



14 SETTEMBRE 2018

Accesso a Internet tra mercato e diritti sociali nell'ordinamento europeo e nazionale

di **Giovanna De Minico**

Professore associato di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Napoli "Federico II"



Accesso a Internet tra mercato e diritti sociali nell'ordinamento europeo e nazionale*

di Giovanna De Minico

Professore associato di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Napoli "Federico II"

Sommario: 1. L'accesso alla rete verso un "nuovo diritto sociale". 2. Il governo delle reti di nuova generazione. 2.1. Qualche idea sull'identità del gestore delle nuove reti. 3. La net neutrality: nuovo diritto o bene finale dell'accesso? 4. Il cerchio si chiude.

1. L'accesso alla rete verso un "nuovo diritto sociale"

Il nostro discorso intorno al diritto di accesso può partire da un'affermazione: l'accesso come pretesa del cittadino a che lo Stato stenda sull'intero territorio nazionale la rete a banda larga, così da consentire a chiunque di servirsene ovunque lui risieda e a un prezzo abbordabile. Il cittadino digitale conseguirà un vantaggio una volta che il soggetto pubblico abbia adempiuto alla sua prestazione: potrà telefonare tramite Internet, partecipare alle comunità virtuali o ricevere i servizi virtuali dall'amministrazione.

E fin qui ci siamo limitati a riproporre il nostro originario disegno dell'accesso coerente con la fattispecie "diritto sociale"¹: invero, l'obbligo di garantire la disponibilità della connessione veloce favorisce la partecipazione attiva del cittadino alla società dell'informazione e al tempo stesso inventa modalità inedite di esercizio della democrazia, capaci di rivitalizzare il dialogo tra rappresentante e rappresentato. Effetti questi, dovuti tutti alla capacità della rete di asciugare le distanze tra remoti, di azzerare le differenze di età e di livellare le impari condizioni fisiche, ma chiariamo subito che questo esito benefico dipende da una precisa condizione: la regolazione su Internet deve essere eteroguidata verso l'obiettivo uguaglianza, perché se lasciata da sola non è in grado di procurare il *common good*. Infatti, dimostratosi illusorio il mito della tecnica come fatto buono in sé, l'evoluzione tecnologica sarà disciplinata dalle regole dettate dai privati forti, che la piegheranno ai loro esclusivi progetti di egemonia economica sul mercato o informativa sull'opinione pubblica.

L'accesso alla rete, così inteso, rende uguali coloro che tali non erano a causa delle differenti condizioni di partenza: agisce come una leva capace di rimuovere gli ostacoli materiali ed economici che si frappongono al pieno sviluppo della persona² (art. 2 Cost.), consentendole l'effettivo esercizio delle

* L'articolo è stato sottoposto a referaggio.

¹ M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in *Enc. Dir.*, vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 808.

² In *Assemblea Costituente (Relazione alla Costituente I, 145 ss.)* si avanzò un'interpretazione dell'uguaglianza sostanziale come fondamento assiologico dei diritti sociali. La dottrina che sviluppò questa intuizione è



libertà fondamentali, quali la manifestazione del pensiero e la comunicazione intersoggettiva, nell'ambiente digitale. La missione equilibratrice del diritto di accesso, in definitiva, lo rende funzionale all'uguaglianza sostanziale, di cui all'art. 3 Cost.

Fino a qualche anno fa voci isolate³ sostenevano l'appartenenza dell'accesso al *genus* diritti sociali; oggi la dottrina reputa incontestabile questa inclusione.

Rimane invece ancora aperta la domanda se questo diritto digitale abbia caratteristiche tali da isolarlo dal modello di riferimento; oppure se le deviazioni non ne impediscono l'appartenenza. Ebbene, il diritto di accesso si presenta con attributi suoi propri, che non sono atipici al punto da configurare una deroga dal *genus* di riferimento; ne consegue che l'accesso non gode di una posizione a sé stante nel panorama dei diritti sociali, sebbene presenti peculiarità significative.

ricca di voci, tra le tante, almeno cfr.: F. PERGOLES, *Alcuni lineamenti dei diritti sociali* (collana quaderni della Costituzione), Giuffrè, Milano, 1953, a p. 38; U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1955, a p. 72; L. PALADIN, *Il principio costituzionale di uguaglianza*, Giuffrè, Milano, 1965, a p. 319; A. BALDASSARRE, *Diritti invidiabili della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1997, a p. 151 e M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in AA.VV., *Studi in onore di Manlio Mazzetti di Celso*, vol. II, Cedam, Padova, 1995, a p. 101.

³ Questa tesi fu da noi avanzata e argomentata già in *Tecnica e diritti sociali nella regulation della banda larga*, in G. DE MINICO (a cura di), *Dalla tecnica ai diritti. Il caso della banda larga*, Jovene, Napoli, 2010; *Nuovi diritti e disuguaglianze digitali*, in *Astrid Rass*, 11.10.2010. Nella stampa quotidiana, volendo: *L'informazione bene costituzionale da proteggere* in *Il Sole24 Ore* 24.5.2011; *Internet non si ferma a Ebd*, in *Il Sole24 Ore* 7.7.2011; *Welfare a rischio per lo stop del debito pubblico*, in *Il Sole24 Ore* 02.10.2011. Abbiamo ripreso e approfondito il tema de qua con lo studio monografico *Internet. Regla e anarchy*, Jovene, Napoli, 2012.

Fra le principali posizioni contrarie alla ricostruzione da noi proposta, si segnalano i lavori di: P. PASSAGLIA, *Diritto di accesso ad Internet e giustizia costituzionale. Una (preliminare) indagine comparata*, in <http://www.gurcost.org/studi/passaglia.htm>, a p. 20; P. TANZARELLA, *Accesso a Internet: verso un nuovo diritto sociale?*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", *I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Trapani, 8-9 Giugno 2012, in *La Riv. Del Gruppo di Pisa*, 3, 2012, in https://www.gruppodipisa.it/images/rivista/pdf/Palmira_Tanzarella_-_Accesso_a_Internet_verso_un_nuovo_diritto_sociale.pdf;

L. CUOCOLO, *La qualificazione giuridica dell'accesso a Internet, tra retoriche globali e dimensioni sociali* in *Pd. Dir.*, 2-3, 2012, a pp. 263 ss.; F. BORGIA, *Riflessioni sull'accesso ad Internet come diritto umano*, in *La Com. Intern.*, 65, 3, 2012, a pp. 395 ss.; T. E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in M. PIETRANGELO (a cura di), *Il diritto di accesso a internet*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, a pp. 23 ss., e P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad Internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in P. CARETTI (a cura di), *Studi in memoria di Pado Barile*, Passigli Editore, Firenze, 2013, app. 9 ss.

