regolamentari e amministrative concernenti la fornitura e la circolazione dei servizi di media audiovisivi allo Stato membro in cui il fornitore ha la sede principale e quello in cui le decisioni editoriali sui servizi di media audiovisivi sono adottate. È evidente che nel caso degli OTT il problema dell'applicabilità dei sistemi regolativi nazionali assume grande rilievo in quanto nella maggioranza dei casi essi afferiscono a società che hanno sede in paesi non appartenenti all'Unione Europea. In tale scenario, rileva sottolineare che le clausole derogatorie alla libera circolazione dei servizi previste per specifici motivi di interesse generale nulla possono nei confronti di servizi non erogati da società appartenenti a Stati Membri [40]. Appurato che nella maggior parte dei casi le società che forniscono tali servizi hanno sede in paesi non appartenenti all'Unione Europea [41] si rileva la necessità di aprire un tavolo di dibattito tra i vari legislatori europei in modo tale da definire l'ampiezza dei mercati del nuovo scenario competitivo, vale a dire comprendere se l'attenzione debba focalizzarsi sul prodotto nazionale ovvero su quello europeo ed individuare gli strumenti regolativi più idonei in grado di coniugare la tutela delle opere audiovisive europee con i caratteri propri della Rete Internet. L'identificazione del "prodotto da tutelare" emerge in maniera evidente se si tiene conto che la disciplina in materia radiotelevisiva a livello europeo ha lasciato sostanzialmente ai singoli Stati membri il compito di definire le regole di dettaglio, relativamente ai contenuti radiotelevisivi "per promuovere la diversità culturale e linguistica e per assicurare la difesa del pluralismo dei mezzi di informazione" [42]. Tale separazione è stata ritenuta necessaria per preservare le specificità e la varietà culturale dei singoli Paesi membri e si è strutturata nel tempo alla luce delle tradizioni costituzionali e dei progressi democratici delle singole società coinvolte. Ora che invece il prodotto televisivo travalica non solo i confini nazionali, ma addirittura i confini europei, favorendo l'avvento di una molteplicità di contenuti realizzati a partire da radici costituzionali, culturali e storiche potenzialmente diverse, se non addirittura divergenti, diviene naturale domandarsi se sia necessario assumere una visione paneuropeista che sia in grado di tutelare l'utente europeo medio sulla base della convinzione dell'esistenza di un bagaglio comune di esperienze costituzionali e di principi fondamentali condivisi secondo un principio di unità nella differenza [43].

6. Riflessioni conclusive.

I processi di digitalizzazione e di convergenza tecnologica in atto hanno delineato uno scenario peculiare in cui i tradizionali modelli trasmissivi basati sulla diffusione lineare dei contenuti come il satellite, il cavo e la televisione su frequenza terrestre, vengono, da un lato, ad integrarsi ed arricchirsi con le specificità della tecnologia digitale, ma dall'altro risultano "minacciati" dai nuovi modelli distributivi originati sul web. In questo modo, opportunità e

sfide vengono ad emergere in maniera simultanea modificando i parametri del confronto concorrenziale e rendendo il settore estremamente complesso in vista della tutela degli utenti e del pluralismo. Molteplici sono le sfide regolative che vengono oggi ad emergere data la varietà degli attori coinvolti e, soprattutto, caratterizzate da particolare delicatezza, poiché impongono un agire trasversale che sia in grado di superare la limitatezza settoriale e consentire la composizione di interessi tendenzialmente contrastanti.

L'importanza di tale opera di bilanciamento sembra suggerire un agire concertato su più livelli di intervento alla luce della necessità di garantire la composizione di una molteplicità di interessi di natura variegata e multiforme.

In primo luogo, si impone un ripensamento della disciplina generale, attualmente costruita su un sistema di norme non più in grado di operare in maniera adeguata ed efficiente in un panorama così evoluto. La direttiva sui servizi di media audiovisivi, come modificata nel 2010, e conseguentemente il D. Lgs. n. 44/2010 hanno strutturato, come evidenziato nel corso dell'analisi, il nuovo quadro di regole sul concetto di responsabilità editoriale e sulla distinzione tra servizi lineari e non lineari, destinando a tali categorie regole differenziate. Tuttavia, l'ulteriore evoluzione delle tecnologie di diffusione caratterizzate da un livello di ibridazione con la Rete Internet ancora più avanzata rischia di rendere questa distinzione non più efficace in seguito, soprattutto, all'avvento degli operatori Over-the-Top.

La disciplina in materia di media audiovisivi, infatti, non contempla in maniera esplicita e diretta il fenomeno della diffusione dei contenuti da parte delle grandi imprese provenienti dallo scenario del Web. Ne deriva un contesto in cui paradossalmente contenuti simili risultano potenzialmente sottoposti a sistemi di disciplina differenti a seconda della loro fonte di diffusione, ma indipendentemente dalla piattaforma utilizzata. Nello specifico, si assiste all'imposizione di regole dettagliate nel caso dei contenuti audiovisivi di tipo lineare, ad una disciplina meno invasiva per i contenuti on demand ed infine ad una "zona grigia" dai confini normativi indeterminati nel caso degli operatori Over the Top.

In tale scenario, è evidente la necessità di un intervento del legislatore che sia in grado di trasformare in dato normativo l'evoluzione tecnologica in atto, valutando, tra l'altro, anche l'effettiva opportunità di confermare una regolamentazione differenziata ovvero strutturarla diversamente alla luce del nuovo scacchiere competitivo.

Data la complessità delle attuali sfide regolative ed il complesso di interessi da bilanciare, l'intervento regolatorio evidenziato richiede inoltre misure ulteriori di coregolamentazione e autoregolamentazione a completamento ed integrazione del primo. Accanto al ruolo indiscutibile del legislatore nella definizione della cornice dei principi fondamentali cui si deve ispirare l'intero sistema radiotelevisivo, anche alla luce di una forte e consolidata esperienza dottrinale e giurisprudenziale di orientamento democratico, la pluralità degli interessi in gioco impone, infatti, il pieno coinvolgimento dei vari soggetti interessati da tale epocale trasformazione in modo tale da pervenire a soluzioni normative maggiormente flessibili a seconda del particolare

fenomeno analizzato. D'altra parte, sono proprio i soggetti che agiscono direttamente sul campo e che concorrono tra loro ad essere i migliori portavoce dell'esigenze di disciplina e di tutela emergenti all'interno di un mercato dal forte dinamismo dei meccanismi di evoluzione. Tale coinvolgimento diretto potrebbe rendere gli strumenti di attuazione delle disposizioni dettate a livello generale estremamente efficaci perché derivati dall'analisi congiunta di valutazioni e di rilievi critici emersi secondo un'ottica di sussidiarietà di tipo verticale in campo degli audiovisivi.

A ben vedere, come è stato evidenziato, codici di condotta e codici di autoregolamentazione sono già ampiamente utilizzati nel settore degli audiovisivi "dove l'autonomia collettiva presiede la regolazione della disciplina televisiva a tutela dei minori, regola e sorveglia l'inserimento dei prodotti nei programmi o definisce addirittura le modalità di confezionamento di questi ultimi" [44]. A ciò si aggiunge la constatazione che strumenti di coregolamentazione ed autoregolamentazione sono particolarmente diffusi per la realizzazione degli obiettivi di armonizzazione posti dalla direttive dell'Unione Europea.

Sulla base di tale considerazione si evidenzia la necessità di un adeguamento da più parti concertato della disciplina attuale che, fermo restando le innovazioni introdotte con il D. Lgs. 44 del 2010, tenga conto dell'imminente affermazione delle forme di diffusione di contenuti audiovisive ed in primis della Connected TV. A tal proposito rileva sottolineare che con riferimento al concetto di responsabilità editoriale su cui si incentra l'attuale disciplina in materia di contenuti, anche sul versante della Rete Internet ed in particolar modo in materia di responsabilità degli Internet service provider l'evoluzione delle tecnologie ha imposto una riflessione sulla necessità di un cambiamento della disciplina in materia. Si fa riferimento all'affermazione sul piano giurisprudenziale della nozione di "hosting attivo" con la quale è stato individuato un nucleo di fornitori di servizi di hosting, i quali necessariamente si distaccano dalla figura individuata nella normativa europea. In particolare, è stato evidenziato che gli ISP che intervengono ad "arricchire e completare la fruizione" del contenuto immesso da terzi non possano beneficiare del "safe harbour" delineato dal legislatore europeo in quanto la loro attività "si pone ben al di là della mera fornitura di uno spazio di memorizzazione di contenuti e di un software di comunicazione che ne consenta la visualizzazione a terzi" [45].

Il riconoscimento giurisdizionale della figura di hosting attivo ha evidentemente rilevanti conseguenze in vista di un ripensamento della disciplina normativa in materia di audiovisivi. Allontanando, infatti, il principio dell'aprioristica irresponsabilità del provider - non più rispondente alla realtà della Rete - e ammettendo, invece, una evoluzione in senso partecipativo della figura in questione, è possibile gettare le basi per un'estensione del quadro di responsabilità e di obblighi su cui si impernia la disciplina radiotelevisiva anche alle grandi web company rafforzando il sistema di tutele riconosciute agli utenti. Solo riconoscendo un sistema di responsabilità che sia inclusivo anche dei nuovi operatori provenienti dalla Rete sarà possibile parlare di un quadro regolatorio realmente convergente

che faccia della garanzia della libertà e del pluralismo dei mezzi di comunicazione radiotelevisiva, della tutela della libertà di espressione di ogni individuo e dell'apertura alle diverse opinioni e tendenze politiche, sociali, culturali e religiose i propri pilastri fondamentali. È evidente che il lavoro regolativo di tipo multilivello sarà fondamentale ai fini della realizzazione del principio pluralistico. Come detto, il pluralismo nella sua duplice dimensione, interna ed esterna, vive oggi un momento fondamentale del suo percorso di realizzazione. Si tratta di una fase ricca di potenzialità e di opportunità per la realizzazione di un panorama variegato di voci e di opinioni che al tempo stesso però richiede un'adeguata opera di indirizzamento da parte del legislatore che sia in grado di incanalare il valore aggiunto apportato dalle nuove piattaforme al servizio di un panorama in cui pluralismo e tutela dei diritti fondamentali costituiscano principi riconosciuti e garantiti. In tal senso l'adozione di una regolazione articolata su più livelli di intervento risulta essere ad oggi la scelta maggiormente in linea con il significato intrinseco di tale principio [46]. Rappresentando esso stesso un concetto poliedrico e plurale che trascende il singolo settore di regolazione e si afferma come valore *super partes*, il pluralismo, infatti, si nutrirà dell'agire coordinato tra i diversi soggetti operanti nel rinnovato scenario e del complesso di regole comuni e trasversali che il legislatore sarà in grado di individuare. In altri termini, la regolazione su più livelli in un'ottica di tipo convergente ed in vista della realizzazione dell'obiettivo pluralista rappresenta oggi la vera chiave di volta dell'evoluzione dell'attuale disciplina in materia radiotelevisiva verso un sistema plurale delle fonti e degli operatori che si ponga finalmente al servizio della corretta evoluzione in senso democratico della società moderna.

Note:

[*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[1] G. Gardini, L'attività radiotelevisiva come servizio di interesse generale: ruolo del regolatore e inadeguatezza del mercato, in *Ist. fed.*, suppl. n. 1/2006, p. 137. Lo stretto collegamento esistente tra il principio del pluralismo ampiamente inteso e lo sviluppo in senso democratico di una società moderna è stato evidenziato a più riprese da dottrina e giurisprudenza. In particolar modo, è stata più volte sottolineata l'intima correlazione esistente tra i diritti inviolabili del singolo e i doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale consacrati dall'art. 2 della Costituzione. Proprio su tale rapporto si fondano le caratteristiche distintive dello Stato democratico pluralista, che trova la propria realizzazione nel rispetto delle regole della partecipazione inclusiva e nel principio di eguaglianza "anzitutto tra i singoli, poi tra questi e i gruppi, ed infine tra i gruppi". In tal senso, l'idea pluralistica basata sul concorso di idee e concezioni diviene elemento fondativo di un modello di democrazia caratterizzato dalla ricerca di una dimensione identitaria comune costruita

attraverso la realizzazione di una unità nella diversità di cui si permea il tessuto sociale. Affinché il singolo abbia a disposizione le chiavi di interpretazione della realtà che lo circonda è necessario che egli possa usufruire del più ampio numero possibile di fonti di informazione, di idee e di opinioni che gli consentano di attivare ed alimentare quel necessario percorso di analisi, confronto e critica attraverso cui verrà a concretizzarsi la propria dimensione partecipativa. In tal senso, il riconoscimento di una libertà di informazione garantita e tutelata sotto l'egida dell'art. 21 ed in particolar modo di un diritto costituzionalmente garantito ad essere informati conduce verso l'individuazione di un altro valore intrinsecamente collegato al libero dispiegarsi del vivere democratico: il principio del pluralismo. Il diritto ad essere informati, infatti, richiama immediatamente l'ampiezza e la diffusione delle informazioni, nonché la loro accessibilità. In altri termini il diritto ad essere informati assume significato e sostanza soltanto in presenza di una molteplicità e varietà di opportunità di conoscenza in grado di allontanare il rischio di imposizione di una visione del mondo univoca e di ampliare parallelamente la capacità del singolo a saper cogliere tutte le sfaccettature della società di cui è componente. Senza pretesa di esaustività Cfr. P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984; P. Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1975; A. Bevere, A. Cerri, *Il diritto d'informazione e i diritti della persona*, Giuffrè, Milano, 1995; P. Caretti, *I diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2005; L. Carlassare (a cura di), *La comunicazione del futuro e i diritti delle persone*, Cedam, Padova, 2000; C. Chiola, *Informazione, pensiero, radiotelevisione*, Jovene, Napoli, 1984; C. Chiola, voce *Manifestazione del pensiero (libertà di)* in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XIX, Treccani, Roma, 1988; V. Cuccia, *Libertà di espressione e identità collettive*, Giappichelli, Torino, 2007; G. Cuomo, *Libertà di stampa e impresa giornalistica nell'ordinamento costituzionale italiano*, Jovene, Napoli, 1956; A. Di Giovine, *I confini della libertà in manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1988; C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1958; G. Fiandaca, *Problematiche dell'osceno e tutela del buon costume*, Cedam, Padova, 1984; S. Fois, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1957; S. Fois, A. Vignudelli, *La libertà di informazione*, Maggioli, Rimini, 1991; P. Grossi, *I diritti di libertà ed ad uso di lezioni*, Giappichelli, Torino, 1991; V. Italia, *Considerazioni su propaganda e libertà di manifestazione del pensiero in Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, vol. II, Cedam, Padova, 1985; A. Loiodice, *Contributo allo studio sulla libertà di informazione*, Jovene, Napoli, 1969; G. Lombardi, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1967; M. Manetti, *La libertà di manifestazione del pensiero in R. Nania, P. Ridola (a cura di), I diritti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2001; M. Mazziotti Di Celso, *Appunti sulla libertà di manifestazione del pensiero in Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, op. cit.; A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Cedam, Padova, 1992; A. Pace, M. Manetti, *La libertà di manifestazione del proprio pensiero in Commentario della Costituzione*, Zanichelli Editore - Il Foroitaliano, Bologna - Roma, 2006; A.

Pace, F. Petrangeli, voce Cronaca e critica (diritto di) in Enciclopedia del diritto, Agg., Vol. V, Giuffrè, Milano, 2002; L. Paladin, La libertà di informazione, Giappichelli, Torino, 1979; L. Paladin, Libertà di pensiero e libertà di d'informazione: le problematiche attuali in AA. VV, Libertà di pensiero e mezzi di diffusione, Cedam, Padova, 1992; A. Pizzorusso, R. Romboli, A. Ruggeri, A. Saitta, G. Silvestri (a cura di), Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale, Giuffrè, Milano, 2005; F. Rimoli, Pluralismo, in Enciclopedia giuridica., 6° vol., Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 1998. R. Zaccaria, L. Capecchi, La libertà di manifestazione del pensiero in Trattato di diritto amministrativo, diretto Giuseppe Santaniello, Vol. XII, Cedam, Padova, 1992; V. Zeno-Zencovich, La libertà d'espressione. Media, mercato, potere nella società dell'informazione, Il Mulino, Bologna, 2004. Sotto il profilo giurisprudenziale, la Corte Costituzionale ha più volte posto l'accento sul ruolo fondamentale del pluralismo, inteso come principio indefettibile all'interno di un sistema democraticamente inteso. A tal proposito cfr. le altre la sentenza della Corte Costituzionale n. 105 del 1972, in cui la Corte sostiene che "un regime di libera democrazia, implica pluralità di fonti di informazione, libero accesso alle medesime, assenza di ingiustificati ostacoli legali, anche temporanei, alla circolazione delle notizie e delle idee; ancora le sentenze n. 84 del 1969; n. 126 del 85; n. 153 del 1987; n. 826 del 1988; n. 420 del 1994. In tali pronunce, inoltre, la tutela del pluralismo viene ad imporsi come "imperativo costituzionale", indispensabile alla corretta realizzazione del diritto di informazione garantito dall'art. 21 della Costituzione a sua volta "qualificato e caratterizzato, tra l'altro, sia dal pluralismo delle fonti cui attingere conoscenze e notizie - così da porre il cittadino in condizione di compiere le proprie valutazioni avendo presenti punti di vista e orientamenti culturali e politici differenti - sia dall'obiettività e dall'imparzialità dei dati forniti, sia infine dalla completezza, dalla correttezza e dalla continuità dell'attività di informazione erogata". In questo modo il pluralismo diviene a pieno diritto parte integrante di quella nutrita schiera di principi fondamentali che vengono a caratterizzare il sistema radiotelevisivo sulla base della condivisa convinzione che "non c'è democrazia senza pluralismo ed imparzialità dell'informazione" - Sentenza n. 420 del 1994.

[2] Cfr. C.A. Ciampi, Messaggio alle Camere in materia di pluralismo ed imparzialità dell'informazione, Roma, 23 luglio 2002.

[3] M. Livolsi (a cura di), voce "Televisione" in Enciclopedia del Novecento Treccani, III supplemento, anno 2004.

[4] Così G.M. Roberti, V. Zeno-Zencovich, Le linee-guida del decreto di recepimento della direttiva 65/07 in V. Zeno-Zencovich (a cura di), La nuova televisione europea, commento al "Decreto Romani", Maggioli Editore, Rimini, 2010, p. 9.

[5] Per "slinearizzazione" dei palinsesti televisivi si intende la trasformazione dei contenuti diffusi dalle emittenti televisivi in "prodotti singoli" suscettibili di diffusione su richiesta dell'utente nei tempi e nei modi che egli ritiene più in linea con le proprie esigenze. Cfr. Agcom, Libro bianco sui contenuti del 21 gennaio 2011.