Nella dottrina straniera, da tempo attenta al tema dei nuovi diritti connessi alle tecnologie, si vedano: W. SAUTER, *Services of general economic interest and universal service in EU law*, in *European Law Review*, 33(2), 2008, a pp. 167-193; D. F. SPULBER - C. S. YOO, *Rethinking Broadband Internet Access*, in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1177378; nonché si consulti l'intero numero di *Info* - (con contributi di Berne, Falch, Feio, Forge, Goggin, Milne, Simmon e Timmers), 19, 5/6, 2008, curato da M. CAVE - che offre una lettura economicamente orientata. Per un'analisi comparata cfr.: D.R. REISS, *Agency Accountability Strategies After Liberalization: Universal Service in the United Kingdom, France, and Sweden*, in *Law & Policy*, 31, 1, 2009, a pp. 111-141.

Si veda il recentissimo documento della Corte dei Conti europea, *Broadband in the EU Member States despite progress, not all the Europe 2020 targets will be met*, in http://www.astrid-online.it/static/upload/it_eu_it_ea-special-report_broadband.pdf, quanto allo stato dell'arte della banda larga in Europa, il che dimostra quanto distanti siano le affermazioni sulla carta dalla loro concreta implementazione.



Queste particolarità recano “indicazioni di prospettiva”⁴, che si risolvono nel valorizzare la dimensione dinamica del diritto di accesso, che, lasciandosi alle spalle l’immagine statica coincidente con la sola prestazione sociale, guarda al bene ultimo cui l’accesso tende. La suggerita lettura teleologica dell’accesso lo promuove a strumento indispensabile per esercitare sul terreno digitale altre situazioni soggettive: libertà fondamentali e/ o economiche, sempre che Internet lo permetta.

Ci preme sottolineare che quando si parla di accesso a Internet si incontrano e si mescolano più piani: uno è quello dell’intervento individuale del cittadino – titolare del diritto di accedere a Internet – l’altro, quello macroeconomico, è il luogo di incontro tra operatori di rete e fornitori di contenuti; il giurista dovrà tener conto di questo complicato intreccio se intenderà ideare una regolazione *reasonable* alla consistenza effettiva di Internet.

Indicheremo prima i tratti comuni tra il diritto di accesso e i diritti sociali, e solo dopo le differenze. Ricordiamo la limpida definizione di Mazzotti di Celso⁵ sui diritti sociali: pretese a che lo Stato faccia quel *quid satisfattivo* rivendicato dall’individuo. Così il diritto a stare bene si realizza con la prestazione sanitaria resa in conformità a certi parametri, perché in quel preciso momento la risposta pubblica incontra la domanda collettiva di godere di buona salute. Il fatto che il bisogno sia comune ai consociati non comporta per lo Stato il dovere di rendere la prestazione a chiunque, o almeno questo obbligo generalizzato si attenua in proporzione alle capacità di spesa di ciascuno perché in tempo di crisi all’etica dell’universalismo dei diritti sociali come l’uguaglianza formale vorrebbe, sintetizzabile nel dovere di dare tutto a tutti, è subentrato il relativismo avaro nei beneficiari e nelle prestazioni, come l’uguaglianza sostanziale giustifica. Lo diceva bene Luigi Ferrajoli⁶: lo Stato deve fare un passo avanti, si deve muovere in direzione di coloro che hanno bisogno, non anche verso chi è già libero dalla necessità. Il diritto sociale in questo spostare flussi di ricchezza da chi ha a favore di chi non ha realizza una finzione: pone sulla stessa linea persone partite da punti diversi, iniziando così il suo percorso costituzionalmente orientato verso l’uguaglianza sostanziale (art. 3, 2 co., Cost.).

Vediamo ora in che cosa l’accesso si allontanerebbe dalla categoria “diritto sociale”.

In primo luogo, intendiamoci sul concetto di accesso alla rete. Fermo restando la definizione dell’OCSE⁷, che ha il limite di essere eccessivamente tecnica per un pubblico di giuristi, noi preferiamo

⁴ Il riferimento è al saggio introduttivo di P. BILANCIA, *La dimensione europea dei diritti sociali*, in questa Rivista.

⁵ Cfr. nota 1.

⁶ L. FERRAJOLI, *Stato sociale e Stato di diritto*, in Pd. dr., 1, 1982, ap. 44, pensiero ripreso in seguito per esempio in Id., *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in D. ZOLO (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1999, a pp. 263-292; Id., *I diritti fondamentali nella teoria del diritto*, in Id., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma-Bari, I ed., 2001, a pp. 119-175. Da ultimo, le chiare pagine in *Manifesto per l’uguaglianza*, Laterza, Roma-Bari, 2018, *passim*.

⁷ OECD, *Convergence and next generation networks* (Rapporto reso in occasione del Ministerial meeting on the future of the internet economy, Seoul, Korea, 17 giugno 2008), in <http://www.oecd.org/dataoecd/25/11/40761101.pdf>, in part. a p. 9:



proporre un'immagine: l'accesso come traghettatore digitale delle anime del nuovo millennio, che sottrae l'uomo dalla sua realtà finita per immergerlo nell'universo illimitato e ignoto della rete. Già in precedenti studi⁸ avevamo sottolineato la capacità plurivalente di Internet: terreno di esercizio delle libertà classiche, ma anche luogo per sperimentare forme inedite di democrazia diretta⁹ e, infine, trade union tra i privati e l'amministrazione, in grado di consegnare ai primi prestazioni, E-Administration, E-Health, o E-Education, un tempo non recapitabili a domicilio.