[6] L'espressione "prosumer", che deriva dalla fusione dei termini producer e consumer, è stata coniata da Toffler A. nel libro *The third wave* (1980). L'A. ha utilizzato tale definizione per indicare la necessaria evoluzione del consumatore verso una figura ibrida che è contemporaneamente consumatore e produttore ovvero che contribuisce alla produzione dell'atto stesso che consuma. Tale neologismo è emerso nuovamente con tutta la sua forza con il processo di convergenza tecnologica sorretto dalla bidirezionalità dei nuovi mezzi di comunicazione elettronica. Cfr. Voce "Prosumer" in Treccani, *Enciclopedia della Scienza e della Tecnica*, edizione 2008.

[7] L'a-temporalità e l'a-territorialità, insieme alla "bidirezionalità" del momento comunicativo, possono essere considerate le caratteristiche chiave della Rete Internet in vista della realizzazione del principio della libera manifestazione del pensiero, di cui all'art. 21 della Cost. Con la prima si fa riferimento alla possibilità di immettere in maniera immediata messaggi in Rete a cui corrisponde una parallela immediatezza nella diffusione e divulgazione degli stessi per lo più in uno scenario caratterizzato da una utenza estesa e multiforme. L'istantaneità della comunicazione inevitabilmente favorisce il dibattito ed il contraddittorio tra le parti, consentendo all'utente di rivestire contemporaneamente la veste del comunicatore e dell'ascoltatore. L'a-territorialità si riferisce, invece, alla capacità della Rete di superare le barriere dettate dalla distanza e dai confini tra Stati, consentendo all'utente di dialogare e confrontarsi con persone fisicamente distanti nel mondo e al tempo stesso di usufruire dei contenuti immessi da una molteplicità di soggetti aventi bagagli culturali, ideologici o sociali anche profondamente diversi, indipendentemente dal ruolo che essi esercitano all'interno delle loro comunità. Per un approfondimento, cfr. A. Papa, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Giappichelli, Torino, 2009., p. 125 ss.

[8] Il termine "ecosistema digitale" è stato coniato dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni nell'ambito della Relazione annuale sull'attività svolta e sui programmi di lavoro relativa all'anno 2012.

[9] Esemplificativa delle difficoltà legate al riconoscimento dei nuovi mezzi di comunicazione e delle loro implicazioni da un punto di vista dello scenario regolativo è la vicenda che ha visto coinvolti durante le ultime consultazioni elettorali del 2013 l'Autorità per le garanzie delle comunicazioni e la SWG, una società che produce sondaggi di natura politica diffusi mediante un'apposita app sugli smartphones (c.d. PoliticApp). In un primo momento, l'Agcom aveva consentito la realizzazione di tale attività anche durante il periodo elettorale nonostante il divieto di diffusione dei risultati di sondaggi demoscopici sull'esito delle elezioni e sugli orientamenti politici e di voto nei quindici giorni precedenti la data delle votazioni ai sensi dell'art. 8, comma 1, della legge n. 28 del 2000. Alla base di tale decisione, la convinzione che "la disciplina dei sondaggi relativi ad indicazioni di voto si riferisce unicamente a quelli diffusi su mezzi di comunicazione di massa e si ritiene che non possa definirsi tale un'applicazione per smartphone: essa [l'applicazione in questione] altro non è che un software per cellulari

accessibile esclusivamente da quanti, in base ad una scelta volontaria, abbiano deciso di scaricarla sul proprio telefonino". Trascorso poco meno di un mese, in data 6 febbraio 2013 il Consiglio dell'Agcom ha deciso, però, di rivedere la propria posizione vietando espressamente la diffusione dell'applicazione, in quanto la PoliticApp "nei termini in cui viene pubblicizzata, rende accessibile previo il pagamento di un prezzo contenuto - il risultato dei sondaggi ad un pubblico potenzialmente molto vasto, con inevitabili effetti di diffusione incontrollata dell'informazione". L'ampiezza del bacino di destinazione, quindi, rende l'applicazione mezzo di comunicazione di massa giustificando l'attuazione delle regole in materia di par condicio. Dal canto suo, la società che, nel frattempo, aveva proseguito con la vendita del proprio prodotto, ha deciso di agire contro l'Agcom a causa degli ingenti danni economico-patrimoniali e d'immagine subiti. Tra gli altri Cfr. Corriere delle comunicazioni Swg denuncia l'Agcom per stop a PoliticApp in http://www.corrierecomunicazioni.it/elezioni-2013/19636_swg-denuncia-l-agcom-per-stop-a-politicapp.htm; Repubblica, Stop all'applicazione Swg sui sondaggi. L'AgCom: "Viola la par condicio" http://www.repubblica.it/politica/2013/02/06/news/stop_all_applicazione_swg_sui_sondaggi_l_agcom_viola_la_par_condicio-52102787/Corriere della Sera, L'Agcom bocchia la app che rivela i sondaggi - http://www.corriere.it/politica/speciali/2013/elezioni/notizie/agcom-blocca-app-sondaggi_632b009a-7091-11e2-8bc74a766e29b99e.shtml.

[10] Questa è la definizione di Web TV tracciata dall'Autorità per le garanzie nelle Comunicazioni all'interno del documento intitolato Agcom, Libro bianco sui contenuti, op. cit.. Ulteriori approfondimenti sulle diverse modalità di fruizione dei contenuti audiovisivi mediante la rete Internet in Relazione annuale sull'attività svolta e sui programmi di lavoro 2012 sempre redatta dall'Autorità per le garanzie nelle Comunicazioni.

[11] Ne sono esempio le Web TV create da alcune Università italiane, che uniscono contenuti prettamente accademici con approfondimenti culturali e sociali dando al contempo voce direttamente agli studenti. O ancora le molteplici esperienze di TV tematiche dedicate alle attività sportive, alla cucina, ai libri, al teatro e via discorrendo, che hanno la possibilità di incentrare completamente la propria programmazione sul relativo "core business" fornendo un'ampiezza di approfondimento che la televisione di carattere generalista solitamente, per motivi tecnico-economici, non è in grado di offrire.

[12] A tal proposito, il rapporto Netizen 2012 dedicato agli "Internet Citizen" - i cittadini digitalizzati video maker - evidenzia come questi canali svolgano ormai "un ruolo di presidio territoriale sempre più permanente, sostituendo o integrando in modo sinergico l'informazione locale fino a qualche tempo fa a stretto appannaggio delle TV locali". La quinta edizione di tale lavoro dedicata all'anno 2012 è consultabile sul sito <http://www.altratv.tv/news/watchdog-2012-la-nuova-fotografia>.

[13] Rileva sottolineare che tali criticità di taglio interpretativo e regolativo hanno già investito, pochi anni orsono, la stampa, che, come è noto, rappresenta nell'ordinamento italiano lo strumento per eccellenza di

diffusione di informazioni e alla quale per di più è destinata una puntuale tutela da parte dalla Carta Costituzionale. In seguito all'avvento delle tecnologie diffusive via Internet, anche tale mezzo di comunicazione è stato al centro di un intenso dibattito dottrinale e giurisprudenziale circa l'estensibilità del quadro di disciplina della stampa tradizionale ad un ambito dell'informazione erogata tramite il Web, che risultava caratterizzato da confini particolarmente fumosi ed indeterminati. Le difficoltà interpretative riscontrate nel corso di questi anni in tale operazione di identificazione sono giustificabili alla luce delle caratteristiche tecniche delle nuove piattaforme tecnologiche che mal si conciliano con la definizione originaria di stampa. Ai sensi, infatti, dell'art. 1 della legge n. 47 del 1948, rientrano nella nozione di stampa "tutte quelle riproduzioni tipografiche o comunque ottenute con mezzi meccanici o fisico-chimici, in qualsiasi modo destinate alla pubblicazione". In assenza di una concreta fisicità legata a tale tipo di attività, la stampa on line ha sollevato molteplici rilievi critici connessi all'impossibilità di procedere ad una integrale applicazione delle norme dettate in materia dal legislatore del 1948 a servizi erogati mediante piattaforme tecnologicamente avanzate che fanno proprio dell'assenza di prodotti fisici uno degli elementi caratterizzanti. La previsione di obblighi quali l'indicazione dello stampatore ovvero del luogo di stampa di cui all'art. 5 della legge n. 47/1948, o ancora il sequestro dello stampato in caso di reato di stampa clandestina sono tutte categorie che presentano inevitabili difficoltà applicative se calibrate all'attività di informazione esercitata in Rete. Dinanzi a tale scenario così profondamente innovato rispetto ad un seppur recente passato, dottrina e giurisprudenza si sono trovati ad interrogarsi sul delicato rapporto esistente tra stampa tradizionale e stampa on line cercando di individuare i possibili punti di contatto tra due peculiari modalità di realizzazione di un'attività così rilevante per lo sviluppo democratico della società. Ovviamente tale "ricerca" non è stata di agevole realizzo anche alla luce del fatto che l'individuazione dei parametri discriminatori dell'attività di informazione di tipo professionale è strettamente connessa alla determinazione del regime sanzionatorio da applicare in caso di illeciti a mezzo stampa. Una volta superato - per il momento - il problema dell'identificazione e separazione dell'attività di informazione on line di tipo professionale dalla libera espressione e diffusione delle opinioni degli utenti della Rete grazie all'identificazione dei tre parametri fondamentali - periodicità regolare, testata ed oggetto - il dibattito sulla stampa on line prosegue, infatti, lungo i binari dell'identificazione dei soggetti responsabili dell'attività informativa in Rete al fine di approntare il giusto sistema di garanzie destinate agli utenti. Come è noto, l'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale è stata caratterizzata da un andamento altalenante. Basti pensare alle sentenze del Tribunale di Aosta (26 maggio 2006, n. 553) e del Tribunale di Modica (8 maggio 2008), con le quali i giudici sono giunti a riconoscere, nel primo caso, la sostanziale equiparazione della posizione del gestore di un blog alla figura del direttore responsabile prevedendo di conseguenze l'applicazione del regime sanzionatorio di quest'ultimo per ipotesi di reato; nel secondo caso la sostanziale coincidenza tra blog informativo e stampa.

Diverso, invece, l'orientamento della Suprema Corte (V sez. pen.) emerso con sentenza n. 35511 nel 2010. In quest'ultima pronuncia, la Corte è giunta ad affermare la non assoggettabilità del direttore di un giornale on line al regime di responsabilità previsto dalla legge sulla stampa ed in particolare alla fattispecie di responsabilità per omesso controllo disciplinata dall'art. 57 del c. p. È evidente la difficoltà di trovare un filone interpretativo unico dinanzi ad uno scenario così profondamente dinamico. Ne deriva un quadro normativo complesso e ancora ricco di rilievi critici. Per un approfondimento cfr. A. Papa, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, op. cit., pp. 477-496; G. Cassano, I. P. Cimino (a cura di), *Diritto dell'internet e delle nuove tecnologie telematiche*, Cedam, Padova, 2009.; M. Cuniberti, *Disciplina della stampa e dell'informazione in Rete*, in M. Cuniberti (a cura di), *Nuove tecnologie e libertà della comunicazione: profili costituzionali e pubblicitari* Giuffrè, Milano, 2008; V. Zeno-Zencovich, *La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa: note critiche in Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1998.

[14] Il contenuto della direttiva 2007/65/CE, è stato recepita dal legislatore italiano con D. Lgs. n. 44 del 2010 noto come Decreto Romani che ha integrato e modificato il Testo unico in materia di servizi di media audiovisivi adottato nel 2005.

[15] Delibera 606/10/CONS - Regolamento concernente la prestazione di servizi di media audiovisivi lineari o radiofonici su altri mezzi di comunicazione elettronica ai sensi dell'art. 21, comma 1-bis, del Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici. Per i servizi on demand, invece, l'Autorità ha adottato la delibera 607/10/CONS che subordina l'esercizio di tale attività alla previa presentazione di una segnalazione certificata di inizio attività (c.d. SCIA) ai sensi dell'articolo 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni.

[16] L'art. 3, comma 4, della Delibera 606/10/CONS recita, infatti, quanto segue: "fatto salvo quanto previsto per la società concessionaria del servizio pubblico generale radiotelevisivo, le amministrazioni pubbliche, gli enti pubblici, anche economici, le società a prevalente partecipazione pubblica, e le aziende e gli istituti di credito non possono, né direttamente né indirettamente, essere titolari di autorizzazioni per la fornitura di servizi di media audiovisivi lineari o radiofonici su altri mezzi di comunicazione elettronica".

[17] Molteplici e di varia origine le critiche mosse alla prima versione dei Regolamenti dell'Agcom. Tra gli altri G. Scorza, Presidente dell'Istituto per le Politiche dell'Innovazione, affermava "Un ciclone di costi e di burocrazia sta per abbattersi sul mondo delle micro Web TV italiane e la sensazione è che solo poche potranno sopravvivere" in Il Decreto Romani, la fine delle micro Web-TV e la lettera al Presidente di Agcom, consultabile su <http://www.scambioetico.org/?p=6683>. La Femi - Federazione delle micro Web TV - a sua volta affermava di guardare "con molta preoccupazione i tentativi di regolamentare e tassare in modo arbitrario e pretestuoso il sistema informativo digitale rappresentato dal giornalismo partecipativo dal basso e non esclude di passare a forme di mobilitazione 'a rete unificata'.

Questi micro canali creati da cittadini videomaker per passione rappresentano nella loro unicità il tessuto informativo iperlocalizzato italiano e svolgono un ruolo di primaria importanza e un servizio di pubblica utilità, colmando un vuoto informativo. Il rischio che questo schema di regolamento pone è la chiusura, in un terreno come quello del Web dove la democrazia partecipativa informativa dovrebbe essere tutelata". Sullo stesso profilo cfr. A rischio le micro Web TV italiane <http://giampaoloccolletti.nova100.ilsole24ore.com/2010/07/a-rischio-le-micro-web-tv-italiane.html> Femi denuncia: 'nuovi regolamenti e tasse mettono a rischio micro Web TV' http://www.key4biz.it/News/2010/07/23/Policy/Agcom_Guido_Scorza_modalita_streaming_modalita_on_demand_Femi_Giampaolo_Colletti_web_Tv_198306.html.

[18] Dai regolamenti 606/10/CONS e 607/10/CONS adottati dall'Agcom si legge che i ricavi a cui fare riferimento sono quelli derivanti da c. d. attività tipiche, ovvero pubblicità, televendite, sponsorizzazioni, contratti e convenzioni con soggetti pubblici e privati, provvidenze pubbliche e da offerte televisive a pagamento. Da tali ricavi vanno naturalmente esclusi quelli derivanti da servizi diversi da quelli televisivi quali, ad esempio, quelli di hosting, che dunque non vanno computati ai fini della determinazione della soglia di esenzione.

[19] Così V. Zeno-Zencovich in occasione del seminario di studi promosso dall'Istituto per lo studio dell'innovazione nei media e per la multimedialità intitolato "La Over-the-Top Television", tenutosi a Roma l'8 giugno 2012.

[20] Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno ("Direttiva sul commercio elettronico"). La direttiva n. 31/2000/CE per la prima volta ha tracciato contenuti e limiti della responsabilità degli Internet service provider (ISP) a seconda che essi svolgano attività di mere conduit, di caching e hosting di contenuti digitali (art. 12, 13, 14). A tal proposito, la direttiva muove dal sostanziale principio di non responsabilità degli Internet provider per gli eventuali atti illeciti compiuti dai propri utenti. Si desume in tale atto un peculiare *favor* ad essi rivolto da parte del legislatore europeo, giustificato soprattutto dalla natura tecnica di un'attività che non trova eguali nel mondo reale. Costituendo una fattispecie atipica, l'attività dei provider non sopporta di essere oggetto di una mera opera di analogia, che si limita ad attingere a norme già esistenti e spesso non rispondenti alle peculiarità dei mezzi, degli attori e dei destinatari coinvolti. In questo modo, l'interpretazione analogica del ruolo del provider, in termini di culpa in vigilando, fatta propria dalla giurisprudenza di inizio anni '90 (si pensi all'equiparazione di un sito Internet ad un organo di stampa compiuta dal Tribunale di Napoli con sentenza 8 agosto 1996 e del riconoscimento di una responsabilità analoga a quella prevista dall'art. 57 c. p. a carico dei direttori responsabili compiuta dal Tribunale di Teramo con ordinanza del 11-12-1997) cede il passo ad una impostazione più realistica del sistema delle responsabilità delle attività in Rete, che allontana la semplicistica

equiparazione provider - editore di testata giornalistica. Sembra prevalere la considerazione che la Rete, intesa come struttura aperta, globale e fortemente decentralizzata renda tecnicamente impossibile realizzare un'attività di controllo relativamente ai contenuti immessi da soggetti terzi. Da ciò deriva la convinzione che fornire semplicemente l'accesso alle nuove reti di comunicazione non possa comportare una responsabilità di tipo oggettivo sui dati immessi dai propri utenti: il provider che eroga un servizio di mere conduit opera sullo stesso piano di un gestore telefonico che di norma non risponde del contenuto illecito del traffico voce dei propri abbonati. Profili di responsabilità, invece, possono evidenziarsi nel caso di provider che offrano servizi aggiuntivi, come l'attività di caching e di hosting, ma solo nel caso in cui assumano un ruolo di diretto coinvolgimento nel compimento dell'illecito ovvero siano effettivamente informati dell'esistenza di un contenuto illecito o illecitamente memorizzato. A rafforzare tale interpretazione, vi è anche la previsione dell'art. 15 che prevede l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano cui si associa l'assenza di un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite. A contemperare tale sostanziale irresponsabilità opera l'obbligo di informare senza indugio la pubblica autorità competente di presunte attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi o a comunicare alle autorità competenti, a loro richiesta, informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati. Il sistema di responsabilità dei provider, quindi, si dimostra essere particolareggiato, articolandosi in base al concreto servizio da essi erogato, configurando l'esistenza di una responsabilità soggettiva. Quest'ultima assume carattere colposo nel caso in cui il provider pur essendo consapevole del materiale illecito presente sul proprio sito si astiene ad accertarne l'illiceità e, quindi, a rimuoverlo. Assume, invece, carattere doloso nel caso in cui il fornitore pur avendo conoscenza dell'antigiuridicità della condotta dell'agente, non provvede ad intervenire. Pertanto tutti i soggetti considerati, ove resi edotti della violazione commessa possono essere destinatari di notifica di un organo giurisdizionale o di un'autorità amministrativa intesa ad evitare che la violazione persista, e se del caso di sanzioni nel caso di inottemperanza dell'ordine ricevuto. Una disposizione di particolare rilievo perché introduce un principio cardine per la giusta evoluzione dei servizi della società dell'informazione consistente nella necessità di una particolare rapporto di collaborazione tra i diversi attori che operano nella Rete per reprimere e combattere l'utilizzo illecito. Per un approfondimento G. Cassano, I. P. Cimino (a cura di), *Diritto dell'internet e delle nuove tecnologie telematiche*, op. cit.; G. Cassano, A. Contaldo, *La natura giuridica e la responsabilità civile degli Internet Service Providers (ISP): il punto sulla giurisprudenza* in www.info-legal.it; G. Corrias Lucente, *La pretesa della responsabilità penale degli intermediari di contenuti su Internet* in www.dejure.giuffre.it; E. De Marco (a cura di), *Accesso alla Rete e uguaglianza digitale*, Giuffrè, Milano, 2008; C. Gattei, *Considerazioni sulla responsabilità dell'internet provider* in www.altalex.it; M. Orofino, *Profili*

costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello, op. cit. Giuffrè, Milano, 2008.

[21] Direttiva 2010/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 marzo 2010, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi - c. d. Direttiva sui servizi di media audiovisivi.

[22] Un esempio di particolare rilievo è dato dalla c.d. Google TV. Quest'ultima è una piattaforma per smart TV, di proprietà della società americana Google, basata sulla piena convergenza fra la tradizionale trasmissione in diretta video digitale, i contenuti diffusi via internet, i file media locali e ed i molteplici servizi offerti dal Web. Tramite tale dispositivo, infatti, l'utente dispone di un terminale sempre connesso che gli consente di usufruire dei servizi televisivi tradizionali e al contempo, mediante un approccio cosiddetto di "open sea", dei servizi tipici della rete Internet come l'accesso ai social network, alla posta elettronica e alle altre applicazioni Web in modo semplice e veloce. Tutto questo utilizzando un unico mezzo di trasmissione ed un solo telecomando.

La peculiarità di tale piattaforma, dal punto di vista dell'accessibilità dei contenuti diffusi e, quindi, parallelamente del contributo offerto dai nuovi mezzi di comunicazione alla causa del pluralismo radiotelevisivo, sta nel fatto che il progetto "Google Tv" ha richiesto necessariamente una preventiva fase di contrattazione tra la società in questione ed i maggiori produttori di dispositivi televisivi. Nella fattispecie, Google, ponendosi come semplice intermediario dei contenuti diffusi, prima di poter lanciare il proprio prodotto sul mercato americano nel 2010 e successivamente su quello europeo, ha dovuto stringere accordi commerciali con le principali società costruttrici di televisori, quali la giapponese Sony e la svizzera Logitech, ma anche altre società come Toshiba, LG Electronics e Sharp per consentire la realizzazione di dispositivi che supportassero la connessione alla Rete. Nonostante la piena realizzazione di tali accordi, la diffusione di tale tipo di televisione ha subito un forte rallentamento a causa della mancata adesione alla piattaforma delle più importanti emittenti radiotelevisive americane. Questo ha ridimensionato fortemente la consistenza del bouquet dei programmi offerti dalla piattaforma con un prevedibile calo delle vendite stimate.

Lo stesso problema si è riproposto sul mercato francese dove i maggiori broadcaster hanno firmato una carta di intenti finalizzata ad imporre rilevanti limitazioni alla diffusione dei contenuti attraverso la Web Tv del gruppo di Mountain View. Alla base di tale atteggiamento, vi è una modalità di diffusione di tipo integrato con i servizi offerti dal Web - si pensi ad esempio alla possibilità di commentare in diretta il programma che si sta guardando tramite Twitter o Facebook - che è fortemente temuta dalle tradizionali emittenti televisive. In particolare, tali emittenti temono che questo modo alternativo di usufruire dei servizi televisivi sia in grado di "cannibalizzare" il loro mercato dei ricavi e determinare una rilevante perdita di controllo del bacino di utenza ormai non più interessata ai servizi offerti in maniera tradizionale. Per un approfondimento cfr. Industry Leaders Announce Open

Platform to Bring Web to TV, <http://googlepress.blogspot.it/2010/05/industry-leaders-announce-open-platform.html>, 20 Maggio 2010; Big Networks Block Web Shows From Google TV, New York Times. <http://bits.blogs.nytimes.com/2010/10/21/big-networks-block-web-shows-from-google-tv/>, 21 Ottobre 2010; Google Tv: dopo il Regno Unito, arriva anche in Francia sulle smart Tv di Sony http://www.key4biz.it/News/2012/09/12/Tecnologie/Google_tv_sony_France_connected_tv_chrome_catchup_tv_212556.html, 12 settembre 2012; Google TV arrivera en France en 2012; <http://www.numerama.com/magazine/17907-google-tv-arrivera-en-france-en-2012.html>.

[23] Maietta A., Il sistema delle responsabilità delle comunicazioni via Internet, in G. Cassano, I.P. Cimino (a cura di), Diritto dell'Internet e delle nuove tecnologie telematiche, op. cit., p. 517 ss.

[24] L'art. 1 lettera a) della direttiva 89/552/CEE, infatti, definiva la trasmissione televisiva come la trasmissione, via cavo o via etere, nonché la trasmissione via satellite, in forma non codificata o codificata, di programmi televisivi destinati al pubblico. In tale definizione, traspare in maniera evidente la forte identificazione una volta esistente tra il mezzo utilizzato (l'etere, il cavo ovvero il satellite) e l'attività radiotelevisiva, emblema di un mondo analogico fondato sulla stretta correlazione esistente tra strumento di diffusione e servizio diffuso e che viene completamente a tramontare con la disciplina in analisi.

[25] Art. 1 della direttiva 2007/65/CE confluito nell'art. 1 co. 1 l. a) della direttiva 2010/13/UE.

[26] Questa è la definizione presente nel Considerando (58) della stessa direttiva 2010/13/UE. Rileva sottolineare che, con riferimento all'attuale presenza di una regolazione differenziata e non interamente rispondente alle emergenti esigenze degli utenti, M. Cuniberti sostiene che tentando di ricondurre ad un quadro unitario le varie manifestazioni del sistema televisivo si possa, tuttavia, correre il rischio di creare un sistema "a due velocità", con un divario sempre più accentuato tra l'utente consumatore (che paga e quindi è protetto) e l'utente generico (che non paga e le cui protezioni sono più simboliche che altro)". M. Cuniberti, La tutela degli utenti, in F. Bassan, E. Tosi, Diritto degli audiovisivi, commento al nuovo Testo Unico dei Servizi di Media Audiovisivi e Radiofonici come modificato dal D. Lgs. 15 marzo 2010, n. 44, Giuffrè, Milano, 2012, p. 346.

[27] La definizione di "disagio tecnologico" è di G. Scorza, ne Il contratto del commercio elettronico in G. Cassano, I.P. Cimino, Diritto dell'Internet e delle nuove tecnologie telematiche, op. cit., p. 145. In tale ottica, l'A. afferma che il cyber consumatore soffre di una debolezza originaria nei rapporti di consumo del commercio elettronico a causa dell'impenetrabilità delle dinamiche di funzionamento dell'applicativo software attraverso il quale il fornitore commercializza i propri beni o servizi, nell'estrema difficoltà con cui esso può precostituirsi una prova utilizzabile per valere giudizialmente un proprio diritto".

[28] La Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno ("Direttiva sul commercio elettronico") ha previsto a carico del prestatore l'obbligo di fornire al consumatore una serie di informazioni specifiche e dettagliate volte a garantire la propria identificazione e a consentire alla controparte di contattarlo in maniera immediata. In particolare, tale direttiva stabilisce all'articolo 5 che oltre agli obblighi di informazione previsti dal diritto comunitario, gli Stati membri debbano provvedere "affinché il prestatore renda facilmente accessibili in modo diretto e permanente ai destinatari del servizio e alle competenti autorità almeno le seguenti informazioni: a) il nome del prestatore; b) l'indirizzo geografico dove il prestatore è stabilito; c) gli estremi che permettono di contattare rapidamente il prestatore e di comunicare direttamente ed efficacemente con lui, compreso l'indirizzo di posta elettronica; d) qualora il prestatore sia iscritto in un registro di commercio o analogo pubblico registro, il registro presso il quale è iscritto ed il relativo numero di immatricolazione o mezzo equivalente di identificazione contemplato nel detto registro; e) qualora un'attività si soggetta ad autorizzazione, gli estremi della competente autorità di controllo; f) per quanto riguarda le professioni regolamentate: - l'ordine professionale o istituzione analoga, presso cui il fornitore è iscritto; - il titolo professionale e lo Stato membro in cui è stato rilasciato; - un riferimento alle norme professionali vigenti nello Stato membro di stabilimento nonché le modalità di accesso alle medesime; g) se il prestatore esercita un'attività soggetta ad IVA, il numero di identificazione di cui all'articolo 22, paragrafo 1, della direttiva 77/388/CEE del Consiglio, del 17 maggio 1977, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari - Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile interne".

[29] Si pensi ad esempio ai fenomeni di catch up TV basati sulla diffusione on line di spezzoni di programmi provenienti dai palinsesti già trasmessi sulla piattaforma televisiva tradizionale.

[30] Questa è la definizione data dall'Agcom nell'Allegato A alla delibera n. 714/11/CONS intitolato: "La neutralità della rete: le risultanze della consultazione pubblica" di cui alla delibera n. 40/11/CONS.

[31] Con riferimento al concetto di traffic management, A. Marino in Accesso in Internet e net neutrality in A. Papa (a cura di), Comunicazione e nuove tecnologie - New media e tutela dei diritti, Aracne, Roma, 2011, p. 79, afferma che "esso teoricamente consta di una obbligazione generale ed ex ante di non discriminazione da parte degli operatori di rete per l'accesso dei fornitori di servizi, al fine di impedire loro di porre in essere pratiche di esclusione come ad esempio bloccare l'accesso a determinati tipi di contenuti ovvero di dare priorità ad altri, degradare la qualità della trasmissione o imporre restrizioni irragionevoli all'accesso".

[32] Un esempio di rilievo è rappresentato dalle critiche che sono state sollevate nel Regno Unito in merito al servizio catch-up TV fornito dall'emittente pubblica britannica. Divenuta una delle piattaforme online più

utilizzate dagli utenti inglesi, BBC IPlayer è stata oggetto negli ultimi anni di un intenso dibattito circa la sostenibilità di tale servizio da parte della Rete. Lo straordinario successo conseguito dalla diffusione al di fuori dei confini della televisione tradizionale della programmazione dell'emittente pubblica ha sollevato critiche accese da parte degli Internet Service Provider costretti a sostenere costi elevatissimi per garantire la veicolazione di tali contenuti in alta definizione visto che l'emittente non è tenuta ad investire nel miglioramento della prestazione delle reti di diffusione. A questo si aggiunge il rischio di una consistente sottrazione di capacità della banda a danno di altri fornitori di contenuti caratterizzati da una minore attrattività nei confronti del pubblico televisivo. Per un approfondimento cfr. ISPs warn BBC over new iPlayer service, <http://www.ft.com/cms/s/0/f3428cd4-48fb-11dc-b326-0000779fd2ac.html#axzz2OTdih1qf>; iPlayer Brings Net Neutrality Debate to Europe <http://gigaom.com/2008/02/22/iplayer-brings-net-neutrality-debate-to-europe/>; Preta A., Network neutrality. Teoria economica e ruolo della regolamentazione: il modello USA, in Astrid-online.it.

[33] Direttiva n. 2009/140/CE recante modifica delle direttive 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, 2002/19/CE relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime e 2002/20/CE relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica.

[34] Molteplici sono gli autori che hanno evidenziato la necessità di nuove misure di tipo pro concorrenziale soprattutto in Italia dove il mercato dell'audiovisivo risulta ancora essere compresso nella morsa degli incumbents tradizionali. A tal proposito cfr, tra gli altri: Agcom, Libro bianco sui contenuti, op. cit. Così G. Aranguena De La Paz, Barriere allo sviluppo dell'offerta televisiva IP based ed accesso ai contenuti: rimedi pro concorrenziali, *Medialaws - Law and Policy of the Media in a Comparative Perspective*, Maggio 2011; M. Clarich, *Regolazione e concorrenza nelle comunicazioni elettroniche* in Perez R. (a cura di), *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Giuffrè, Milano, 2004; V. Zeno-Zencovich (a cura di), *La nuova televisione europea: Commento al "Decreto Romani"*, Maggioli Editore, Rimini, 2010; M. Feintuck, M. Varney, *Media regulation, Public interest and the Law*, Edinburgh University Press, 2007.

[35] Così G. Aranguena De La Paz, *Barriere allo sviluppo dell'offerta televisiva IP based ed accesso ai contenuti: rimedi pro concorrenziali*, op. cit., p. 8.

[36] Sulle criticità della disciplina dedicata al passaggio al digitale terrestre, Cfr. tra gli altri Gardini G., *L'attività radiotelevisiva come interesse generale. Ruolo del regolatore e inadeguatezza del mercato in Le Istituzioni del Federalismo*, suppl. n. 1/2006; R. Zaccaria, A. Valastro, E. Albanesi, E. Brogi (con la collaborazione di), *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Cedam, Padova, 2010; V. Zeno-Zencovich, *Motivi ed obiettivi della disciplina della televisione digitale* in A. Frignani, E. Poddighe, V. Zeno-Zencovich, *La televisione digitale. Temi e problemi. Commentario al D. Lgs. 177/05 (T.U. della Radiotelevisione)*, Giuffrè, Milano, 2006; G. Aranguena De La Paz,

Barriere allo sviluppo dell'offerta televisiva IP based ed accesso ai contenuti: rimedi pro concorrenziali, op. cit., p. 10.

[37] Cfr., fra gli altri, G. Aranguena De La Paz, *Barriere allo sviluppo dell'offerta televisiva IP based ed accesso ai contenuti: rimedi pro concorrenziali*, op. cit., p. 10.

[38] Per un approfondimento sul problema del diritto d'autore in Rete cfr. tra gli altri A. M. Gambino, A. Stazi, *Diritto dell'informatica e della comunicazione*, Giappichelli, Torino, 2009; G. Cassano, G. Vaciago, G. Scorza, *Diritto dell'internet. Manuale operativo - casi, legislazione, giurisprudenza*, Cedam, Padova, 2012; D. Memmo, S. Miconi, *Broadcasting regulation: market entry and licensing*, Giuffrè, Milano, 2006.

[39] Esponente di tale visione V. Zeno-Zencovich che ha espresso il proprio punto di vista in occasione del seminario di studi promosso dall'istituto per lo studio dell'innovazione nei media e per la multimedialità intitolato "La Over-the-Top Television", tenutosi a Roma l'8 giugno 2012. Dello stesso avviso, G. Aranguena De La Paz, *Barriere allo sviluppo dell'offerta televisiva IP based ed accesso ai contenuti: rimedi pro concorrenziali*, op. cit., in cui suggerisce inoltre "l'imposizione normativa di obblighi di "spacchettamento" dei diritti per piattaforma, ovvero di divieti per un operatore di una determinata piattaforma di acquistare i diritti anche per le piattaforme che non gestisce per non sottrarre la possibilità per altri soggetti di trasmettere gli stessi contenuti".

[40] La direttiva n. 2010/13/UE ai sensi dell'art. 3 pone a carico degli Stati Membri l'obbligo di garantire la libertà di ricezione e di non ostacolare la ritrasmissione sul proprio territorio di servizi di media audiovisivi provenienti da altri Stati membri. Tuttavia, lascia loro la possibilità di derogare al principio del paese d'origine per specifici motivi di interesse generale seguendo un'apposita procedura di notifica. Una peculiare disciplina è prevista per i servizi media audiovisivi a richiesta all'art. 3 comma 4 l. a). La direttiva, infatti, stabilisce che gli Stati membri possono adottare interventi in deroga al principio di libertà di ricezione per motivi di ordine pubblico, in particolare per l'opera di prevenzione, investigazione, individuazione e perseguimento di reati, anche in vista della tutela dei minori e della lotta contro l'incitamento all'odio basato su razza, sesso, religione o nazionalità, nonché contro violazioni della dignità umana dei singoli individui, tutela della sanità pubblica, pubblica sicurezza, compresa la salvaguardia della sicurezza e della difesa nazionale, tutela dei consumatori, ivi compresi gli investitori.

[41] Si pensi ai casi di Google, Facebook, Apple ed Amazon per citarne solo alcuni.

[42] La direttiva 200/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica chiarisce esplicitamente al Considerando 5 che "è necessario separare la disciplina dei mezzi di trasmissione dalla disciplina dei contenuti. Di conseguenza, il presente quadro normativo non si applica ai contenuti dei servizi forniti mediante reti di comunicazione elettronica che utilizzano servizi di comunicazione elettronica, come i contenuti delle emissioni radiotelevisive, i servizi finanziari e taluni servizi della società dell'informazione e lascia quindi

impregiudicate le misure adottate a livello comunitario o nazionale riguardo a tali servizi in ottemperanza alla normativa comunitaria, per promuovere la diversità culturale e linguistica e per assicurare la difesa del pluralismo dei mezzi di informazione”.

[43] Il concetto di “unità nella differenza” è intrinsecamente connesso all’evoluzione storica, politica, culturale ed economica dell’Unione Europea. Esso parte dalla constatazione che l’Europa si compone di molteplici popoli dai diversi percorsi storici - culturali che “uniti da un comune destino favoriscono la creazione di una “cultura delle differenze”. La necessaria fusione non porta ad un appiattimento culturale ed un abbandono delle tradizioni nazionali, ma al contrario porta alla realizzazione di un ulteriore livello culturale che trova valore aggiunto proprio nell’incontro tra le diversità. A tal proposito, l’art. 151 TCE stabilisce che “La Comunità contribuisce al pieno sviluppo delle culture degli Stati membri nel rispetto delle loro diversità nazionali e regionali, evidenziando nel contempo il retaggio culturale comune”. Proseguendo, lo stesso articolo cita: “L’azione della Comunità è intesa ad incoraggiare la cooperazione tra Stati membri e, se necessario, ad appoggiare e ad integrare l’azione di questi ultimi nei seguenti settori: miglioramento della conoscenza e della diffusione della cultura e della storia dei popoli europei, conservazione e salvaguardia del patrimonio culturale di importanza europea [...]”. Ne deriva che “l’Unione[...] non si sostituisce agli Stati Membri, ma si affianca ad essi, al fine di incoraggiare la cooperazione culturale in un quadro rispettoso del comune patrimonio, ma anche della differenziazione”. Così P. Bilancia, F. G. Pizzetti, *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 44.

[44] S. Venturini, *Autoregolamentazione e coregolamentazione nell’audiovisivo* in F. Bassan, E. Tosi, *Diritto degli audiovisivi*, commento al nuovo Testo Unico dei Servizi di Media Audiovisivi e Radiofonici come modificato dal D. Lgs. 15 marzo 2010, n. 44, op. cit., p. 351. L’autrice asserisce che i codici di condotta e codici di autoregolamentazione costituiscono il “precipitato del fenomeno, ormai noto e studiato, della formazione negoziale del diritto, nella quale l’autonomia privata, non più solo individuale, diventa collettiva e svolge una funzione a volte di esecuzione, altre di integrazione della norma”.