Se questa è la definizione di accesso, già il primo elemento che caratterizza i diritti sociali qui non ricorre: la soddisfazione di un bisogno specifico dell'individuo. Infatti, nel momento in cui la piena copertura digitale avrà raggiunto le nostre abitazioni, questa prestazione ci tornerà utile se troveremo in rete servizi e beni in grado di appagare la diversità dei nostri gusti e tendenze. Soltanto nel momento in cui eserciteremo queste ulteriori libertà – fondamentali, sociali o economiche – l'accesso avrà assolto alla sua missione di essere strumentale agli artt. 2 e 3 della Costituzione, perché ci avrà posto in condizione di dialogare tra remoti, di seguire una conferenza tramite skype o di essere cittadini equiordinati alla pubblica amministrazione. A differenza del diritto alla salute o al lavoro – che procurano il vantaggio al loro titolare con l'adempimento della prestazione da parte del debitore – il diritto alla connessione non potrà dirsi soddisfatto con l'atto della copertura digitale, esso vede differito il suo momento soddisfacente a un evento futuro e incerto: l'acquisizione di quella specifica utilità di volta in volta procurata dalla navigazione. Quindi, la prima differenza è nel fatto che la mera disponibilità della rete di per sé non basta, occorre invece che la rete offra svariate utilità secondo le diverse inclinazioni del cittadino, altrimenti Internet sarà poco più di una scatola vuota, lontana dall'immagine della prateria che moltiplica i terreni di gioco per lo sviluppo della dignità umana.

Un secondo elemento di differenza dal modello del diritto sociale secondo l'archetipo di Mazziotti, o dei nostri padri costituenti Aldo Moro¹⁰ o Palmiro Togliatti¹¹ – interessa il bisogno al quale il diritto è funzionale. Ebbene, la pretesa alla connessione a Internet dovrebbe servire molteplici esigenze

«as a packed network able to provide services including telecommunications services and able to make use of multiple broadband, [...] in which service related functions are independent from underlying transport-related technologies».

⁸ Il riferimento è a: Internet. Regla e anarchia, cit. sopra.

⁹ A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet*, Torino, Giappichelli, 2008, in part. il cap. II, aveva da tempo rivolto la sua attenzione verso il pluralismo dei diritti in rete.

¹⁰ L'on. A. Moro, in *Assem. Cost.*, seduta del 13 marzo 1947, a p. 2044 (http://legislaturecamera.it/_dati/costituente/lavori/Assemblea/scr060/scr060nc.pdf), affermò la piena giuridicità dei diritti sociali e la necessità del loro inserimento nel testo costituzionale, contrariamente alla proposta di Calamandrei che li qualificava come mere aspettative, confinandoli non a caso nel preambolo.

¹¹ P. Togliatti, in *Assem. Cost. - I Sottocommissioni*, seduta del 9 settembre 1946 (http://www.camera.it/_dati/costituente/lavori/I_Sottocommissioni/scr003/scr003.pdf), affermò la precedenza della persona umana rispetto allo Stato e la destinazione di questo al servizio di quella, per cui la garanzia di affermazione dei nuovi diritti di carattere sociale dipendeva dall'indirizzo impresso alla iniziativa economica.



dell'individuo, in quanto varie possono essere le attività, le libertà che esercitiamo in rete; in sintesi il diritto è in grado di procurare utilità plurime differenziate, diversamente dal diritto sociale di prima generazione che tendenzialmente giovava a quell'unico e corrispondente bisogno al quale era collegato. Un ultimo tratto di autonomia consegue al fatto che mentre i diritti di accesso di prima generazione sono un ascensore sociale che giova ai soli appartenenti alla medesima categoria, equiordinandoli nelle effettive condizioni di esercizio di un dato diritto, l'accesso dell'età digitale pone sulla stessa linea persone appartenenti a diversi gruppi sociali. Questa caratteristica, che potremmo definire multitasking discende dal fatto che i terreni di intervento si mescolano, si confondono reciprocamente in ragione del fatto che Internet gioca su più piani sociali e su più livelli economici istantaneamente o in progressione temporale. E allora inevitabile che la domanda del titolare dell'accesso non si possa limitare a esigere dallo Stato una semplice e tipizzata prestazione, ma si articolerà nella pretesa a ulteriori e più complesse condotte attive del debitore pubblico, e questo particolare profilo lo esamineremo da qui a breve.

2. Il governo delle reti di nuova generazione

Alcuni studiosi hanno da tempo auspicato che la fornitura di banda larga, cioè l'accesso veloce alla rete, fosse acquisita alle prestazioni del servizio universale, adempiendo a una precisa missione sociale: promuovere l'inclusione digitale con la fornitura di servizi a valore aggiunto, erogabili a un prezzo accessibile e disponibili a prescindere dal luogo di residenza del cittadino, come la nostra impostazione di un accesso costituzionalmente ancillare all'art. 3, co. 2, Cost. impone. Questa lettura teleologica dell'accesso genera specifici doveri di attivazione in capo allo Stato, le cui modalità esecutive dipendono dall'adozione di politiche regolatorie idonee, proporzionali e sufficienti alla mission indicata. Giova sottolineare che, da ultimo, anche l'Europa si sta orientando verso il riconoscimento della banda larga come prestazione da includere nel paniere del servizio universale: la proposta di nuovo Codice europeo delle comunicazioni elettroniche¹², per esempio, mira a modernizzare il regime del servizio universale, ridefinendo il cd. servizio universale di base secondo un elenco minimo e a carattere dinamico delle prestazioni erogabili online, ma comunque determinato ex post in ragione del grado di diffusività della domanda. E su questa linea di pdiug si è mossa anche la nostra ANR¹³ che ha deciso, anche se tardivamente, di inserire la banda larga a 2 Megabit nel perimetro del servizio universale, con la conseguenza che al pari degli altri servizi insopprimibili (come l'acqua, il gas, la linea telefonica) essa comporta per il soggetto pubblico l'obbligo di riconoscere al cittadino la copertura capillare.

¹² COM(2016) 590 final, che mira a fondere in orizzontale le quattro direttive esistenti (quadro, autorizzazioni, accesso e servizio universale) per ricomprenderle in un'unica.