[45] Il termine hosting attivo è stato coniato dal Tribunale di Milano che si è pronunciato con la sentenza n. 7680 del 2011 in merito alla causa RTI e IOL, instauratasi tra Reti Televisive Italiane spa e Italia Online srl. In tale occasione, RTI lamentava l’illecita presenza sulla piattaforma di proprietà di IOL di numerosi filmati di sua proprietà, peraltro associati a molteplici messaggi pubblicitari e ad un articolato sistema di organizzazione dei video immessi dagli utenti. Accogliendo l’istanza del ricorrente, il Tribunale di Milano ha ritenuto che effettivamente le modalità di prestazione del servizio offerto eccedessero i parametri individuati dalla direttiva 2000/31/CE in materia di responsabilità dei fornitori di servizi. Al contrario, “con il servizio Libero Video, IOL, non si limitava a fornire spazio di memoria agli utenti per memorizzare dei contenuti audiovisivi, ma li organizzava, li rendeva

accessibili mediante un motore di ricerca, ne suggeriva la visione mediante il servizio “videocorrelati” arricchendone, quindi, la fruizione. Sulla base di tale constatazione, quindi, il Tribunale ha ritenuto che IOL non si caratterizzasse per un atteggiamento neutro e passivo rispetto all’organizzazione e la gestione dei contenuti immessi, ma al contrario integrasse una condotta “invadente” tale da trasformarlo in un hosting, appunto, attivo. Da qui, il riconoscimento della violazione degli artt. 78-ter e 79 della legge n. 633/1941, con la conseguente inibizione dell’ulteriore diffusione di tali contenuti ed una sanzione pecuniaria. Tale interpretazione è stata ripresa dalla Corte di Giustizia con la sentenza L’Oreal v. eBAy del 12 Luglio 2011 (Causa C. 324/09) con la quale la Corte ha ribadito il venir meno dell’obbligo dell’esonero di responsabilità nel caso in cui il provider abbia svolto un ruolo attivo che gli permette di avere conoscenza o controllo circa i dati memorizzati. Nella fattispecie, non poteva riconoscersi ad eBay tale esonero in quanto detto gestore svolgeva un’assistenza che consisteva, in particolare, nella ottimizzazione della presentazione delle offerte relative ai prodotti della ricorrente. Sull’argomento cfr. A. Papa, La complessa realtà della Rete tra “creatività” dei fornitori di servizi Internet ed esigenze regolatorie pubbliche: la sottile linea di demarcazione tra provider di servizi “content” e di “hosting attivo”, *Economia e Diritto del Terziario*, 2, 2012.

[46] A tal proposito occorre rilevare che l’ordinamento italiano sembra aver fatta proprio questo percorso normativo. Si fa riferimento all’avvio, nel Febbraio 2013, di un’indagine conoscitiva sulla Televisione 2.0 promossa dall’Autorità garante per le comunicazioni. Con delibera n. 93/13/CONS l’Agcom, infatti, ha deciso di sottoporre ai vari stakeholders operanti nel settore degli audiovisivi una serie di quesiti di rilievo in materia collegati alle principali tematiche di interesse dell’Autorità sulla base della consapevolezza che tale tipo di televisione “avrà conseguenze sul controllo della pubblicità e dei contenuti, sull’efficacia delle misure di promozione delle opere europee, questioni di diritti di proprietà intellettuali, la protezione dei minori, la protezione dei dati e l’alfabetizzazione mediatica dei gruppi più vulnerabili”. I risultati di tale indagine oltre a dare il polso di una situazione in continua evoluzione, probabilmente costituiranno un importante punto di partenza per un intervento regolatorio mirato e destinato ad un fenomeno che riveste un ruolo cruciale ai fini dell’adeguato sviluppo in senso democratico del settore radiotelevisivo. Tale indagine è stata promossa dall’Autorità garante a seguito dell’adozione della delibera n. 93/13/CONS dal titolo avvio di un’indagine conoscitiva in vista della redazione di un Libro bianco sulla “Televisione 2.0 nell’era della convergenza”. L’Autorità ha sottolineato nella stessa delibera che alla base dell’avvio dell’indagine vi è “l’esigenza di approfondire, attraverso apposita indagine conoscitiva, tutti gli aspetti propri delle molteplici fasi del processo di innovazione dei contenuti diffusi su reti di comunicazione elettronica, nonché gli impatti sul mercato del settore proprio di riferimento e le previsioni in termini di sviluppo culturale, economico e sociale derivanti da tale processo al fine di addivenire alla redazione di un Libro Bianco sulla “Televisione 2.0 nell’era della convergenza”.

Internet e il diritto alla riservatezza dei dati personali contenuti in atti parlamentari

di

Lorenzo Delli Priscoli

Abstract: *The Internet essentially is a medium for communications that allows data exchanges between computer across the world. The cross-border nature of the internet has a profound impact on privacy (publication is potentially to the whole world). The purpose of Italian Parliament is the creation of a system capable of protecting the interests of sensitive data owners without burdening sensitive data users with excessive obligations. The conditions for processing must take account of the nature of the personal data in question. The conditions that need to be met are more exacting when the information being processed is sensitive personal data, such as information about an individual's health.*

Internet è un mezzo di comunicazione che consente scambi di dati in tutto il mondo. La sua natura transnazionale ha un forte impatto sulla riservatezza, proprio per la capacità di internet di raggiungere potenzialmente qualsiasi computer del mondo. L'obiettivo del Parlamento italiano è quello di creare un sistema che protegga l'interesse alla riservatezza dei dati personali senza gravare di oneri eccessivi coloro che li trattano, tenendo presente che le esigenze di riservatezza risultano tanto più stringenti quanto più il dato sensibile è un dato personale, come nel caso di quelli riguardanti le condizioni di salute.

Sommario: 1. La delibera della Camera dei Deputati in tema di riservatezza degli atti parlamentari e il problema. - 2. Il quadro normativo. - 3. L'autodichia e il principio di pubblicità dei lavori della Camera. - 4. La tutela della riservatezza e il diritto all'oblio in internet. - 5. Alcune esperienze straniere. - 6. Il bilanciamento tra valori costituzionali e il nucleo essenziale dei diritti fondamentali.

1. La delibera della Camera dei Deputati in tema di riservatezza degli atti parlamentari e il problema.

L'Ufficio di Presidenza della Camera dei Deputati, ha approvato, alla fine del 2013, una specifica disciplina in materia di diritto all'oblio [1]:

Deliberazione dell'Ufficio di Presidenza n. 46 del 1° ottobre 2013, testo coordinato con le modifiche apportate dalla deliberazione n. 53 del 4 dicembre 2013:

Procedura in ordine a richieste concernenti dati personali contenuti in atti parlamentari.

- *Alle istanze dei cittadini che, invocando il cosiddetto "diritto all'oblio" con riferimento a loro dati personali contenuti in atti parlamentari pubblicati sul sito Internet della Camera dei deputati, chiedono di procedere alla deindicizzazione dei predetti atti, si dà seguito - ove ne ricorrano i presupposti di cui ai punti successivi - escludendo dall'indicizzazione da parte dei motori di ricerca esterni - secondo le modalità tecniche adottabili in ciascun caso - il documento informatico contenente l'atto parlamentare in questione, ferme restando la piena reperibilità dell'atto medesimo sul sito istituzionale attraverso il motore di ricerca interno al sito stesso e l'intangibilità dell'atto parlamentare.*
- *Sono accolte le istanze aventi ad oggetto i dati personali di cui al punto 4 della presente deliberazione contenuti in atti parlamentari pubblicati nelle legislature precedenti e comunque da non meno di tre anni rispetto alla data in cui l'istanza è formulata, salvo che l'Ufficio di Presidenza deliberi diversamente, in modo motivato, in relazione allo specifico interesse da tutelare.*
- *Le istanze possono riguardare qualsiasi atto parlamentare, ad eccezione degli atti delle Commissioni parlamentari di inchiesta, alla luce della specifica previsione contenuta nel Codice per la protezione dei dati personali [art. 8, comma 3, lettera c)], che esclude espressamente l'esercizio dei diritti in tema di dati personali di cui all'articolo 7 del medesimo Codice nel caso di trattamenti effettuati dalle suddette Commissioni, salvo nei casi in cui vengano in rilievo esigenze di sicurezza della persona e comunque d'intesa con il Senato. Per gli atti parlamentari relativi ad altri organi bicamerali si procede d'intesa con il Senato.*
- *Ferma restando la valutazione circa l'eventuale perdurante esistenza di un interesse generale alla massima diffusione dell'atto, a prescindere dal decorso del tempo, sono prese in esame le istanze aventi oggetto dati sensibili o giudiziari o riferite a minori ovvero concernenti ricostruzioni di fatti successivamente rivelatesi non vere sulla base di documentazione ufficiale fornita dagli istanti.*
- *Con riferimento alle istanze, aventi ad oggetto atti di sindacato ispettivo, si procede alla deindicizzazione anche della relativa risposta fornita dal Governo ove abbia ad oggetto anch'essa dati sensibili o giudiziari o sia riferita a minori, ovvero contenga ricostruzioni di fatti successivamente rivelatesi non vere sulla base di documentazione ufficiale fornita dagli istanti.*
- *Sulle istanze presentate alla Presidenza della Camera dei deputati l'esame istruttorio è svolto, sulla base dei criteri di cui ai punti precedenti, da un Gruppo di lavoro i cui componenti sono nominati dal Presidente della Camera tra i membri dell'Ufficio di Presidenza assicurando la rappresentanza di ciascun Gruppo parlamentare. Il Gruppo di lavoro riferisce all'Ufficio di Presidenza sulle singole istanze e sulle eventuali integrazioni o modifiche ai criteri di cui ai punti precedenti*

ritenuti necessari. Il Gruppo di lavoro, in riferimento a ciascuna istanza, può sottoporre all'Ufficio di Presidenza l'opportunità di acquisire sul punto il parere del Garante per la protezione dei dati personali. Sulla questione delibera l'Ufficio di Presidenza.

Al termine dell'istruttoria da parte del Gruppo di lavoro di cui al punto 6, l'Ufficio di Presidenza delibera sulle proposte da questo formulate su ciascuna istanza esaminata; valuta le eventuali proposte di modifica o integrazione formulate dal Gruppo di lavoro ai criteri di cui ai punti precedenti e definisce le modalità attraverso le quali esaminare le successive istanze che dovessero essere

L'occasione per la redazione di tale "procedura in ordine a richieste concernenti dati personali contenuti in atti parlamentari" si è creata a seguito di un ricorso accolto dal Tribunale civile di Roma, che, con sentenza del 19 gennaio 2012, n. 1213, visto l'art. 152, co. 10, del d. lgs. n. 196 del 2003 (c. d. Codice della privacy), ha condannato la Camera dei Deputati a "rendere tecnicamente non possibile per il tramite dei comuni motori di ricerca la diretta individuazione della pagina web" relativa ad una interrogazione parlamentare a risposta scritta e a due interpellanze presentate da un deputato nel 2008 e riguardanti lo stato di salute [1] del ricorrente durante un suo periodo di permanenza in carcere. Il Tribunale ha più specificamente accolto la richiesta in via subordinata del ricorrente, il quale infatti in via principale aveva chiesto la rimozione integrale della pagina web (quindi anche dal sito della Camera). Con il provvedimento adottato dal Tribunale, invece, è ancora ugualmente possibile individuare la pagina web relativa allo stato di salute del ricorrente e accedervi, ma tale individuazione è ora molto più difficile, perché non potrà più avvenire casualmente, ossia semplicemente digitando su un motore di ricerca (si pensi ad esempio a Google) il suo nome, ma occorrerà recarsi sul sito della Camera dei Deputati, e solo allora digitare il nome del ricorrente o il numero delle interrogazioni parlamentari. In altre parole, dopo il provvedimento del giudice, un qualsiasi utente di internet potrà venire a conoscenza dello stato di salute del ricorrente solo se egli sia già in qualche modo a conoscenza di quello che vuole cercare, o perché sa che il ricorrente è stato oggetto di una interrogazione parlamentare o perché sa che vi è una determinata interrogazione parlamentare avente ad oggetto lo stato di salute di un carcerato. Dunque, la "curiosità" dell'utente di internet riguardante le vicende (anche) personali di una determinata persona, che oggi - soprattutto quando questa stessa persona per qualsiasi motivo abbia acquisito anche un minimo di notorietà - può essere spesso agevolmente soddisfatta in pochi secondi digitando appunto il nome della persona su un comune motore di ricerca, è stata così, con tale provvedimento, "frenata" e "filtrata" dal necessario passaggio da un determinato sito (quello della Camera dei Deputati) che non può essere individuato da quegli stessi motori di ricerca avendo a disposizione soltanto la conoscenza del nome della persona della quale si vogliono acquisire informazioni. La Camera dei Deputati aveva eccepito il difetto di

giurisdizione del giudice ordinario in ragione del sistema di autodichia parlamentare rinvenibile nell'art. 64, co. 1, Cost.; nel merito si era invece difesa affermando che interrogazioni e interpellanze parlamentari sono espressione del potere del Parlamento di rappresentanza dei cittadini (art. 67 Cost.) e di controllo sull'esecutivo (art. 94 Cost.): per conseguire questi fini, tali atti non possono che essere pubblici e quindi consultabili agevolmente anche su internet.

Il Tribunale di Roma ha ritenuto infondata l'eccezione di difetto di giurisdizione, affermando che tra le materie riservate dall'art. 12 del regolamento della Camera [2] non possa farsi rientrare l'attività di trattamento dei dati personali di terzi, in quanto tale attività implica la lesione del diritto costituzionalmente tutelato alla riservatezza e all'oblio, da porre necessariamente in bilanciamento con il principio di pubblicità delle sedute della Camera di cui all'art. 64 Cost., che non verrebbe seriamente pregiudicato dall'omissione, nella pubblicazione degli atti parlamentari, dei dati idonei ad identificare i soggetti la cui identità non sia oggetto di un interesse pubblico alla conoscenza.

Nel merito, ha rilevato il Tribunale che all'art. 22 del codice della privacy da un lato non vi è alcun divieto per gli organismi pubblici di trattare i dati personali, dall'altro però vi è l'obbligo di trattarli esclusivamente nei casi in cui ciò sia indispensabile per lo svolgimento delle loro attività istituzionali. Ne consegue da un lato la legittimità della pubblicazione sul sito internet della Camera degli atti parlamentari in oggetto, dall'altro però l'esigenza di evitare la rilevazione dall'esterno, ossia da parte dei motori di ricerca operanti su internet, dei dati personali del ricorrente, comunque attuali e non contestualizzati, idonei a ledere il diritto all'immagine dell'interessato.

Contro tale provvedimento la Camera dei deputati aveva proposto ricorso per Cassazione che, per la sua delicatezza, era stato assegnato alle sezioni unite: prima della trattazione del ricorso però la Camera ha rinunciato al ricorso, avendo adottato le delibere di cui si è dato conto che sostanzialmente aderiscono alla soluzione del problema offerta dal Tribunale di Roma.

2. Il quadro normativo.

La parola "riservatezza" o l'espressione "diritto all'oblio" non sono presenti nella nostra Costituzione: tali diritti tuttavia vengono ricondotti tradizionalmente agli artt. 2 e 15 Cost.: in particolare, l'art. 2 Cost. è considerata una norma "aperta" alla tutela di posizioni giuridiche soggettive nuove, che possono venirsi a creare con il decorso del tempo ed il conseguente e progressivo cambiamento della realtà sociale in cui l'uomo vive. Si noti peraltro la presenza dell'avverbio "riservatamente" all'interno dell'art. 111 Cost. in tema di giusto processo (modifica costituzionale avvenuta con l. cost. n. 2 del 1999), che ha la funzione di disciplinare le modalità secondo le quali il pubblico ministero deve informare l'indagato delle indagini in corso a suo carico. Tale comunicazione deve appunto essere effettuata "riservatamente".

In materia di protezione dei dati personali, il d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (c. d. codice della privacy), impone “*un elevato livello di protezione dei dati personali*” di chiunque e tale protezione è considerata facente parte integrante del diritto dell’uomo alla riservatezza (artt. 1 e 2): a conferma di ciò il relativo danno è risarcito (art. 15) da un lato mediante il riferimento alla responsabilità extracontrattuale aggravata di cui all’art. 2050 cod. civ. (esercizio di attività pericolosa, che obbliga il danneggiante, per andare esente da responsabilità, a provare di avere adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno), e dall’altro anche nella sua componente non patrimoniale (cfr. art. 2059 cod. civ. e Cass. n. 26972 del 2008), il che ne sembra evidenziare la natura di diritto fondamentale.

Il codice è altresì ispirato al principio di necessità nel trattamento dei dati (art. 3), secondo cui occorre ridurre al minimo l’utilizzazione, in modo da escluderne il trattamento quando le finalità perseguite nei singoli casi possono essere realizzate mediante dati anonimi od opportune modalità che permettano di identificare l’interessato solo in caso di necessità: inoltre devono essere trattati in maniera non eccedente rispetto alle finalità per le quali sono trattati e conservati per un periodo di tempo non superiore a quello necessario agli scopi per i quali essi sono stati trattati (art. 11 e 22, co. 3): questi principi valgono anche quando i dati personali vengano trattati su internet (art. 133).

Secondo l’art. 16 del Trattato di Roma del 25 marzo 1957 sul funzionamento dell’Unione europea *Ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano*: si deve ricordare che le norme dell’Unione europea, secondo una ormai più che consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale (a partire dalla sentenza n. 170 del 1984), prevalgono su quelle del nostro ordinamento con la sola eccezione dei principi fondamentali dell’ordinamento^[3] (e mai la Corte costituzionale ha considerato il principio di pubblicità degli atti del Parlamento o quello dell’autodichia un principio fondamentale).

Devono altresì considerarsi gli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza, secondo cui “*ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata*” e “*ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano*”: le norme della Carta di Nizza, al contrario di quelle della CEDU, fanno parte a pieno titolo delle norme dell’Unione europea, in virtù dell’art. 6, par. 1, del Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992 sull’Unione europea. L’art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo stabilisce poi che “*ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata*” e “*Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell’esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell’ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui*”. Si deve ricordare che le norme della CEDU, secondo una ormai più che consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale (a partire dalle sentenze nn. 348 e 349 del 2007), prevalgono sugli atti aventi forza di legge ma soccombono rispetto a tutte le

norme aventi carattere costituzionale (quindi non solo i principi fondamentali), nonché alle norme dell'Unione europea.

Inoltre, secondo l'art. 12 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo *nessun individuo potrà essere sottoposto ad interferenze arbitrarie nella sua vita privata*: la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, firmata all'ONU il 10 dicembre 1948, pur non essendo un trattato e pur non essendo stata ratificata dall'Italia, è il documento fondamentale costitutivo dell'Organizzazione delle Nazioni Unite. Many international lawyers, in addition, believe that the Declaration forms part of customary international law and is a powerful tool in applying diplomatic and moral pressure to governments that violate any of its articles. La Dichiarazione fa parte del diritto internazionale consuetudinario ed è un potente strumento di pressione diplomatica e morale ai governi che violano uno dei suoi articoli. The 1968 United Nations International Conference on Human Rights advised that it "constitutes an obligation for the members of the international community" to all persons. La dichiarazione continua ad essere ampiamente citata da governi, accademici, avvocati, Corti costituzionali (in particolare la nostra Corte costituzionale la cita spesso come argomento rafforzativo delle sue decisioni) e singoli esseri umani che si appellano ai suoi principi per la tutela dei loro diritti umani.