¹³ L'acronimo sta per autorità nazionale di regolazione, nel caso nostro è l'AGCOM, Delibera n. 253/ 17/ Cons, All. A.



Eppure, impegno europeo a parte, non valutiamo appagante la definizione europea di servizio universale: se da un lato, essa finalmente acquisisce la banda larga – quella che ci fa dialogare, che ci fa stare sui social network – al servizio universale; dall'altro lascia, fuori dal *genus proprio* la *superfast broadband*, quella cioè necessaria ai cittadini per ricevere dall'amministrazione prestazioni di sanità, informazione e intrattenimento da casa, come invece alcuni paesi già fanno.

Questo ritardo del legislatore europeo, che, destatosi dal torpore, rimane sempre un passo indietro rispetto al progresso tecnologico, è dipeso dall'adozione di un criterio statico per selezionare le prestazioni del paniere. Risulta di facile constatazione che un bene, non sufficientemente diffuso in *reum natura* – quale è appunto la connessione veloce a Internet – non possa essere richiesto dal consumatore che, ignorandone i vantaggi, non domanda ciò che non conosce. Quindi, l'attuale definizione di servizio universale è datata, vecchia, perché include nel paniere solo ciò che la maggioranza dei cittadini è abituata a chiedere; ma siccome la maggioranza dei cittadini non ha la *superfast*, non è propensa a farne richiesta. È un cane che si morde la coda, l'ho detto anche a Bruxelles, mi hanno guardato male ma è così, è fare diritto vecchio mentre la tecnica va avanti¹⁴.

Ritengo invece che la *superfast broadband* debba rientrare nel paniere del servizio universale perché la sua disponibilità diffusa consente ai cittadini un ruolo attivo sia come titolari dell'accesso nei confronti della pubblica amministrazione che a titolo di operatori privati.

Vediamo ora quali le conseguenze di questa mutata prospettiva, qualora si adottasse, sul piano economico del libero mercato. Essa rovescerebbe l'impostazione ideologica elaborata rispetto alle imprese che gestiscono le reti di nuova generazione. Se le reti di nuova generazione non sono servizio universale, l'impresa che governa quella infrastruttura rimane un'azienda privata *tout court* e quindi è assolutamente libera di adottare la condotta in grado di garantirle il massimo profitto e a realizzare un'architettura di rete più confacente alla sua politica aziendale. Ne consegue che gli altri operatori, i cd. OLO, spesso privi dell'infrastruttura fisica di rete, potranno accedere alle *next generation networks* solo alle condizioni poste da chi ha realizzato la rete.

Questa concezione dominicale della rete, tutta ripiegata su se stessa, perché egoisticamente gestita, impedisce il compiersi della funzione sociale dell'impresa, pur imposta dall'art. 41 Cost., e alla illegittimità interna si aggiunge la sua dubbia compatibilità comunitaria per manifesta irragionevolezza con l'idea di base del Trattato di Lisbona. Quest'ultimo, pur riconfermando nel Protocollo 27 la fede nell'economia di libero mercato, attenua gli eccessi di una visione isolatamente lucrativa dell'attività di

¹⁴ In un nostro precedente lavoro sia consentito il rinvio a G. DE MINICO, *Tecnica e diritti sociali nella regulation della banda larga*, cit., a pp. 6-9, dove si suggeriva di sostituire il criterio quantitativo con quello dinamico-finalistico: l'inclusione nel paniere del servizio universale si dovrebbe concentrare sul bene ultimo procurato dalla prestazione di accesso piuttosto che sulla sua diffusività.



iniziativa con i correttivi della coesione sociale e del riequilibrio territoriale (art. 3, comma 3, TUE) e in crescendo rossiniano concretizza il concetto dell'economia sociale di mercato nel riconoscere all'impresa assegnataria di un servizio di pubblica utilità una posizione a sé stante (art. 14 TFUE), separata da quella propria dell'azienda finalizzata al solo guadagno.

Teniamoci sullo sfondo le aspirazioni sociali del Trattato di Lisbona, ben affermate ma timidamente attuate nei fatti, per passare a esaminare le politiche pubbliche adottate dai nostri Governi nazionali.

a) Sul punto i programmi dei principali partiti e movimenti politici italiani concordano nel ritenere che l'implementazione dei servizi a banda larga e ultralarga possa costituire la leva per la ripresa economica, nonché lo strumento di superamento delle originarie condizioni di asimmetria sociale e territoriale del Paese.

Si segnala, a tal proposito, che nel corso della precedente legislatura il Governo ha delineato la propria linea di intervento nel documento "Strategia italiana per la banda ultra larga", risalente al 3 marzo 2015¹⁵, nel quale ha descritto le principali iniziative pubbliche a sostegno della rete veloce, in particolare nelle cd. "aree bianche" (aree sottoposte a fallimento di mercato), in ottemperanza agli obiettivi fissati dall'Agenda Digitale Europea. Nel marzo 2018 a questo documento ha fatto seguito l'adozione di un Piano di intervento nelle "aree grigie"¹⁶ (cioè aree in situazioni di monopolio), e focalizzato soprattutto sui servizi ultraveloci (cd. salto di qualità di 1 Giga), da attuarsi in parallelo con le politiche in tema di sviluppo dei servizi cd. 5G.

L'intervento pubblico, in particolare, si sarebbe articolato attraverso le modalità di presenza già delineate dalla precedente Strategia, vale a dire secondo politiche di attuazione a geometria variabile, diversamente articolate in ragione delle specifiche esigenze¹⁷. Il piano si è poi concretizzato nell'affidamento alla società Open Fiber SPA¹⁸ della concessione per la realizzazione e gestione della rete nelle aree bianche presenti nelle principali regioni italiane.

¹⁵ Reperibile al seguente link: <http://bandaultralargaitalia.it/piano-bul/strategia/>.

¹⁶ Cfr. <http://www.infraditalia.it/wp-content/uploads/2018/04/banda-ultralarga-aree-grigie-aprile2018.pdf>.

¹⁷ La strategia delineata dal Governo PD prevedeva tre modalità di intervento:

- modello di affidamento diretto: costruzione e mantenimento della proprietà infrastruttura in mano pubblica, cui seguirà l'affidamento ai privati su specifica richiesta;
- modello a gara agevolata: costruzione e mantenimento della proprietà in mano dell'operatore privato, individuato dietro gara ad evidenza pubblica; l'operatore privato aggiudicatario dovrà ottemperare a precisi obblighi comportamentali, come obbligo di accesso e interconnessione, a prezzi abbordabili, a chiunque ne faccia richiesta;
- modello del cd. partenariato pubblico privato, nel quale la proprietà dell'infrastruttura è affidata a un soggetto terzo, società o consorzio.

¹⁸ L'assetto azionario di Open Fiber è costituito da una partecipazione paritetica (50%) tra Enel Sp.A. e Cdp Equity Sp.A. (CDPE), società del Gruppo Cassa depositi e prestiti. Si occupa della realizzazione, gestione e manutenzione della rete in fibra ottica con la tecnologia Fiber to the Home (FTTH). In particolare, Open Fiber nasce da un progetto condiviso tra il Gruppo Enel e la Cassa Depositi e Prestiti, volto a realizzare l'infrastruttura li



Si tratta di un modello di costruzione della rete che secondo me presenta alcuni punti critici che rappresentano un errore che si sconsiglia ai nuovi policy maker di perpetrare.

Il programma del precedente Governo sconta il difetto della varietà delle soluzioni individuate, che creano una molteplicità di reti (reti ex incumbent, reti di proprietà pubblica, reti private). Si tratta di un mix di investimenti pubblici e privati che non si sintetizza in un modello gestorio condiviso da un'unica rete nazionale con evidenti duplicazione di tempi e costi. Ne sia prova il parallelo muoversi dei principali operatori privati indipendentemente dalla mano pubblica. Infatti, TI ha annunciato il Piano DigiTIM, che prevede di investire nel triennio 2018-2020 9 miliardi di euro per lo sviluppo dell'ultrabroad. Né d'altro canto la pluralità di reti sembra in grado di soddisfare la competition fra gli operatori, poiché la competizione è stimolata dalla pluralità dell'offerta, elemento che in questo caso sembra mancare poiché l'offerta resterà immutata, e si baserà sull'utilizzo delle diverse reti realizzate a livello wholesale. Senza contare che gli operatori più forti economicamente preferiscono investire autonomamente nella costruzione dell'essential facility, da cui possono trarre vantaggio a livello wholesale e retail, evitando di acquisirla a bene pubblico condiviso, in nome di un fisiologico conflitto di interessi.

b) L'altra soluzione indicata nei programmi di altre forze politiche¹⁹ in occasione del voto del 4 marzo 2018 prevede invece un'unica infrastruttura di rete a capitale prevalentemente pubblico.

Questa soluzione presenta il vantaggio²⁰ di scindere l'operatore, attualmente verticalmente integrato, in due soggetti economicamente e giuridicamente distinti: il gestore di rete, che in ragione delle sue origini pubbliche sarebbe tenuto a sopportare buona parte del peso economico dell'intera operazione infrastrutturale, e gli operatori privati del mercato a valle, legittimati ad accedere alla rete unica del primo in condizioni di reciproca parità economica e contrattuale. Va tenuto presente che il risultato dell'equivalenza negoziale tra operatori sarebbe naturalmente assicurato dal fatto che il titolare della rete, non avendo interesse nelle contrattazioni sul mercato a valle, potrebbe considerare nello stesso modo la domanda di accesso tanto dell'incumbent che del piccolo operatore perché per lui tutti i richiedenti sarebbero al pari clienti nell'acquisto della capacità trasmissiva.

dove attualmente passano i cavi per l'energia elettrica, evitando lunghe e costose operazioni di scavo, e ad affittare quest'ultima a livello wholesale a tutti gli operatori privati che ne facciano richiesta.

¹⁹ Nel programma elettorale presentato dal Movimento 5 Stelle, poi ripreso nel Contratto di governo sottoscritto dal primo e dalla Lega, il Contratto per il governo di cambiamento, si ritrovano solo pochi cenni al grande tema delle TLC. Mentre per un esame comparativo dei vari programmi elettorali dell'ultima competizione, sempre in tema di policy regolatoria delle telecomunicazioni, si rinvia allo studio di G. DELLA CANANEA, *Le convergenze tra i programmi delle forze politiche prime indicazioni*, in <http://www.ilblogdellestelle.it/Immagine/Relazione%202.pdf>, studio realizzato su incarico dell'on.le L. Di Maio.

²⁰ Sottolineammo questo vantaggio quando, almeno da noi, si era eretici a contestare un conflitto fisiologico di interessi nell'ex dominante Telecom, in quanto operatore verticalmente integrato, sia in numerosi articoli apparsi sul Sde24 Ore che in sedi scientifiche: *Tecnica ediritti*, cit., cap. I, e in *Internet. Regola e anarchia*, cap. III.



Anche questa proposta ha punti di debolezza: essa concentra l'intera platea degli operatori su quell'unica next generation network creata dal soggetto pubblico. Quindi, diversamente dalla soluzione precedente, essa non moltiplica le piattaforme, cioè il mezzo tecnico, ma diversifica i soggetti economici operanti sul mercato a dettaglio, costretti ad avvalersi della medesima rete per prestare il servizio all'utente finale.

Il principale svantaggio di questa impostazione è di tipo economico perché imputa al soggetto pubblico gli insostenibili costi fissi di realizzazione dell'infrastruttura, lì dove il fatto che già esistano parti consistenti di rete in fibra, costruite dagli operatori privati, avrebbe consigliato il loro ragionevole utilizzo, salvo ulteriori azioni di completamento dove la mano privata per disutilità economiche era mancata. Né questa tesi è in grado di risolvere il problema della dominanza dell'ex incumbent che, disponendo già di una sua rete in fibra, avrebbe un interesse antagonista a quello dello Stato a trasmigrare sull'infrastruttura di quest'ultimo, il che incentiverebbe il perpetrarsi di suoi comportamenti abusivi a danno degli altri operatori.