Ancora, la direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, afferma all'art. 6 che *gli Stati membri dispongono che i dati personali devono essere adeguati, pertinenti e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali vengono rilevati e/o per le quali vengono successivamente trattati, mentre il successivo art. 7 stabilisce che gli Stati membri dispongono che il trattamento di dati personali può essere effettuato soltanto quando è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il responsabile del trattamento; infine l'art. 8 prevede che gli Stati membri vietano il trattamento di dati personali relativi alla salute ma tale norma non si applica qualora il trattamento sia effettuato, con garanzie adeguate, da una fondazione, un'associazione o qualsiasi altro organismo che non persegua scopi di lucro e rivesta carattere politico, filosofico, religioso o sindacale, nell'ambito del suo scopo lecito e a condizione che riguardi unicamente i suoi membri o le persone che abbiano contatti regolari con la fondazione, l'associazione o l'organismo a motivo del suo oggetto e che i dati non vengano comunicati a terzi senza il consenso delle persone interessate.* Tali norme sono state trascritte in maniera pressoché identica nel Regolamento (CE) n. 45/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 dicembre 2000 concernente la tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni e degli organismi comunitari.

Deve infine darsi atto della proposta di regolamento europeo per la protezione dei dati personali del 25 gennaio 2012. La Commissione europea ha nel 2012 elaborato una proposta di Regolamento che già dalla metà del 2014 dovrebbe sostituire quanto stabilito dalla direttiva 95/46/CE,

aumentando il livello di protezione dei dati personali e anche il livello di coerenza delle norme, visto che ad una direttiva verrebbe a sostituirsi un regolamento, come tale immediatamente esecutivo e senza margini discrezionali[4]. In particolare, l'art. 5 ribadisce, ma con maggiore coerenza e precisione, i principi in materia di trattamento dei dati personali, che corrispondono a quelli di cui all'articolo 6 della direttiva 95/46/CE: tra i nuovi elementi aggiunti si trovano il principio di trasparenza, una migliore precisazione del principio di minimizzazione dei dati e l'introduzione di una responsabilità generale del responsabile del trattamento. Stabilisce infatti l'art. 5 che *i dati personali devono essere limitati al minimo necessario rispetto alle finalità perseguite e conservati in una forma che consenta l'identificazione degli interessati per un arco di tempo non superiore al conseguimento delle finalità per le quali sono trattati; l'art. 17 stabilisce poi che l'interessato ha il diritto di ottenere dal responsabile del trattamento la cancellazione di dati personali che lo riguardano e la rinuncia a un'ulteriore diffusione di tali dati, in particolare in relazione ai dati personali resi pubblici quando l'interessato era un minore, se i dati non sono più necessari rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti o altrimenti trattati.*

3. L'autodichia e il principio di pubblicità dei lavori della Camera.

Il termine autodichia, non presente nella Costituzione italiana, designa il potere di alcuni organi costituzionali (Presidenza della Repubblica, Senato, Camera e Corte costituzionale) di esercitare la funzione decisoria relativamente a particolari tipologie di controversie attinenti all'esercizio delle proprie funzioni, ossia una capacità di "auto giurisdizione", la capacità di decidere direttamente, attraverso articolazioni organizzative interne, ogni controversia attinente all'esercizio delle proprie funzioni, tra cui quelle inerenti al rapporto di impiego con i propri dipendenti, senza che organismi giurisdizionali esterni siano abilitati ad esercitare qualsivoglia tipologia di sindacato o controllo. La ratio che giustifica l'autodichia è quella della impossibilità di intromissione nell'indipendenza garantita e quindi nell'organizzazione interna delle Camere. Alla base dell'autodichia si trova dunque la rivendicazione da parte dei supremi organi costituzionali del potere di disciplinare tutta l'attività svolgentesi nella sua "sfera interna" [5]. Il fondamento costituzionale dell'autodichia, ammesso che esso esista, è incerto e discusso. Secondo alcuni esso si fonda sulla potestà, prevista dall'art. 66 Cost., di ciascuna camera di giudicare dei titoli di ammissione dei suoi componenti e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incompatibilità [6]. In ogni caso l'azione della Giunta può essere considerata come un'attività di mero accertamento amministrativo, un esercizio di potere giurisdizionale o un'attività squisitamente politica. La giurisprudenza della Cassazione in materia di autodichia è oscillante, e potremmo, sia pure con una inevitabile semplificazione, suddividerla in tre filoni.

Il primo filone, cui appartiene l'ultima sentenza in tema (n. 14100 del 2013, che ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 12 del regolamento della Camera che attribuisce alla Camera stessa l'autodichia) [7], guarda all'autodichia decisamente con sfavore, o *in toto* (in virtù degli artt. 3, 24, 102, 111, 113 Cost.), nel senso che viene messa in discussione anche per quanto riguarda la giurisdizione sui dipendenti delle Camere (e dunque, implicitamente, viene riconosciuta solo per quanto espressamente previsto dall'art. 66 Cost.) o nel senso di escludere una interpretazione estensiva di quanto previsto dai regolamenti delle Camere in quanto essi avrebbero natura di norme eccezionali proprio perché posti in deroga ai citati principi costituzionali (ritenendosi così ad esempio che la giurisdizione domestica delle Camere non possa allargarsi ai dipendenti dei gruppi parlamentari): in questo senso è ad esempio Cass., S.U., 6 maggio 2013, n. 14100, secondo cui l'autonomia spettante al Parlamento non è affatto comprensiva del potere di stabilire norme contrarie alla Costituzione.

Esiste poi un secondo filone di sentenze "a favore" dell'autodichia, sulla base della presenza in tal senso di specifiche norme regolamentari delle Camere, la cui legittimità è stata sancita dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 154 del 1985; si fa inoltre riferimento ad un "fondamento costituzionale indiretto" dell'autodichia, e alla sua ragion d'essere nell'esigenza di tutelare la sovranità, l'autonomia e l'indipendenza del Parlamento [8].

Secondo la citata sentenza n. 154 del 1985, infatti, *l'autodichia della Camera dei deputati in tema di controversie che attengono ai rapporti di lavoro dei dipendenti, nonché alle procedure concorsuali per l'assunzione di nuovo personale, trovando la sua base istitutiva in una specifica norma primaria (l'art. 12 del Regolamento della Camera dei deputati 18 febbraio 1971, deliberato ai sensi dell'art. 64 Cost. e rimasto sostanzialmente identico nel nuovo testo del 16 febbraio 1998), non è suscettibile di disapplicazione da parte del giudice ordinario e si sottrae altresì al sindacato di legittimità costituzionale in ragione dell'indipendenza garantita alle Camere del Parlamento da ogni altro potere; né tale sistema ha subito effetti innovativi ad opera del nuovo testo dell'art. 111 Cost., introdotto dalla legge costituzionale n. 2 del 1999, che - pur senza estromettere la autodichia dall'area della giurisdizione - non ha comunque scalfito le garanzie di indipendenza del Parlamento, mantenendo pur sempre alcune aree di esenzione o di delimitazione del sindacato di legittimità proprio della Corte di cassazione.*

Quanto alla giurisprudenza costituzionale, nella sentenza n. 74 del 2013, in tema di necessità dell'autorizzazione della Camera dei Deputati per l'utilizzabilità delle intercettazioni telefoniche nei confronti di parlamentari, si afferma che *"l'art. 6 della legge n. 140 del 2003 (si tratta dello spinoso problema delle intercettazioni telefoniche di Parlamentari c. d. indirette o casuali) [8], al pari delle altre disposizioni sulle immunità e prerogative a tutela della funzione parlamentare, deroga al principio di parità di trattamento davanti alla giurisdizione - principio che è «alle origini della formazione dello Stato di diritto» - e deve, quindi, «essere interpretato nel senso più aderente al testo normativo».* Da tale sentenza si evince dunque

che il principio di parità di trattamento davanti alla giurisdizione è la regola, mentre le deroghe a tale principio costituiscono eccezioni, e come tali sono di stretta interpretazione e non sono suscettibili di interpretazione in via analogica. Il principio dell'autodichia, quindi, che costituisce una deroga al principio di parità di trattamento davanti alla giurisdizione, sembra dunque necessariamente doversi interpretare in maniera restrittiva.

Sempre la Corte costituzionale, nella sentenza n. 85 del 2013 (c. d. sentenza ILVA), la Corte costituzionale ha affermato, con riferimento alla funzione giurisdizionale, che *non può essere consentito al legislatore di «risolvere, con la forma della legge, specifiche controversie e di vanificare gli effetti di una pronuncia giurisdizionale divenuta intangibile, violando i principi relativi ai rapporti tra potere legislativo e potere giurisdizionale e concernenti la tutela dei diritti e degli interessi legittimi», citando altresì una sentenza della CEDU secondo cui «il principio dello stato di diritto e la nozione di giusto processo custoditi nell'art. 6 precludono, tranne che per impellenti ragioni di interesse pubblico, l'interferenza dell'assemblea legislativa nell'amministrazione della giustizia al fine di influenzare la determinazione giudiziaria di una controversia»* (Corte EDU, sez. II, sentenza 14 dicembre 2012, Arras contro Italia).

Non può non rilevarsi che l'affermazione riguardante la non interferenza del Parlamento nell'attività giurisdizionale sembrerebbe sottolineare la non più attuale rispondenza dell'autodichia all'equilibrio tra i vari poteri dello Stato.

Nella sentenza 6 maggio 1985, n. 154 la Corte costituzionale aveva affermato che, *quanto al dubbio sulla compatibilità dell'autodichia delle Camere con i principi costituzionali in tema di giurisdizione, non può non convenirsi col giudice a quo, anche sulla base di principi contenuti in convenzioni internazionali, che indipendenza ed imparzialità dell'organo che decide, garanzia di difesa, tempo ragionevole, in quanto coesenziali al concetto stesso di una effettiva tutela, sono indefettibili nella definizione di qualsiasi controversia.*

Con questa celebre sentenza la Corte costituzionale, in ragione della centralità del Parlamento nell'ordinamento repubblicano e dell'assenza dei regolamenti parlamentari dall'elenco di norme impugnabili ex art. 134 Cost. davanti alla Corte costituzionale, nel dichiarare inammissibile la questione riguardante una norma regolamentare che prevedeva la giurisdizione domestica delle Camere, sembrerebbe avere indirettamente riconosciuto la legittimità dell'autodichia. Tuttavia ciò non è del tutto esatto in quanto si tratta solo di una pronuncia di inammissibilità a causa della insindacabilità dei regolamenti parlamentari ed anzi la Corte afferma espressamente che *“quanto al dubbio sulla compatibilità dell'autodichia delle Camere con i principi costituzionali in tema di giurisdizione, non può non convenirsi col giudice a quo, anche sulla base di principi contenuti in convenzioni internazionali, che indipendenza ed imparzialità dell'organo che decide, garanzia di difesa, tempo ragionevole, in quanto coesenziali al concetto stesso di una effettiva tutela, sono indefettibili nella definizione di qualsiasi controversia”*.

Tuttavia, nella sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, seconda sezione, 28 aprile 2009 n. 14 - Savino ed altri c. Italia, la Corte EDU afferma esplicitamente che *l'autonomia normativa del Parlamento italiano persegue il fine di preservare il potere legislativo da ogni ingerenza esterna, ivi compreso da parte dell'Esecutivo, cosa che non può essere ritenuta contraria alla lettera o allo spirito dell'articolo 6 § 1 della Convenzione*. La sentenza Savino della CEDU rileva dunque l'illegittimità dell'autodichia "solo" sotto il profilo della mancanza di terzietà del giudice, che è "al contempo produttore di norme, amministratore e giudice" [9], non anche della autodichia in sé e per sé.

Rileva peraltro Scoca [10] che è certamente vero che secondo la CEDU il rispetto dell'art. 6, par. 1, della Convenzione può essere assicurata anche da Tribunali diversi da quelli comuni, ma nell'ordinamento italiano non esiste una nozione di "Tribunale in senso materiale" come elaborata dalla CEDU, anche perché non esistono le ragioni per le quali la nozione è stata elaborata dalla CEDU stessa, la quale si trova di fronte ad ordinamenti statuali fortemente differenziati e ritiene, del tutto comprensibilmente, che non sia suo compito imporre agli Stati un determinato modello costituzionale.

Critico è anche Cicconetti, il quale non ritiene sufficiente che, perché possa predicarsi l'autonomia e l'indipendenza di un organo giudicante, che questo sia composto da uomini diversi da quelli che hanno adottato il provvedimento impugnato [11], in quanto il condizionamento dei parlamentari giudicanti deriva da un dato oggettivo: l'appartenenza, sia pure a diverso titolo, dei soggetti giudicanti all'istituzione che adotta i provvedimenti suscettibili d'impugnazione da parte di dipendenti o di terzi.

La Corte di Strasburgo non chiarisce le ragioni per le quali un giudice in causa propria possa ritenersi compatibile con le garanzie dell'art. 6 § 1 CEDU, e neppure chiarisce perché in controversie con i dipendenti possa derogarsi alla giurisdizione dei giudici comuni: la Corte europea si esime dal valutare il rispetto del principio di proporzionalità da parte dell'autodichia (le pur validissime esigenze di attribuire la massima indipendenza del Parlamento, che sono alla base dell'istituto dell'autodichia, consentono di derogare al principio di parità di trattamento davanti alla giurisdizione, riaffermato da ultimo con la citata sentenza n. 74 del 2013), criterio che l'avrebbe obbligata a ricercare un punto di equilibrio fra autonomia della Camera (e, più in generale, degli organi costituzionali) e tutela giurisdizionale dei diritti, affrontando così anche la questione dell'ampiezza nell'ambito di applicazione della prerogativa parlamentare.

La grandissima parte della dottrina si mostra da sempre estremamente critica e dura nei confronti dell'autodichia e ha da tempo sollevato dubbi sulla sua compatibilità con gli articoli 3, 24, co. 1, 101, co. 1, 108, co. 2, 113 Cost. [12].

Le critiche mosse dalla dottrina all'autodichia possono essere così riassunte:

- l'art. 24 Cost. afferma che *"tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi"*, per cui le limitazioni a siffatta regola generale dovrebbero per lo meno essere espressamente previste dalla

Costituzione, così come del resto avviene con l'art. 66 Cost., secondo cui "*Ciascuna Camera giudica dei titoli di ammissione dei suoi componenti e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incompatibilità*"[13];

- l'autodichia non è un necessario corollario del principio della divisione dei poteri il quale non può interpretarsi nel senso di dover assicurare l'impenetrabilità tra i vari organi e le rispettive funzioni primarie, ma è anzi attuato attraverso forme di reciproco controllo: si pensi, per il Parlamento, al potere del Presidente della Repubblica, prima di promulgare la legge, può con messaggio motivato alle Camere, chiedere una nuova deliberazione (art. 74 Cost.) e a quello della Corte costituzionale di giudicare sulla legittimità costituzionale (art. 134 Cost.): del resto, anche proprio nell'ottica di una rigida e formale divisione dei poteri, poiché la funzione del Parlamento è quella di fare le leggi, non spetterebbe ad esso la ben distinta funzione di giudicare sui ricorsi relativi ai propri dipendenti [14];
- si tratterebbe di una anacronistica intangibilità ormai priva di senso, non essendovi oggi bisogno di affermare la supremazia assoluta del Parlamento come invece accadeva negli anni immediatamente successivi alla caduta della monarchia[15];
- si creerebbero non necessari privilegi a scapito del principio di serietà ed effettività della tutela giurisdizionale dei dipendenti della Camera, che realizzerebbe una situazione di disparità di trattamento fra cittadini che crea un vulnus al principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. [16];
- rappresenterebbe una forzatura postulare l'assoluta indipendenza degli organi costituzionali anche per quegli atti, come quelli relativi al personale, non rientranti concettualmente e sostanzialmente nella funzione primaria di tali organi [17];
- si tratterebbe di un "privilegio" del quale gli organi costituzionali possono fare a meno senza alcun pericolo per la loro indipendenza o autonomia garantita[18].

4. La tutela della riservatezza e il diritto all'oblio in internet.

La rappresentazione di chi siamo (la nostra reputazione) dipende da sempre non soltanto da ciò che diciamo e che lasciamo conoscere di noi, vale a dire dai dati che mettiamo in circolazione, ma anche e soprattutto dall'appropriazione e dalla gestione dei nostri dati da parte di altri; ed il mezzo e il luogo ove ciò avviene più facilmente e diffusamente è senz'altro oggi internet [19].

Dopo la seconda guerra mondiale, il diritto alla *privacy* venne riconosciuto in due importanti fonti internazionali. La prima è la dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, approvata il 10 dicembre 1948 dall'Assemblea delle Nazioni Unite a New York, il cui art. 12 statuisce che "nessun individuo può essere sottoposto ad interferenze nella sua vita privata". La seconda è l'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, firmata a Roma il 4 novembre 1950, la quale riconosce "il diritto di ogni persona al

rispetto della sua vita privata e familiare". Successivamente, il 28 gennaio 1981 è stata firmata a Strasburgo la Convenzione sul rispetto delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale, resa esecutiva in Italia con l. 21 febbraio 1989, n. 98.

Internet, oltre che un mezzo di comunicazione che permette di scambiare e comunicare dati istantaneamente e in ogni parte del mondo [20] è anche considerato "*un ambiente, un mondo virtuale dove si svolge una parte rilevante della vita delle persone*" [21]. La natura transnazionale di internet ne determina quindi un grande potenziale dannoso: una informazione riguardante un dato personale di una persona, se posto su internet, diventa immediatamente accessibile a tutto il mondo. L'attuale sfida di internet è quella di conciliare, bilanciare, opposti interessi, quello alla protezione dei dati personali e quello a permettere la diffusione di fatti e notizie *senza eccessive limitazioni* [22]: da un lato infatti internet offre la possibilità di un enorme sviluppo del diritto costituzionalmente riconosciuto (art. 21 Cost.) di manifestare il proprio pensiero [23] (un cui evidente corollario è la possibilità di diffondere adeguatamente le proprie idee ad un pubblico sufficientemente vasto) e dall'altro però pone dei seri problemi di tutela della privacy [24].