2.1. Qualche idea sull'identità del gestore delle nuove reti

Come ci insegna l'Unione Europea in materia²¹, quando si tratta di reti, il servizio erogato si considera di pubblica utilità, perché le reti fanno trasferire le idee, incrementare il nostro patrimonio conoscitivo, mescolare le opinioni politiche, in ultima istanza intervengono sulla formazione del consenso politico; di conseguenza le next generation network dovrebbero essere imprese – dalla forma pubblica o privata il che sarebbe abbastanza indifferente – caratterizzate da una forte vocazione sociale.

Questo vincolo di destinazione imprescindibile comporterebbe che la regia dell'intera operazione – dal disegnare la fisionomia del futuro gestore all'orientarne l'azione verso l'integrazione territoriale e l'inclusione sociale – debba rimanere ben salda nelle mani dello Stato. Questi, infatti, si avvarrebbe dei privati, preferibilmente nella loro dimensione collettiva, per lo svolgimento di un'attività d'interesse generale, sempre che i suoi delegati fossero all'altezza dei compiti affidati loro. Se la sussidiarietà è una relazione di ausilio del privato allo Stato, a quest'ultimo spetterà decidere se e a quali condizioni condividere il lavoro con i privati, guidandone in anticipo gli sviluppi e, se del caso, intervenendo per riallinearlo ai fini sociali²².

²¹ Si consulti il sito ad hoc della European Commission, in particolare della DG Communications Networks, Content and Technology, dove, tra i vari obiettivi, figura anche quello di "Ensuring everyone in the EU has the best possible internet connection, so they can fully engage in the digital economy, the so-called "connectivity for a European gigabit society", in https://ec.europa.eu/commission/priorities/digital-single-market_en.

²² Problemi analoghi ricorrono ogni qual volta lo strumento negoziale venga impiegato per realizzare public policies, è il caso, ad esempio, dell'autoregolazione promossa a fonte di produzione del diritto. In proposito: G. DE MINICO, *Regole Comandate e Consenso*, Giappichelli, Torino, 2005, in part. Cap. 4.



In caso contrario, cioè in assenza di intervento conformativo dello Stato, gli operatori gestirebbero la rete a proprio esclusivo vantaggio, con inevitabile sacrificio del bene comune: pluralismo delle fonti informative, inclusione sociale ed equilibrio territoriale, asservito al progetto egoistico dell'impresa commerciale.

In un'ottica funzionalizzata al bene comune l'impresa commerciale, sensibile agli interventi orientativi del legislatore, subisce una profonda deviazione dal modello privatistico, perché il perseguimento del fine lucrativo è ammesso nella misura in cui è compatibile con gli scopi sociali della promozione territoriale delle zone in digital divide e dell'equal access alla rete tra i fornitori di servizi. Le deroghe al diritto commerciale si giustificano allora alla luce di queste finalità e l'impresa di diritto speciale riserverà poteri statici e dinamici allo Stato, anche lì dove fosse estraneo alla compagine societaria²³.

Mi preme sottolineare che l'impostazione da me proposta presenta l'indubbio vantaggio di lasciare ai privati l'iniziativa economica anche nella realizzazione della rete, liberando lo Stato dai pesanti oneri, ma comporta che il soggetto pubblico imponga al gestore privato della rete almeno tre condizioni affinché sia assolta la vocazione sociale dell'essential facility.

In primo luogo, l'architettura delle reti non potrebbe essere definita dal titolare, perché deve essere neutrale in modo da consentire agli altri operatori il suo utilizzo compatibilmente con la propria rete, altrimenti l'accesso rimarrebbe sulla carta, perché di fatto subordinato alle condizioni unilateralmente imposte dal titolare.

In secondo luogo, va ricordata una Raccomandazione europea del 2010²⁴ che ha rappresentato una chiave di volta nella policy regolatoria europea, essa infatti ha preferito la forma della società consortile, il cui patrimonio si compone degli apporti, in denaro o in natura, di tutti gli operatori per il gestore di rete. La Raccomandazione, corretta nell'impostazione di base, devia nelle sue implicazioni: in questa specie di condominio, coloro che conferiscono gli apporti economici per creare la rete in comune non sono equiordinati a colui che ha investito economicamente di più nella costruzione della rete e, conseguentemente, quando si tratterà di andare a decidere la gestione della rete, il voto dei primi peserà di meno. Per queste ragioni da tempo ho ritenuto che il soggetto pubblico debba imporre, non solo obblighi di struttura, ma anche di comportamento, nel senso che i diritti amministrativi di coloro che gestiscono la rete dovrebbero essere equiordinati secondo un criterio pro capite, a differenza dei relativi introiti economici, che invece devono seguire la logica del capitale e quindi essere proporzionati al conferimento iniziale. Solo a queste condizioni l'accesso degli operatori minori alla rete sarà assicurato

²³ Per un approfondimento delle questioni strutturali e funzionali della società di gestione sia consentito il rinvio alle pagine di Internet. *Regla e anarchy*, cit., a pp. 116-126, e più in generale all'intero Cap. 3.

²⁴ Commissione Europea, Draft Commission Recommendation on regulated access to Next Generation Access Networks (NGA) C(2010), giugno 2010, in http://ec.europa.eu/information_society/policy/eucomm/library/public_consult/nga/index_en.htm



quanto quello dell'*incumbent* perché i primi potranno sedere al tavolo delle trattative con gli stessi poteri amministrativi del dominante. In caso contrario, avremo arricchito lo scenario tecnologico, ma non avremo moltiplicato le occasioni di iniziativa economica degli altri imprenditori; e agli utenti del mercato a valle verranno offerti servizi formalmente differenti, perché imputabili a soggetti diversi, ma con le stesse caratteristiche, in quanto determinate dall'*incumbent* che ha disegnato solitariamente l'architettura di rete. Questa evenienza rimanda a una concezione romanistica della rete, oggetto di dominio esclusivo, di acquisizione proprietaria di chi la ha costruita, come se le antiche categorie concettuali dello *ius studendi omnes alios* potessero essere trasferite automaticamente su Internet realtà della condivisione.