In effetti, qualsiasi dato personale può da un soggetto che ne effettua il trattamento essere memorizzata nella rete internet. Mentre però un trattamento all'interno di un archivio si caratterizza per essere ordinato secondo criteri determinati, con informazioni intercorrelate volte ad agevolarne l'accesso e a consentirne la consultazione, la rete internet costituisce invece un luogo ove le informazioni non sono archiviate ma solo memorizzate. Esso è dotato di una memoria illimitata e senza tempo, emblematico essendo al riguardo il comune riferimento al "mare di internet", all'"oceano di memoria" in cui gli internauti "navigano". Nella rete internet le informazioni non sono in realtà organizzate e strutturate, ma risultano isolate, poste tutte al medesimo livello ("appiattite"), senza una valutazione del relativo peso, e prive di contestualizzazione, prive di collegamento con altre informazioni pubblicate. Il motore di ricerca è infatti un mero intermediario telematico, che offre un sistema automatico di reperimento di dati e informazioni attraverso parole chiave, un mero database che indicizza i testi sulla rete e offre agli utenti un accesso per la relativa consultazione. Esso è un mero fornitore del servizio di fruizione della rete, limitandosi a rendere accessibili sul sito web i dati dei c. d. siti sorgente, assolvendo ad un'attività di mero trasporto delle informazioni. In particolare Google è notoriamente un motore di ricerca, che si limita a offrire ospitalità sui propri server a siti internet gestiti dai relativi titolari in piena autonomia, i quali negli stessi immettono e memorizzano le informazioni oggetto di trattamento. Al riguardo il motore di ricerca non svolge dunque un ruolo attivo (avendo peraltro il potere-dovere di impedirne la indicizzazione ed il posizionamento una volta venuto a conoscenza del contenuto illecito delle medesime contenute nei siti sorgente). Il trascorrere del tempo assume d'altro canto rilievo con riferimento sia agli archivi del soggetto che accede alla rete internet sia alla memoria di quest'ultima. Decisivo si appalesa al riguardo l'interesse pubblico alla conoscenza della notizia, sia essa di

cronaca o storica. A fronte dell'esigenza di garantire e mantenere la memoria dell'informazione si pone infatti il diritto all'oblio del soggetto cui l'informazione si riferisce. Se del dato è consentita la conservazione per finalità anche diversa da quella che ne ha originariamente giustificato il trattamento, con passaggio da un archivio ad un altro, nonché ammessa la memorizzazione (anche) nella rete di internet (es., pubblicazione on line degli archivi storici dei giornali), per altro verso al soggetto cui esso pertiene spetta un diritto di controllo a tutela della proiezione dinamica dei propri dati e della propria immagine sociale, che può tradursi, anche quando trattasi di notizia vera nella pretesa alla contestualizzazione e aggiornamento della notizia, e se del caso, avuto riguardo alla finalità della conservazione nell'archivio e all'interesse che la sottende, financo alla relativa cancellazione. Ai fini della lecita e corretta utilizzazione dei dati è dunque necessario che sussista una stretta correlazione temporale tra l'identificabilità del titolare dei dati e la finalità del relativo trattamento, che condiziona la persistente identificabilità del soggetto titolare dei dati ma è a sua volta normativamente astretta dai rigorosi limiti temporali per i quali è giustificata ("per un periodo non superiore a quello necessario agli scopi per i quali essi sono stati raccolti o successivamente trattati": d. lgs. n. 196 del 2003, art. 11, co. 1). Al riguardo, con riferimento alla rete internet non si pone allora un problema di pubblicazione o di ripubblicazione dell'informazione, quanto bensì di permanenza della medesima nella memoria della rete internet e, a monte, nell'archivio del titolare del sito sorgente. Se il passaggio dei dati all'archivio storico è senz'altro ammissibile, ai fini della liceità e correttezza del relativo trattamento e della relativa diffusione a mezzo della rete internet è indefettibilmente necessario che l'informazione e il dato trattato risultino debitamente integrati e aggiornati. Anche in tal caso i dati debbono risultare "esatti" e "aggiornati", in relazione alla finalità del loro trattamento. A fortiori in caso di relativo inserimento in un archivio storico che come nella specie venga memorizzato pure nella rete di internet la notizia non può continuare a risultare isolatamente trattata e non contestualizzata in relazione ai successivi sviluppi della medesima. Ciò al fine di tutelare e rispettare la proiezione sociale dell'identità personale del soggetto, che costituisce invero proprio o essenzialmente lo scopo che fonda l'interesse pubblico, a sua volta a base della finalità del trattamento, alla persistente conoscenza della notizia. Se pertanto l'interesse pubblico alla persistente conoscenza di un fatto avvenuto in epoca (di molto) anteriore trova giustificazione nell'attività svolta dal soggetto titolare dei dati, e tale vicenda ha registrato una successiva evoluzione, dalla informazione in ordine a quest'ultima non può invero prescindere, giacché altrimenti la notizia, originariamente compiuta e vera, diviene non aggiornata, risultando quindi parziale e non esatta, e pertanto sostanzialmente non vera. Se vera, esatta ed aggiornata essa era al momento del relativo trattamento quale notizia di cronaca, e come tale ha costituito oggetto di trattamento, il suo successivo spostamento in altro archivio di diverso scopo (nel caso, archivio storico) con memorizzazione anche nella rete internet deve essere allora realizzato con modalità tali da consentire alla medesima di continuare a mantenere i

suindicati caratteri di verità ed esattezza, e conseguentemente di liceità e correttezza, mediante il relativo aggiornamento e contestualizzazione. Solo in tal modo essa risulta infatti non violativa sia del diritto all'identità personale o morale del titolare, nella sua proiezione sociale, del dato oggetto di informazione e di trattamento, sia dello stesso diritto del cittadino utente a ricevere una completa e corretta informazione. Anche laddove come nella specie non si ponga una questione di tutela contro la diffamazione o di protezione dell'immagine o dell'onore, sussiste allora in ogni caso l'esigenza di salvaguardare il diritto del soggetto al riconoscimento e godimento della propria attuale identità personale o morale. Ha così affermato Cass., 22 maggio 2012, n. 5525, che l'editore di un quotidiano che memorizzi nel proprio archivio storico della rete internet le notizie di cronaca, mettendole così a disposizione di un numero potenzialmente illimitato di persone, è tenuto ad evitare che, attraverso la diffusione di fatti anche remoti, possa essere leso il diritto all'oblio delle persone che vi furono coinvolte. Pertanto, quando vengano diffuse sul web notizie di cronaca giudiziaria, concernenti provvedimenti limitativi della libertà personale, l'editore è tenuto garantire contestualmente agli utenti un'informazione aggiornata sullo sviluppo della vicenda, a nulla rilevando che essa possa essere reperita "aliunde".

Analogamente la Cassazione (Cass. 26 giugno 2013, n. 16111) ha affermato il principio secondo cui il diritto del soggetto a pretendere che proprie, passate vicende personali non siano pubblicamente rievocate (nella specie, il c.d. diritto all'oblio era invocato in relazione ad un'antica militanza in bande terroristiche) trova limite nel diritto di cronaca solo quando sussista un interesse effettivo ed attuale alla loro diffusione, nel senso che quanto recentemente accaduto (nella specie, il ritrovamento di un arsenale di armi nella zona di residenza dell'ex terrorista) trovi diretto collegamento con quelle vicende stesse e ne rinnovi l'attualità, diversamente risolvendosi il pubblico ed improprio collegamento tra le due informazioni in un'illegittima lesione del diritto alla riservatezza.

Atteso che il trattamento dei dati personali può avere ad oggetto anche dati pubblici o pubblicati (Cass., 25 giugno 2004, n. 11864), il diritto all'oblio salvaguarda in realtà la proiezione sociale dell'identità personale, l'esigenza del soggetto di essere tutelato dalla divulgazione di informazioni (potenzialmente) lesive in ragione della perdita (stante il lasso di tempo intercorso dall'accadimento del fatto che costituisce l'oggetto) di attualità delle stesse, sicché il relativo trattamento viene a risultare non più giustificato ed anzi suscettibile di ostacolare il soggetto nell'esplicazione e nel godimento della propria personalità. Il soggetto cui l'informazione oggetto di trattamento si riferisce ha in particolare diritto al rispetto della propria identità personale o morale, a non vedere cioè "travisato o alterato all'esterno il proprio patrimonio intellettuale, politico, sociale, religioso, ideologico, professionale" (Cass., 22 giugno 1985, n. 7769), e pertanto alla verità della propria immagine nel momento storico attuale. Rispetto all'interesse del soggetto a non vedere ulteriormente divulgate notizie di cronaca che lo riguardano si pone peraltro l'ipotesi che sussista o subentri l'interesse pubblico alla relativa conoscenza o divulgazione per particolari

esigenze di carattere storico, didattico, culturale o più in generale deponenti per il persistente interesse sociale riguardo ad esse. Un fatto di cronaca può, a tale stregua, assumere rilevanza quale fatto storico, il che può giustificare la permanenza del dato mediante la conservazione in archivi altri e diversi (es., archivio storico) da quello in cui esso è stato originariamente collocato.

Nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di riservatezza l'attenzione è soprattutto focalizzata sul delicato tentativo di bilanciare tale diritto con altri di pari dignità costituzionale. Così, nella sentenza n. 278 del 2013, a proposito dall'art. 177, comma 2, del codice della privacy, «nella parte in cui esclude la possibilità di autorizzare la persona adottata all'accesso alle informazioni sulle origini senza avere previamente verificato la persistenza della volontà di non volere essere nominata da parte della madre biologica», si afferma che la scelta per l'anonimato legittimamente impedisce l'insorgenza di una "genitorialità giuridica", con effetti inevitabilmente stabilizzati pro futuro, e pertanto non appare ragionevole che quella scelta risulti necessariamente e definitivamente preclusiva anche sul versante dei rapporti relativi alla "genitorialità naturale": potendosi quella scelta riguardare, sul piano di quest'ultima, come opzione eventualmente revocabile (in seguito alla iniziativa del figlio), proprio perché corrispondente alle motivazioni per le quali essa è stata compiuta e può essere mantenuta.

Sempre la Consulta, nel celebre conflitto di attribuzione che ha visto opposti la Procura di Palermo al Presidente della Repubblica in merito all'utilizzabilità delle intercettazioni telefoniche in cui era parte quest'ultimo (sentenza n. 1 del 2013), la Corte costituzionale, nel risolvere il conflitto a favore del Presidente della Repubblica in ragione delle superiori esigenze di riservatezza che fanno capo a quest'ultimo, ha affermato che la "garanzia della riservatezza" è un "principio generale valevole per tutti i cittadini, ai sensi dell'art. 15 Cost." e che sussiste un "generale interesse alla segretezza delle comunicazioni (quali la libertà di religione, il diritto di difesa, la tutela della riservatezza su dati sensibili ed altro)". Dunque è esplicitamente affermato che il diritto alla riservatezza riguarda tutti i cittadini, che ha fondamento costituzionale nell'art. 15 Cost. ed che una sua estrinsecazione consiste nella tutela della riservatezza sui dati sensibili.

La sentenza n. 1 del 2013 della Corte costituzionale riconduce dunque esplicitamente al diritto alla riservatezza la tutela della riservatezza sui dati sensibili. Secondo la Corte costituzionale infatti, il diritto alla riservatezza è un diritto inviolabile dell'uomo, riconducibile agli artt. 2 e 15 Cost. È da notare che il termine riservatezza è assente dall'art. 15 Cost.; tuttavia, come già ricordato, a seguito della riforma del giusto processo, la legge costituzionale n. 2 del 1999 ha introdotto un nuovo art. 111 Cost., il cui co. 3 stabilisce che "nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico", a dimostrazione che con il tempo è sempre maggiormente avvertita l'esigenza sociale di una tutela contro l'altrui curiosità (sulla circostanza che con il tempo sai più pressante l'esigenza di dare al diritto fondamentale alla

riservatezza una tutela più intensa si veda la qui di seguito riportata sentenza n. 173 del 2009).

Con la sentenza n. 287 del 2010, la Corte costituzionale, a proposito della possibilità di eliminare dal casellario giudiziale le iscrizioni che si riferiscono ai provvedimenti giudiziari di condanna per contravvenzioni per le quali sia stata inflitta la pena dell'ammenda, ha affermato che il bilanciamento fra le due opposte tutele – quella del “diritto all'oblio” di chi si sia reso responsabile in tempi passati di modeste infrazioni alla legge penale e per un periodo congruo non abbia commesso altri reati, e quella contrapposta di precludere un'indebita reiterazione dei benefici – porti alla prevalenza della prima.

Inoltre, con la sentenza n. 173 del 2009, in tema di distruzione delle intercettazioni telefoniche acquisite illegalmente, ha ritenuto la Corte costituzionale che la finalità di assicurare il diritto inviolabile alla riservatezza della corrispondenza e di ogni altro mezzo di comunicazione, tutelato dagli artt. 2 e 15 Cost., cui deve aggiungersi uguale diritto fondamentale riguardante la vita privata dei cittadini nei suoi molteplici aspetti, non giustifichi una eccessiva compressione dei diritti di difesa e di azione e del principio del giusto processo..... la pressante esigenza di dare al diritto fondamentale alla riservatezza una tutela più intensa, rispetto a quella, rivelatasi insufficiente, del recente passato, induce a ritenere non irragionevoli particolari modalità di trattamento del materiale probatorio, che riescano a contemperare tutti i diritti e principi fondamentali coinvolti in questa delicata materia.

Ha altresì affermato la sentenza n. 165 del 2008, a proposito dell'obbligo posto in capo al proprietario del veicolo di comunicare i dati personali e della patente del conducente, non identificato al momento della commessa violazione che, “in tema di violazione del diritto alla riservatezza dei dati personali la giurisprudenza costituzionale in materia, pur nel quadro di una progressiva valorizzazione di tale diritto, ha sempre sottolineato la necessità di bilanciarne la tutela con la salvaguardia di altri interessi costituzionalmente rilevanti. Significative, in tale prospettiva, sono le pronunce di questa Corte, ancorché risalenti, intervenute sul punto, le quali sottolineano la necessità che la «sfera di riservatezza» sia «rispettata nei limiti in cui lo consenta la tutela degli interessi della collettività nel campo della sicurezza, dell'economia e della finanza pubblica» (sentenza n. 121 del 1963), ovvero precisano come non possa affatto escludersi che, «nella vita privata e familiare», possa «aversi ingerenza della pubblica autorità», a condizione che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca «una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, la sicurezza pubblica, il benessere economico del paese, la difesa dell'ordine e la prevenzione delle infrazioni penali, la protezione dei diritti e delle libertà altrui» (sentenza n. 104 del 1969)”.

A proposito della necessità per il pubblico ministero, per accedere a fini d'indagine a dati concernenti il traffico telefonico, di ottenere, nei ventiquattro mesi successivi alle relative comunicazioni, un preventivo provvedimento giudiziale di autorizzazione o di acquisizione dei dati

medesimi, ha affermato la Corte costituzionale nella sentenza n. 372 del 2006 che “il legislatore ha operato un bilanciamento tra il principio costituzionale della tutela della riservatezza dei dati relativi alle comunicazioni telefoniche, riconducibile all’art. 15 Cost. (sentenza n. 81 del 1993), e l’interesse della collettività, anch’esso costituzionalmente protetto, alla repressione degli illeciti penali. Il sindacato di legittimità di questa Corte deve limitarsi alla verifica che la norma impugnata non abbia imposto limitazioni manifestamente irragionevoli dell’uno o dell’altro”.

Le esigenze di bilanciamento della riservatezza con altri valori emergono immediatamente anche dalla lettura della giurisprudenza della Corte di Giustizia: nella sentenza della Grande Sezione, 29 giugno 2010, C-28/08, la Corte di Giustizia dell’Unione europea afferma la necessità di bilanciare il principio della maggiore trasparenza possibile del processo decisionale delle pubbliche autorità, nonché delle informazioni sulle quali le loro decisioni si basano, con quello volto a garantire la tutela delle libertà e dei diritti fondamentali delle persone fisiche, in particolare della loro vita privata, nel trattamento di dati personali. Emerge inoltre dal secondo ‘considerando’ del regolamento n. 45/2001, il legislatore dell’Unione ha inteso istituire un sistema di protezione «completo» e ha ritenuto necessario, come recita il dodicesimo ‘considerando’ di detto regolamento, «garantire su tutto il territorio comunitario un’applicazione coerente ed omogenea delle norme relative alla tutela delle libertà e dei diritti fondamentali delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali»; secondo il dodicesimo ‘considerando’ poi, i diritti conferiti alle persone interessate per proteggere il trattamento dei loro dati personali costituiscono regole di tutela delle libertà e dei diritti fondamentali. Nell’intenzione del legislatore dell’Unione, la normativa dell’Unione relativa al trattamento di dati personali è posta a tutela delle libertà e dei diritti fondamentali.

Conseguentemente, l’interpretazione particolare e restrittiva data dal Tribunale all’art. 4, n. 1, lett. b), del regolamento n. 1049/2001 non corrisponde all’equilibrio che il legislatore dell’Unione intendeva stabilire tra i due regolamenti in questione.

Nella sentenza della Grande Sezione, 9 marzo 2010, C-518/07, la Corte, nell’affrontare il tema della necessaria indipendenza delle Autorità indipendenti dei singoli stati membri deputate al controllo sul trattamento dei dati personali, ne indica altresì il compito, che è quello di “stabilire un giusto equilibrio fra la protezione del diritto alla vita privata e la libera circolazione dei dati personali”; ancora, nella sentenza della Terza Sezione, 7 maggio 2009, C-553/07, la Corte afferma il dovere di bilanciare l’interesse alla riservatezza con quello alla conservazione dei dati stessi nell’interesse della pubblica amministrazione; infine nella sentenza della Grande Sezione, 16 dicembre 2008, C-73/07, a proposito della direttiva 95/46/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (cfr. par. 4. 10) la Corte afferma la necessità di bilanciare il diritto alla riservatezza con quello alla libertà di espressione. Si afferma in particolare in quest’ultima pronuncia che per

ottenere un equilibrato contemperamento dei due diritti fondamentali, la tutela del diritto fondamentale alla vita privata richiede che le deroghe e le limitazioni alla tutela dei dati previste ai summenzionati capi della direttiva debbano operare entro i limiti dello stretto necessario.

L'art. 145 del d. lgs. n. 196 del 2003 riconosce il potere d'intervento, oltre che dell'autorità giudiziaria, anche dell'autorità amministrativa avente funzione di vigilanza. Secondo un Autore tale norma attribuirebbe la possibilità di intervenire sia all'Autorità di garanzia per le comunicazioni sia al Garante per la protezione dei dati personali e, qualora l'illecito dovesse determinare una illecita distorsione della concorrenza, anche all'Autorità garante della concorrenza e del mercato [25].

Il Garante della Privacy non solo emana provvedimenti amministrativi diretti o a dirimere controversie concrete o a dettare norme aventi il carattere della generalità e astrattezza che coinvolgono il diritto alla riservatezza, ma in tale materia esprime anche pareri e rivolge istanze al legislatore [26]. Nel provvedimento del 4 luglio 2013 n. 341, in relazione alla pubblicazione nell'archivio storico on line del quotidiano "La Repubblica"- consultabile anche attraverso i comuni motori di ricerca esterni al sito del medesimo digitando semplicemente il nome e cognome del ricorrente - di un articolo dal titolo "XX", riguardante la notizia del suo arresto avvenuta nel ZZ, epoca in cui il ricorrente era calciatore professionista di serie B, ha chiesto, reiterando parte delle richieste avanzate ai sensi degli artt. 7 e 8 del Codice in materia di protezione dei dati personali, in via principale, la cancellazione o il blocco dei dati personali che lo riguardano trattati in violazione di legge, e, in via subordinata, la trasformazione in forma anonima e l'aggiornamento dei dati contenuti nell'articolo stesso alla luce dell'evoluzione giudiziaria della vicenda in senso favorevole all'interessato; il ricorrente ha chiesto inoltre l'adozione, in ogni caso, delle misure tecniche idonee a garantire l'inaccessibilità dell'articolo stesso tramite i motori di ricerca esterni al sito; il Garante ha rilevato che, al fine di contemperare i diritti della persona (in particolare il diritto alla riservatezza) con la libertà di manifestazione del pensiero - e con essa anche l'esercizio della libera ricerca storica e del diritto allo studio e all'informazione - la disciplina in materia di protezione dei dati personali prevede specifiche garanzie e cautele nel caso di trattamenti effettuati per tali finalità, confermando la loro liceità, anche laddove essi si svolgano senza il consenso degli interessati, purché avvengano nel rispetto dei diritti, delle libertà fondamentali e della dignità delle persone alle quali si riferiscono i dati trattati (cfr. artt. 136 e ss. e art. 102, comma 2, lett. a), del Codice, nonché artt. 1, comma 1, e 3, comma 1, codice di deontologia e di buona condotta per i trattamenti di dati personali per scopi storici, pubblicato in G. U. 5 aprile 2001, n. 80). A seguito del ricorso l'editore resistente ha provveduto ad adottare le misure tecniche necessarie ad interdire l'indicizzazione dell'articolo oggetto del medesimo dai motori di ricerca esterni al sito internet del quotidiano, profilo questo in ordine al quale ha dichiarato non luogo a provvedere sul ricorso.