La terza condizione, sempre secondo il nostro punto di vista, prevede un'attiva vigilanza quanto all'obbedienza della società della rete alle condizioni di *governance* socialmente orientate; e tale controllo anticipato o postumo secondo l'occorrenza ben si potrebbe affidare alle ANR nazionali sulla base della loro supposta indipendenza genetica e funzionale dagli operatori forti, salvo un accertamento del possesso reale di questo requisito.

In conclusione, la nostra proposta richiede che il modello di società di gestione, alla quale ogni operatore di TLC conferisce la sua porzione di rete, sia conforme a precisi obblighi dettati dalla sua vocazione sociale: l'equiordinazione dei partecipanti nei diritti amministrativi, l'*equal access* degli stessi nei poteri gestori, ma l'asimmetria nel godimento dei diritti economici proporzionali col conferimento iniziale, e infine la subordinazione a un organismo di vigilanza pubblico e neutrale.

3. La *net neutrality*: nuovo diritto o bene finale dell'accesso?

A questo punto della trattazione interrogiamoci sulla relazione che corre tra chi dispone della capacità trasmissiva e coloro che vendono i servizi e beni veicolati dal flusso di dati.

Qui il riferimento è alla *net neutrality*, che ha un'incidenza immediata sul nostro diritto di accesso, a condizione che l'intero discorso abbia il suo punto di attenzione sulla persona, e non sull'iniziativa economica.

La definizione di *net neutrality* non è univoca²⁵, variando in ragione dell'ottica politico-giuridica adottata. Tuttavia, possiamo muovere dalla sua concezione originaria, vale a dire quella elaborata nel 2005 dal Congresso degli Stati Uniti, che rappresenta oggi il contenuto minimo del principio. Tale principio si identifica sostanzialmente nel divieto per il fornitore dell'accesso alla rete di discriminare, in qualità o velocità, contenuti, applicazioni o servizi offerti da chi vuole diffonderli alla comunità indifferenziata

²⁵ A.A. GILROY, CRS Report for the Congress *Net neutrality. Background and issues*, 2008, in <http://pricehouse.gov/issues/uploads/files/mc1a5.pdf>, a p. 4: «There is one single accepted definition of net neutrality».



dei naviganti in Internet²⁶. Declinato in positivo, esso si risolve nell'imporre l'obbligo di parità di trattamento da parte del titolare della rete nei confronti dell'operatore che chieda l'accesso alla medesima.

Alla luce del valore della neutralità della rete, quest'ultima è accostabile al bene comune²⁷, perché parimenti si sottrae a pretese dominicali esclusive; infatti, il titolare della rete non è libero di decidere se e a quali condizioni mettere a disposizione la sua azienda, cioè la capacità trasmissiva di rete. Questi è invece tenuto a condividere i byte con chiunque e a riservare pari trattamento negoziale, trattando le domande di accesso in modo uguale. Nel caso in cui il *gatekeeper* rallentasse un contenuto per accordare più banda al contenuto del concorrente che ha pagato un'eccedenza in cambio di maggiore velocità, avrebbe disposto della rete come se fosse un bene di sua esclusiva pertinenza. Al contrario, le precedenti riflessioni sulla indipendenza di Internet da titoli di acquisizione esclusiva hanno come conseguenza la necessaria parificazione dei fornitori dei contenuti nella pretesa di accedere alla rete a prescindere dalle rispettive capacità di spesa²⁸.

All'analisi della rete come bene comune si affianca la ricostruzione della stessa rete come *essential facility*²⁹ di un'attività d'impresa. Infatti, la rete virtuale, non diversamente da quelle fisiche di telecomunicazioni,

²⁶ Sul tema la discussione giuridica ha ormai assunto dimensioni globali. Nell'ambito dell'Unione europea si ricordano i contributi monografici – quanto ai saggi in riviste essi saranno citati di volta in volta – di: K. MANIADAKI, *EU Competition Law, Regulation and the Internet: the Case of Net neutrality*, Aspen Pub, Aspen, 2014; Observatoire européen de l'audiovisuel, *Why Discuss Network Neutrality?*, Strasbourg, 2011. Sull'azione regolatoria negli Stati Uniti sono intervenuti, tra gli altri: D. LAMBERT, *Net Neutrality & the FCC*, Nova Science Publishers Inc, Commack, NY, 2015; M. HOWARD, *Net Neutrality for Broadband: Understanding the FCC's Open Internet Order and Other Essays* Volume 3, Puma Concolor Aeternus Press, 2015; A. C. FIRTH e N. H. PIERSON, *The Open Internet, Net Neutrality and the FCC*, Nova Science Publishers, New York, Commack, NY, 2011. Più in generale, ai particolari fini di questo scritto, sono risultati di particolare interesse: Z. STIEGLER, *Network Neutrality and the Fate of the Open Internet*, Lexington Books, Lanham, 2014; C. T. MARSDEN, *Net Neutrality: Towards a Coregulatory Solution*, Bloomsbury Academic, London, 2010. In una prospettiva inclusiva dei beni giuridici coinvolti: L. BELLI – P. DE FILIPPI (a cura di), *Net neutrality Compendium: Human Rights, Free Competition and the Future of the Internet*, Springer International Publishing Switzerland, Cham, ZG, 2015; F. DELL'AVERSANA, *La libertà economica in Internet: competition, net neutrality e copyright*, Aracne, Roma, 2014; D. C. NUNZIATO, *Virtual Freedom: Net neutrality and Free Speech in the Internet Age*, Stanford Law Books, Stanford, Calif., 2009. Né mancano le voci critiche, tra cui: T. W. HAZLETT, *The Fallacy of Net Neutrality*, Encounter Books, New York, 2011; R. ZELNICK e E. ZELNICK, *The Illusion of Net Neutrality: Political Alarmism, Regulatory Creep, and the Real Threat to Internet Freedom*, Independent Publishers Group, Stanford, 2013.

²⁷ Consapevoli della non pertinenza dei beni comuni all'impostazione del nostro lavoro, ci limiteremo a ricordare nella dottrina straniera l'autorevole voce di E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, 1990 (traduzione italiana: *Governare i beni collettivi*, Marsilio, Venezia, 2006). Il suo lavoro è stato oggetto di approfonditi studi anche da parte della nostra scienza giuridica, dai civilisti (Rodotà) ai pubblicisti (Lucarelli), che hanno contribuito ad arricchirne la tesi con apporti originali.

²⁸ Per una ricostruzione critica delle problematiche legate alla diffusa pratica commerciale fra titolare di rete e fornitori di contenuti e servizi, cd. di *zero rating* e delle implicazioni sulla tutela della *net neutrality* e dei diritti degli utenti finali, si veda M. AVVISATI, *Autorità indipendenti, vigilanza e procedimento amministrativo. Il caso zero rating*, in *Pd. Dir.*, 3, 2017, app. 505 ss.

²⁹ La dottrina dell'*essential facility* nasce nelle Corti americane (per i *leading case* cfr.: *United States v. Terminal Railroad Association of Saint Louis*, 224 US 383, 1912; *United States v. Griffith*, 334 US 100, 1948; *Otter Tail Power Co. v. United*



è uno strumento indispensabile per consentire l'esercizio dell'iniziativa economica online. Quindi, il *gatekeeper* nell'aprire e chiudere la porta che introduce in rete i fornitori dei contenuti non li deve selezionare in ragione della loro capacità economica, altrimenti l'accesso da libero diventerebbe condizionato da una barriera negoziale costituita dalla volontà del *gatekeeper*.

Gli obblighi posti a tutela del principio della *net neutrality* sono stati inoltre accostati alla disciplina asimmetrica³⁰, che vige principalmente proprio nel settore delle comunicazioni elettroniche, e che impone al titolare della rete fissa – un imprenditore verticalmente integrato e presente anche nel mercato a valle – di consentire a essa l'accesso e assicurare un *equal treatment* agli operatori economici privi di rete. In questa prospettiva, allora, la funzione della *net neutrality* – che pure interviene tra i medesimi soggetti, vale a dire tra un fornitore di rete fissa o virtuale e un fornitore di servizi che di quella rete ha bisogno per trasmettere – non ha nulla a che vedere con la norma asimmetrica, perché non è volta a riequilibrare una posizione di iniziale vantaggio tra l'operatore verticalmente integrato titolare della rete e i fornitori dei servizi che ne sono privi³¹. La sua funzione consiste invece nel prevenire che si crei tra i vari fornitori dei servizi finali una disparità dovuta a differenti condizioni di accesso ai byte.

In sintesi, all'obbligazione positiva del titolare della rete di equiordinare le domande dei fornitori dei contenuti corrisponde in favore di questi ultimi il diritto a ricevere condizioni negoziali imparziali secondo il principio dell'*equal treatment*, nel senso che la capacità trasmissiva che viene distribuita tra i vari fornitori di servizi dovrebbe essere la stessa a prescindere dalla capacità di spesa, per quanto detto prima: qui si sta operando sul mercato delle idee, non sulla piazza dei prodotti.

Veniamo ora al rapporto che si instaura fra titolare della rete e l'utente che chiede l'accesso alla medesima.

In tal caso Internet non può più essere considerata solo come un'*essential facility*, disciplinata da regole volte a equiordinare i fornitori di contenuti al fine di non alterare la competitività a discapito del

States, 410 US 366, 1973; *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highland Skiing Corp.*, 472 US 582, 1985). Ridotta ai minimi termini, essa impone a un'impresa, in posizione dominante e nella disponibilità di un'infrastruttura, a sua volta indispensabile per competere, l'obbligo di renderla accessibile ai concorrenti a condizioni non discriminatorie. La letteratura italiana è estesa, sul punto per noi pertinente del rapporto tra economia e legge di mercato, tra i primi si vedano: D. DURANTE – G. MOGLIA – A. NICITA, *La nozione di essential facility tra regolamentazione ed antitrust*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2, 2001, a pp. 257 ss. Sulla giurisprudenza dell'Unione Europea, almeno: I. PICCIANO, *I confini interpretativi della dottrina dell'essential facility e sua applicazione al mercato di trasporto ferroviario in Italia: problemi elimiti*, in *Dir. Com. Scambi Inter.*, 2, 2004, in part. app. 388-390.

³⁰ Non è questa la sede per approfondire attributi e finalità della regolazione asimmetrica, sia pertanto consentito il rinvio a: G. DE MINICO, *Le Direttive CE sulle comunicazioni elettroniche dal 2002 alla revisione del 2006. Un punto fermo?*, in P. COSTANZO – G. DE MINICO – R. ZACCARIA (a cura di), *I "treccati" della società dell'informazione*, Giappichelli, Torino, 2006, in part. app. 170-173.

³¹ D. L. SERADZKI – W. J. MAXWELL, *The FCC's Network Neutrality Ruling in the Comcast Case Towards a Consensus with Europe?*, in *Comm. and strategies*, 72, 2008, ap. 80.



consumatore finale. Qui prevale, invece, la concezione della rete intesa quale strumento essenziale per l'esercizio di una libertà, alla quale si estende in principio la tutela accordata alla stessa libertà. Già la nostra Corte Costituzionale³² aveva affermato l'inscindibile eniadi tra libertà e accesso al mezzo, pur subordinando questo al limite del "tecnicamente possibile". Più di recente il principio è stato ripreso dal Conseil Constitutionnel³³, proprio con specifico riferimento alla rete, rispetto alla quale «l'expression des idées et des opinions [...] implique la liberté d'accéder à ces services». Sicché, il fornitore dell'accesso che accordasse priorità a un contenuto e, di conseguenza, ne rallentasse un altro, sceglierebbe per il consumatore le idee che lo debbano raggiungere in anticipo rispetto alle altre.

In definitiva, ledere il principio di neutralità della rete significa menomare il diritto di accesso sui due versanti del rapporto: difatti, il comportamento discriminatorio del ~~gatekeeper~~ non solo limita in prima battuta il diritto all'iniziativa economica dei fornitori di contenuti esclusi dalla corsia preferenziale, unitamente al loro diritto alla manifestazione del pensiero, ma consuma altresì la libertà di scelta del cittadino della rete, che solo in apparenza si potrà orientare tra più contenuti, ma di fatto sarà guidato verso l'idea che gode del privilegio della ~~fast lane~~