5. Alcune esperienze straniere.

Il diritto alla privacy gode di ampia tradizione nel mondo anglosassone. Il diritto alla riservatezza infatti è stato riconosciuto in Occidente, relativamente piuttosto di recente, verso la fine del XIX secolo, proprio in Inghilterra, quando nel 1881, sulla *Harvard law review*, venne pubblicato un articolo a firma di L. D. Warren e S. B. Brandeis, che per primi affermarono l'esistenza di un *right to privacy* [27].

Nel Regno Unito il Data protection act del 1998 costituisce attuazione della direttiva 46/95/CE sulla protezione dei dati personali e ne ripropone quindi fedelmente tutti i principi [28]. In particolare, anche la disciplina britannica prevede che i dati personali devono essere trattati in maniera non eccessiva rispetto al proposito [29].

La Suprema Corte inglese, nel caso *The Rugby Football Union v. Consolidated Information Services Limited (Formerly Viagogo Limited)*, 2012, UKSC 55, ha affermato il principio della necessità *proportionality test - or 'ultimate balancing test'* - a proposito del bilanciamento tra il diritto alla proprietà intellettuale e quello alla protezione dei dati personali, ossia un principio del tutto analogo a quello affermato da CGUE con la sentenza della Grande Sezione, 29 gennaio 2008, C-275/06 e cita spesso le norme del regolamento n. 45/2001 CE. Sempre la Suprema Corte, nel caso *Public Relations Consultants Association Limited v The Newspaper Licensing Agency Limited and others*, 2013, UKSC 18, ha investito la Corte di Giustizia UE della questione del se l'utilizzare delle pagine di uno sito web richieda la necessità del permesso del copyright, ossia del proprietario del sito: "the EU has traditionally afforded, as a matter of policy, a high level of protection for intellectual property rights, and the widespread use of these technologies was likely to facilitate piracy. On the other, it is clear that there was concern that the over-rigid application of copyright law devised for physical media of transmission or storage would retard the commercial development of the internet and other form of electronic media technology". La fedeltà ai principi dell'Unione europea è sottolineata anche in dottrina, ove si afferma che la legge inglese ha incorporato l'art. 8 della CEDU [30].

Deve altresì segnalarsi il recente Defamation Act del 2013, il quale pone delle regole non dissimili da quelle che la nostra giurisprudenza civile ha elaborato per la diffamazione ed è quindi tutto incentrato sul bilanciamento tra la tutela della reputazione della persona e l'interesse alla notizia.

Anche negli Stati Uniti la cultura della privacy è assai radicata e gode di grande tradizione: riferisce un Autore che la più classica definizione di privacy risale al 1890 quando il giudice americano Cooley la definì "the right to be let alone" [31].

La privacy non è citata espressamente dalla Costituzione americana, ma viene fatta discendere dall'Amendment 4[32] (Searches and seizures), secondo cui "The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or

affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized”.

Il diritto alla privacy è peraltro espressamente citato nella Costituzione di alcuni Stati americani: secondo l’art. 1 di quella della California “All people are by nature free and independent and have inalienable rights. Among these are enjoying and defending life and liberty, acquiring, possessing, and protecting property, and pursuing and obtaining safety, happiness, and *privacy*”; secondo l’art. 2, section 10, di quella del Montana invece “The right of individual privacy is essential to the well-being of a free society and shall not be infringed without the showing of a compelling state interest”.

Nel caso *United States v. Heckenkamp* [33] la Corte Suprema degli Stati Uniti ha affermato il principio della “*reasonable expectation of privacy*” ed ha ritenuto giustificata una ricerca di files all’interno di un computer in quanto vi era il ragionevole sospetto che quel computer fosse stato utilizzato per ottenere un accesso abusivo ad un sistema informatico. Infatti, colui che aveva posto in essere la condotta illecita non poteva ragionevolmente attendersi che la propria privacy non fosse violata da coloro i quali cercavano di individuare l’autore dell’accesso abusivo. Nel caso *United States v. Jones* [34], la Supreme Court ha ribadito il principio della “*reasonable expectation of privacy*” ed ha ritenuto invalide, perché contrarie al 4° emendamento della Costituzione, le prove raccolte, in un’indagine relativa a reati concernenti la droga, mediante un rivelatore di posizione satellitare GPS applicato ad un’autovettura dalla polizia senza autorizzazione giudiziaria, mentre l’autovettura si trovava posteggiata nel garage davanti la sua casa, ma ha ritenuto utilizzabili le prove raccolte quando l’auto si trovava sulla pubblica via, per l’inesistenza, in quest’ultimo caso, di una ragionevole aspettativa di privacy da parte dell’indagato.

Nel caso *Florida v. Jardines* [35] la Corte Suprema degli Stati Uniti ha confermato il principio della “*reasonable expectation of privacy*” ed ha ritenuto invalide, perché contrarie al 4° emendamento della Costituzione, le prove raccolte dalla polizia mediante un cane che annusava la droga davanti alla porta di casa dell’indagato, senza avere un’autorizzazione dell’autorità giudiziaria.

In Francia non vi è una apposita norma della Costituzione che preveda il *respect de la vie privée*; tuttavia il Conseil Constitutionnel lo riconduce all’art. 2 della Dichiarazione dei diritti dell’Uomo e del cittadino del 1789 (che in Francia è equiparata alla Costituzione), secondo cui *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l’oppression*. Infatti, nella decisione del Consiglio costituzionale n° 2009-580 DC del 10 giugno 2009, relative à la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, in cui si afferma la necessità di bilanciare le esigenze della proprietà intellettuale con quelle del rispetto alla vita privata, si afferma che *Considérant, en premier lieu, qu’aux termes de l’article 2 de la Déclaration de 1789: "Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à*

l'oppression"; que *la liberté proclamée par cet article implique le respect de la vie privée.*

Nella Décision n° 94-352 DC del 18 gennaio 1995, il Consiglio costituzionale, a proposito di impianti di video sorveglianza per ragioni di ordine pubblico e rispetto della privacy, afferma la necessità di bilanciare i due aspetti: Considérant que les auteurs des saisines font grief à cet article, qui fixe un régime d'autorisation et d'utilisation des installations de systèmes de vidéosurveillance, de méconnaître l'exercice de plusieurs libertés et droits fondamentaux constitutionnellement protégés; qu'au nombre de ceux-ci figureraient, selon eux, la liberté individuelle dont l'autorité judiciaire doit assurer la garantie en vertu de l'article 66 de la Constitution, la liberté d'aller et venir sans surveillance arbitraire et généralisée et le droit au respect de la vie privée qui impliquerait un droit à l'anonymat; qu'à cette fin ils font valoir, outre la méconnaissance de principes de nécessité et de proportionnalité propres aux mesures de police, que n'auraient pas été instituées des garanties suffisantes quant à l'exercice des libertés publiques, en ce qui concerne les autorités compétentes et les circonstances requises pour délivrer les autorisations, l'usage des images et leur enregistrement ainsi que l'exercice des contrôles et recours dont doivent disposer les personnes filmées; analogamente, nella Décision n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, il Consiglio costituzionale ha affermato la necessità di bilanciare il rispetto della vita privata con la necessità di procedere ad ispezioni per poter scoprire l'esistenza di abitazioni vuote da offrire a coloro che non hanno una abitazione: "En ce qui concerne le grief tiré des atteintes portées au droit à la vie privée et à l'inviolabilité du domicile: considérant, en premier lieu, qu'il résulte tant des termes de la loi que de son objet que la consultation des fichiers des organismes chargés de la distribution de l'eau, du gaz, de l'électricité et du téléphone, ainsi que des fichiers tenus par les professionnels de l'immobilier, est limitée aux renseignements nécessaires à la recherche des locaux vacants depuis plus de dix-huit mois et à l'identification du titulaire du droit d'usage sur ces locaux; que les agents habilités à consulter ces fichiers seront assermentés et astreints aux règles concernant le secret professionnel; que, compte tenu de ces garanties, la disposition critiquée ne met en cause aucun principe ni aucune règle de valeur constitutionnelle; qu'il en va de même de la communication au représentant de l'État par les agents des services fiscaux, lesquels sont également astreints au secret professionnel, des informations nominatives dont ils disposent sur la vacance...".

Al contrario della Costituzione francese, l'art. 9 del code civil dispone invece espressamente che Chacun a droit au respect de sa vie privée. La violazione della privacy (purché dolosa) è sanzionata anche penalmente: Article 226-1 del code penal stabilisce che: "Est puni d'un an d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui".

6. Il bilanciamento tra valori costituzionali e il nucleo essenziale dei diritti fondamentali.

Dalla gran mole di documentazione succintamente esaminata sembra emergere un dato fondamentale: l'esigenza di bilanciamento tra valori aventi pari dignità costituzionale quando essi si pongano irrimediabilmente in conflitto fra di loro.

Così, la sentenza della Corte costituzionale n. 85 del 2013, pronunciata, come sopra ricordato, a proposito del noto caso riguardante l'ILVA di Taranto, ha affermato che occorre realizzare un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare alla salute (art. 32 Cost.), da cui deriva il diritto all'ambiente salubre, e al lavoro (art. 4 Cost.). La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. Analogamente, Cass., 8 agosto 2013, n. 18980, ha affermato che, in tema di trattamento dei dati personali, costituisce diffusione di un dato sensibile quella relativa all'assenza dal lavoro di un dipendente per malattia, in quanto tale informazione, pur non facendo riferimento a specifiche patologie, è comunque suscettibile di rivelare lo stato di salute dell'interessato, e ha conseguentemente ritenuto illecita la pubblicazione, da parte di un'amministrazione comunale, nell'albo pretorio nonché sul sito internet istituzionale, dei dati personali di un proprio dipendente, assente "per malattia".

In effetti, il diritto alla riservatezza, che tutela il soggetto dalla curiosità pubblica (in ciò distinguendosi dal diritto al segreto, il quale protegge dalla curiosità privata) essendo volto a tutelare l'esigenza che quand'anche rispondenti a verità i fatti della vita privata non vengano divulgati, sin dall'emanazione della L. n. 675 del 1996 (poi abrogata e sostituita dal D. Lgs. n. 196 del 2003) ha visto ampliarsi il proprio contenuto venendo a compendiarsi anche del diritto alla protezione dei dati personali. Con il D. Lgs. n. 196 del 2003, il legislatore ha introdotto un sistema informato al prioritario rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali e della dignità della persona, e in particolare della riservatezza e del diritto alla protezione dei dati personali nonché dell'identità personale o morale del soggetto (D. Lgs. n. 196 del 2003, art. 2). In tale quadro, imprescindibile rilievo assume il bilanciamento tra contrapposti diritti e libertà fondamentali, dovendo al riguardo tenersi conto del rango di diritto fondamentale assunto dal diritto alla protezione dei dati personali, tutelato agli artt. 21 e 2 Cost., nonché all'art. 8 Carta dei diritti fondamentali dell'U. E., quale diritto a mantenere il controllo sulle proprie informazioni che, spettando a "chiunque" (d. lgs. n. 196 del 2003, art. 1) e ad "ogni persona" (art. 8 Carta), nei diversi contesti ed ambienti di vita, "concorre a delineare l'assetto di una società rispettosa dell'altro e della sua dignità in condizioni di eguaglianza" (così Cass., 4 gennaio 2011, n. 186).

Al di là delle specifiche fonti normative, sembra che sia in ogni caso il principio di correttezza (quale generale principio di solidarietà sociale - che

trova applicazione anche in tema di responsabilità extracontrattuale (cfr. in questo senso Cass., 22 maggio 2012, n. 5525) - in base al quale il soggetto è tenuto a mantenere nei rapporti della vita di relazione un comportamento leale, specificantesi in obblighi di informazione e di avviso, nonché volto alla salvaguardia dell'utilità altrui - nei limiti dell'apprezzabile sacrificio, a fondare in termini generali l'esigenza del bilanciamento in concreto degli interessi, e, conseguentemente, il diritto dell'interessato ad opporsi al trattamento, quand'anche lecito, dei propri dati.

Se l'interesse pubblico sotteso al diritto all'informazione (art. 21 Cost.) costituisce un limite al diritto fondamentale alla riservatezza (artt. 21 e 2 Cost.), al soggetto cui i dati pertengono è correlativamente attribuito il diritto all'oblio, e cioè a che non vengano ulteriormente divulgate notizie che per il trascorrere del tempo risultino ormai dimenticate o ignote alla generalità dei consociati.

Secondo un Autore (Cicconetti), a proposito della tutela giurisdizionale dei dipendenti degli organi costituzionali, dovendosi ricorrere ad un bilanciamento tra diversi valori (da un lato il principio di autodichia parlamentare alla stregua dell'art. 64 Cost. e dall'altro il diritto alla difesa in giudizio e il diritto ad una tutela giurisdizionale piena ed effettiva). poiché questi ultimi diritti sono stati qualificati dalla Corte costituzionale come diritti fondamentali (sentenze n. 18 del 1992, n. 232 del 1989, n. 315 del 1992, n. 148 del 1996, n. 26 del 1999, n. 29 del 2003), immodificabili dalle stesse leggi di revisione costituzionali ed in grado d'impedire l'ingresso nell'ordinamento italiano del diritto comunitario con esso contrastante (i cosiddetti contro limiti) e poiché tale qualificazione non è stato attribuito al principio di autodichia dagli artt. 64 e 66 Cost., il risultato del suddetto bilanciamento dovrebbe condurre ad una prevalenza dei principi di cui agli artt. 24, 111 e 113 rispetto all'art. 64 Cost. e di conseguenza all'illegittimità costituzionale delle norme costituzionali che prevedono il principio dell'autodichia e, a più forte ragione, nei confronti di terzi estranei.

Nel caso del diritto alla riservatezza e del diritto all'oblio rispetto al principio di pubblicità degli atti parlamentari, sembra che debba svolgersi un ragionamento diverso: il diritto fondamentale alla riservatezza (artt. 21 e 2 Cost.), in quanto suscettibile di essere bilanciato con altri valori, deve fare i conti con un principio, quello di pubblicità dei lavori parlamentari, che, al contrario di quello di autodichia, ha un sicuro fondamento costituzionale nell'art. 64 Cost., e pertanto merita di essere tutelato, pur entrando sicuramente in conflitto con il diritto della persona alla riservatezza e all'oblio. Occorre pertanto cercare - secondo l'insegnamento della Corte costituzionale - un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali (sentenza n. 85 del 2013), in quanto tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni

giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. La Costituzione italiana infatti, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come “primari” dei valori della riservatezza e della pubblicità degli atti parlamentari significa infatti soltanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato - dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo - secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale. I diritti fondamentali sono quindi suscettibili di essere bilanciati con altri valori, ma solo se questo sacrificio sia dettato da esigenze particolarmente meritevoli di tutela - ossia dalla necessità di contemperare tali diritti con altri - e purché non sia mai intaccato il nucleo irrinunciabile, lo “zoccolo duro” dei diritti fondamentali. Seguendo questa impostazione, può ad esempio comprendersi quanto affermato dalla Corte costituzionale in tema di diritto alla salute: esso, nel suo aspetto di pretesa all'erogazione di prestazioni, “non può non subire i condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nel distribuire le risorse finanziarie delle quali dispone”, per altro verso però “le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana” (sentenze nn. 432 del 2005, 252 del 2001). Nel nostro caso questo punto di equilibrio sembra essere stato ragionevolmente individuato dalla giurisprudenza prima e dal regolamento della Camera poi nella possibilità per chiunque di individuare la pagina web relativa a dati personali di un soggetto citato in un atto parlamentare e accedervi, ma tale individuazione non può avvenire casualmente, ossia semplicemente digitando su un motore di ricerca il nome di questa persona, ma occorrerà necessariamente recarsi sul sito della Camera dei Deputati, il che presuppone che un qualsiasi utente di internet potrà venire a conoscenza di questi dati solo se egli sia già in qualche modo a conoscenza di quello che vuole cercare.

Note:

[*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[1] Si legge in particolare che da una perizia psichiatrica era emerso un grave stato psichico del ricorrente, con la diagnosi di disturbo bipolare caratterizzato da fasi depressive, spesso con idee suicide e stati di eccitamento con possibili sintomi psicotici.

[2] Regolamento della Camera dei Deputati, art. 12, co. 3. L'Ufficio di Presidenza adotta i regolamenti e le altre norme concernenti: [...] d) lo stato giuridico, il trattamento economico e di quiescenza e la disciplina dei dipendenti della Camera, ivi compresi i doveri relativi al segreto d'ufficio; [...] f) i ricorsi nelle materie di cui alla lettera d), nonché i ricorsi e qualsiasi impugnativa, anche presentata da soggetti estranei alla Camera, avverso gli altri atti di amministrazione della Camera medesima.

[3] Corte cost., sent. 8 giugno 1984, n. 170; ord 28 dicembre 2006, n. 254.

[4] S. Ricciardi, *Il nuovo regolamento europeo per la protezione dei dati personali: il caso Microsoft*, *Contr. Impr. /Europa*, 2013, 3, la quale rileva una maggiore attenzione al problema della tutela della privacy su internet e in particolare il fatto che il nuovo Regolamento, che dovrebbe essere adottato nel 2014, stabilisce il principio del diritto all'oblio da internet dopo il passaggio di un certo numero di anni.

[5] P. Pisicchio, *Aspetti dell'autodichia parlamentare*, Bari, 2010, 9-23; 79-96.

[6] D. Scicolone, *L'autodichia e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Stato attuale ed ipotesi evolutive degli organi di giurisdizione domestica della Corte costituzionale*, in *Riv. amm. Rep it.*, 2010, 127. Tale opinione non è peraltro pacifica in dottrina: cfr. F. G. Scoca, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale sulla fisionomia e sulla fisiologia della giurisprudenza amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 371, secondo cui "l'autodichia... non ha nulla a che fare con la previsione dell'art. 66 Cost.". Critico nei confronti dell'art. 66 Cost. è P. Pisicchio, *Aspetti dell'autodichia parlamentare*, Bari, 2010, 15, secondo cui è dubbia la necessaria terzietà di organi destinati a giudicare della fondamentale questione relativa alla composizione delle Camere se questi sono ontologicamente sottoposti al condizionamento delle maggioranze parlamentari; tale inconveniente si è negli ultimi anni accentuato in virtù dell'adozione del principio maggioritario, cosicché, secondo l'Autore da ultimo citato, a partire dalla XII Legislatura si può dire che la Giunta delle elezioni di Camera e Senato *facit de albo nigrum*. La genesi dell'art. 66 Cost. fu particolarmente sofferta: ad esempio nella seduta del 19 settembre 1946 Costantino Mortati espresse la preoccupazione che l'attività di verifica in regime di autodichia potesse risentire di valutazioni squisitamente politiche piegate alle ragioni delle maggioranze a detrimento del criterio giuridico, che rappresentava la motivazione sufficiente a sostenere una qualche forma di giurisdizionalizzazione del ruolo di verifica dei titoli di ammissione al Parlamento. Nella seduta del 10 ottobre 1947 poi Mortati mise in guardia i costituenti dai pericoli di una politicizzazione dell'organi di verifica dei poteri in un contesto culturale, com'era quello italiano del dopoguerra, in cui non vi era ancora un saldo costume che conduce allo spontaneo rispetto delle regole. Anche G. Ambrosini era critico nei confronti dell'autodichia, sostenendo che la sovranità delle Camere dovesse intendersi versata nella funzione legislativa e di controllo sull'esecutivo e non già nell'autonomia valutativa dei titoli di ammissione dei propri membri. Dello stesso tenore era A. Bozzi, che sottolineò la natura squisitamente giurisdizionale del controllo sui procedimenti elettorali, e per ciò stesso da tenere immune da ogni contaminazione politica, G. Leone, che

mise in luce la natura ambiguamente bivalente della Giunta delle Elezioni, la cui competenza ha caratteristiche giurisdizionali anche se esercitate con una disciplina di tipo diverso, e P. Bulloni, che formulò una proposta di piena giurisdizionalizzazione della Giunta delle Elezioni, facendo sì che l'organo si atteggiasse come vero e proprio giudice chiamato ad emettere sentenze definitive. Ma queste obiezioni e proposte non trovarono l'accordo della maggioranza, che preferirono rimanere nel solco della tradizione dello Statuto Albertino, all'interno del quale l'autodichia significava tutelare il Parlamento dalle ingerenze della monarchia. Disse il Presidente U. Terracini: *“Nel Parlamento italiano si è affermato un principio che, se non è codificato, ha non di meno un suo grande valore: il Parlamento si considera come una zona extra-territoriale; la Camera ha un'amministrazione sua e persino un suo piccolo Governo interno... La Camera ha una sovranità che non tollera, neppure nelle cose di minore importanza una qualsiasi intromissione ... ogni intromissione, sia pure della magistratura, è da evitarsi”*. La magistratura in effetti durante la guerra aveva sofferto di una carenza di autonomia rispetto all'esecutivo mentre i partiti politici avevano contribuito in maniera decisiva alla Resistenza.

[7] Cfr. Cass. S. U, 24 novembre 2008, n. 27863; Cass. S. U., 19 febbraio 2004, n. 3335.

[8] Cfr. Cass. S. U, 17 marzo 2010 n. 6529; Cass. Sez. U, 10 giugno 2004, n. 11019.

[9] Così N. Occhiocupo, *La Corte europea dei diritti dell'uomo dà il suo imprimatur all'autodichia della Camera dei deputati e degli altri organi costituzionali dello Stato italiano*, in *Dir. Unione europea*, 2010, 402.

[10] F. G. Scoca, *Autodichia e stato di diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 66.

[11] Cfr. S. M. Cicconetti, *Corte europea dei diritti dell'uomo e autodichia parlamentare*, in *Giur. it.*, 2010, 1278.

[12] Cfr. F. G. Scoca, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale sulla fisionomia e sulla fisiologia della giurisprudenza amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 371, secondo cui “l'autodichia contraddice frontalmente il principio dell'unità della giurisdizione e lascia sussistere organi, aventi poteri giurisdizionali, con non sono affatto contemplati nella Costituzione”; C. Delle Donne, *Le alte Corti e le c. d. giurisdizioni domestiche: il recente paradosso dell'“autodichia” del Quirinale*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 692; M. C. Vanz, *L'autodichia della Presidenza della Repubblica sulle cause dei dipendenti del Segretariato generale: un revirement poco convincente*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 399-406, nota critica a Cass., S. U., 17 marzo 2010, n. 6529; N. Occhiocupo, *La Corte europea dei diritti dell'uomo dà il suo imprimatur all'autodichia della Camera dei deputati e degli altri organi costituzionali dello Stato italiano*, in *Dir. Unione europea*, 2010, 397.; P. Pisicchio, *Aspetti dell'autodichia parlamentare*, Bari, 2010, 76, secondo cui l'autodichia delle Camere, rispondendo ad una ragione maggioritaria, potrebbe assumere determinazioni contrastanti con il principio della sovranità popolare di cui agli artt. 56 e 57 Cost. attraverso l'assunzione di deliberazioni volte ad annullare l'elezione dei membri dell'opposizione. Favorevole all'autodichia è invece A. C. Sorrentino, *L'autodichia degli organi parlamentari*, in *Giur.*

merito, 2008, 544; assume poi una posizione “neutra” G. Malinconico, *Attività e prassi degli organi giurisdizionali d'autodichia della Camera dei deputati*, in *Riv. ammin.*, 2011, 273, il quale, dopo aver riconosciuto la validità e la solidità delle argomentazioni contrarie alla autodichia, ne ricorda la funzione storica di preservare l'autonomia del Parlamento rispetto al potere esecutivo: la strumentalità dell'autodichia alla tutela della forma di governo parlamentare giustificerebbe l'assenza di una norma specifica che preveda l'autodichia all'interno della Costituzione.

[13] D. Scicolone, *L'autodichia e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Stato attuale ed ipotesi evolutive degli organi di giurisdizione domestica della Corte costituzionale*, in *Riv. amm. Rep it.*, 2010, 125.

[14] N. Occhiocupo, *La Corte europea dei diritti dell'uomo dà il suo imprimatur all'autodichia della Camera dei deputati e degli altri organi costituzionali dello Stato italiano*, in *Dir. Unione europea*, 2010, 397.

[15] S. Conforti, *Brevi considerazioni sul principio dell'autodichia*, in *Giur. it.*, 2005, 1886.

[16] S. Monzani, *Il rinnovato sistema di giustizia domestica della Presidenza della Repubblica e l'esercizio del potere di autodichia*, in *Foro. amm.*, 2010, 1408.

[17] M. R. Morelli, *Sul problema di costituzionalità della autodichia delle camere nelle controversie di impiego dei propri dipendenti*, in *Giust. civ.*, 1978, 109.

[18] F. G. Scoca, *Autodichia e stato di diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 68, secondo cui si tratterebbe di un privilegio in quanto consente a tali organi di essere giudici delle proprie cause, contro il noto brocardo *nemo iudex in causa propria*. Privilegio inutile, perché non è affatto essenziale per assicurare effettività alla posizione di autonomia ed indipendenza degli organi costituzionali; privilegio odioso, come tutti i privilegi, e ancor più perché attribuito agli organi che dovrebbero garantire l'osservanza dello Stato di diritto; si esprime in termini di “ragioni di prestigio non rilevanti nell'attuale ambiente storico culturale” Cass. 11 luglio 1977, n. 356, (ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale di una norma del regolamento del Senato, l'art. 12, che prevede l'autodichia, questione dichiarata inammissibile dalla sentenza n. 154 del 1985), in *Giust. civ.*, 1978, 107, con nota adesiva di M. R. Morelli, *Sul problema di costituzionalità della autodichia delle camere nelle controversie di impiego dei propri dipendenti*.

[19] A. M. Gambino, A. Stazi, *Diritto dell'informatica e della comunicazione*, Torino, 2009, 32 ss.; M. Durante, *Il futuro del web, la privacy*, Milano, 2011, 41.

[20] J. Hörnle, *Cross-border internet dispute resolution*, Cambridge, 2009, 19.

[21] M. Romani, *La globalizzazione telematica*, Giuffrè, 2009, 5, il quale aggiunge che nel mondo di internet sono sorte una serie di norme che vengono osservate spontaneamente da chi ne fa uso e che danno luogo a una *lex informatica*, secondo un meccanismo quindi simile per certi versi a quello che ha dato vita alla *lex mercatoria*.

[22] E. Athanasekou, *UK report on information technology*, Bruylant, Bruxelles, 2000, 82.

[23] J. Mc Donald QC, *The internet*, Oxford, 2003, 584, secondo cui “*in country such as United States, where there is a developed freedom of information culture, the Internet has been regarded by pro-disclosure pressure groups as the delivery system of choice for information to which the public has a right of access*”.

[24] G. Smith, *Internet law and regulation*, Cambridge, 2002, 367, secondo cui “*the use of the internet for handling information may raise data protections issues*”; L. Edwards, *Law & the internet*, 1998, Hart Publishing, Oxford, 183, secondo cui “*in recent years, defamation or libel on the internet has become one of the hot topics of Internet law*”; R. Uerpmann Wittzack, *Principles of international internet law, in Germany law*, 2010, 1253, secondo cui “*States have to strike a fair balance between privacy on the one hand and internet freedom on the other hand*”; M. Tushnet, *Handbook of constitutional law*, Routledge, 2013, 493, secondo cui “*the challenges posed by new technologies can lead courts to recognize new constitutional rights*”; nello stesso senso R. Borruso, *L'informatica del diritto*, Milano, Giuffrè, 2007, 361; A. Papa, *Espressione e diffusione del pensiero in internet*, Giappichelli, Torino, 2009, 141; T. Ballarino, *Internet nel mondo della legge*, Cedam, Padova, 1998, 9.

[25] A. Maietta, *Il sistema delle responsabilità nelle comunicazioni via internet*, in E. Bassoli (a cura di), *Come difendersi dalla violazione dei dati su internet*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli editori, 2012, 520.

[26] Cfr. ad es. la lettera del 5 luglio 2013 indirizzata al Presidente della Commissione affari costituzionali, nella quale si avanzano perplessità in relazione all'art. 10 del D. L. 21 giugno 2013, n. 69, (convertito in legge 9 agosto 2013, n. 98) con il quale si intendeva rendere libero l'accesso ad Internet tramite rete wi-fi: la norma obbligava i gestori a "garantire la tracciabilità del collegamento (MAC address)" e stabilisce che la "registrazione della traccia delle sessioni" ove non associata all'identità dell'utilizzatore "non costituisce trattamento di dati personali e non richiede adempimenti giuridici" (commi 1, secondo periodo e 2, primo periodo): le disposizioni in commento, nell'escludere che un trattamento di dati costituisca un trattamento di dati personali, rischiano secondo il Garante di incidere negativamente sulla tutela dei diritti fondamentali e di confliggere con la definizione stessa di dato personale contenuta nel Codice in materia di protezione dei dati personali. In tale quadro, l'Autorità, consapevole dell'importanza dell'esigenza di temperare la liberalizzazione dell'accesso a Internet con la tutela della sicurezza pubblica e il contrasto della criminalità, ritiene che tali ultimi aspetti, con le connesse implicazioni per la protezione dei dati personali, potrebbero trovare un più meditato approfondimento in una sede diversa e più idonea di quella consentita dai ristretti tempi di approvazione di un provvedimento d'urgenza.

[27] Lo riferisce E. Falletti, *Comunicazione, corrispondenza e riservatezza on line*, in G. Cassano, I. P. Ichino (a cura di), *Diritto dell'internet e delle nuove tecnologie telematiche*, Cedam, Padova, 2008, 41; L. D. Warren e S. B. Brandeis, *The Right to Privacy*, in *Harvard law review*, 1890, n. 5, 1.

[28] Così I. J. LLOYD, *Information technology law*, Oxford University press, 2008, 86, il quale però ritiene altresì che i principi espressi dal Data Protection Act del 1998, in quanto fedeli alla direttiva europea, risultano nebulosi. Analogamente, ma con riguardo alla giurisprudenza della CEDU, si esprime un altro Autore inglese (E. Claes, *Facing the limits of the law*, Oxford, 1998, 319), secondo cui in materia di tutela della privacy la CEDU non sta certo giocando un ruolo da pioniere.

[29] G. Smith, *Internet law and regulation*, 3° ed., Cambridge, 2002, 367.

[30] E. Athanasekou, *UK report on information technology*, Bruylant, Bruxelles, 2002, 16, secondo cui l'art. 8 della CEDU, "*which protects one's private and family life, home and correspondence, is now part of the UK law*".

[31] I. J. LLOYD, *Information technology law*, Oxford University press, 2008, 6.

[32] Emendamento ratificato il 15 dicembre 1791 alla Costituzione del 1789 (e facente parte del *Bill of rights*). Il Bill of rights consiste dei primi dieci emendamenti alla Costituzione, tutti approvati nei primissimi anni di storia della nuova federazione, e condivide il tema della limitazione del potere del governo federale. L'obiezione più diffusa era che un forte governo centrale avrebbe tiranneggiato i cittadini se lasciato senza vincoli.

[33] Corte Suprema degli Stati Uniti, n. 05-10322, 05-10323, del 5 aprile 2007.

[34] Corte Suprema degli Stati Uniti, n. 10-1259, del 23 gennaio 2012.

[35] Corte Suprema degli Stati Uniti, No. 11-564, del 26 marzo 2013.

[36] S. M. Cicconetti, *Corte europea dei diritti dell'uomo e autodichia parlamentare*, in *Giur. it.*, 2010, 1274.

Proprietà Intellettuale: per una prospettiva sistematica

**di
Gustavo Ghidini**

È quasi superfluo rimarcare quanto il complessivo quadro normativo della PI si sia complicato – e con speciale intensità nell’ultimo cinquantennio – rispetto alla classica rappresentazione delle grandi Convenzioni di fine ‘800, Parigi e Berna. In estrema sintesi, alla intrinseca diversità di oggetto, funzione, lineamenti caratteristici dei singoli paradigmi fondamentali (brevetto, marchio, diritto d’autore), si è aggiunta una progressiva frammentazione interna, per così dire, dei medesimi.

Si pensi alla varietà di modelli brevettuali ‘speciali’(per novità vegetali, biotecnologie, topografie di semiconduttori) [1], o alla varietà di (regimi dei) diritti c. d. connessi con il diritto d’autore. Si pensi poi alla crescente reciproca ‘ibridazione’ e sovrapposizione (c.d. overlapping) dei paradigmi medesimi: come avviene, ad esempio, per la tutela dei prodotti dell’industrial design, affidata ad un regime di registrazione che fonde lineamenti di stampo brevettuale con altri caratteristici della tutela dei segni distintivi. E altresì alla c.d. cumulabilità di detto regime con la protezione di diritto d’autore.

Non ultimo fattore di complicazione è costituito dalla presa di coscienza della necessaria ‘interferenza’ delle norme sulla concorrenza (sleale e antitrust) nel regime dei diversi paradigmi della PI. Il tutto, poi, è oggetto di una sempre più intensa alluvione regolatoria, sia nazionale sia internazionale, comunitaria in particolare.

La continua (dis)articolazione del quadro normativo della PI ha favorito il radicarsi di una riflessione e persino di una didattica che sogliono ricostruire i singoli istituti – e i loro ‘sottosistemi’ – secondo un’ottica per così dire separatista. Che quegli istituti legge isolatamente: non solo l’uno dagli altri, bensì anche rispetto al complessivo panorama di principi giuridici che investe le attività e gli interessi coinvolti dall’esercizio dei diritti di proprietà intellettuale. Un panorama che ovviamente comprende, in cima alla piramide, i riferimenti costituzionali.

Detta tendenza ‘separatista’(cui non pare azzardato ricollegare un modo di produzione legislativa sempre più ‘formato’ da interessi settoriali, e conseguentemente sempre più insensibile all’imperativo di coerenza sistematica) ha indubbiamente contribuito e contribuisce a produrre risultati di alto approfondimento analitico. Tuttavia essa espone l’interprete al rischio di sacrificare due preminenti esigenze metodiche, che un’autorevole dottrina anglosassone definisce con i termini, rispettivamente, di consistency e di coherence [2]. Quella, da un lato, di leggere la disciplina di uno specifico paradigma in senso non contraddittorio con l’indicazione normativa che, rispetto alla stessa ‘materia’, un altro paradigma esprima in relazione ad una funzione protettiva distinta, e come tale intrinsecamente ‘non conflittuale’.

L'esigenza, dunque, che...la destra sappia quel che fa la sinistra, evitando di metter capo ad altrimenti facili contraddizioni interne alla disciplina della PI. L'altra esigenza che una ricostruzione a compartimenti stagni dei diversi paradigmi della PI rischia di sacrificare, è quella or ora accennata - e che anche la nostra Corte di Cassazione fece propria, nell'ultimo decennio del secolo trascorso, sotto l'impulso di Giuseppe M. Berruti - e cioè di interpretare la disciplina della PI in modo coerente con i principi di rango costituzionale (nella sintesi di formale e materiale) complessivamente riferibili alle attività coinvolte ed alle pretese fatte valere nell'ambito dei conflitti di interesse fra titolari diversi, e fra titolari e terzi, scaturenti dall'esercizio di diritti di proprietà intellettuale. Un insieme di principi, riconducibili in essenza alle due fondamentali 'libertà eguali' di iniziativa economica (e quindi di concorrenza), e di espressione (nel lato attivo e passivo). Principi che la disciplina di quei paradigmi avvince, e il ruolo direttivo dei quali - ruolo primario, non residuale - nell'interpretazione della normativa ordinaria non potrebbe esercitarsi in modo organico nell'ambito, appunto, di una ricostruzione 'separatista' dei diversi paradigmi.

E v'è (ben) di più. Quei principi di rango costituzionale esprimono i canoni etico-politici della comunità organizzata, storicamente elaborati ed affermati attraverso la dialettica, spesso accesamente conflittuale, tra diversi interessi sociali. Preterire quei principi, e comunque non valorizzarli effettivamente come stella polare della ricostruzione della disciplina, comporta l'ulteriore e ancor più grave rischio di non capire dove (e perché) 'si va', o se si preferisce, cui prodest cui nocet, a seguito dell'adozione di questo, o quell'altro, provvedimento legislativo, o indirizzo interpretativo.

Il rischio dunque, per i giuristi, di ridursi a pur eleganti esegeti e/o pur eruditi 'specialisti': bravissimi a contare gli alberi ma incapaci di vedere la foresta, e di percepire il vento che l'attraversa. O peggio ancora: bravissimi nell'usare sapienza esegetica ed erudizione specialistica per mascherare 'tecnicamente' soluzioni al servizio di obbiettivi (leggi: interessi particolari) non dichiarati.

Note:

[*] Questo contributo è il primo della rubrica "Diverso Avviso".

[1] Richiamo la nota, felice definizione di "stellare", che Vincenzo Di Cataldo riferisce al sistema brevettuale contemporaneo.

[2] N. MacCormick, Coherence in Legal Justification, in A. Peczenik, L. Lindhal, B. van Roermund (eds.), Theory of Legal Science, Reidel, Dordrecht, 1984, 235-251.

**QUADERNI DI
DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA**

**Numero 4 - 2013
Anno III
[www. dimt. it](http://www.dimt.it)**

ISSN (Online edition): 2239-7442

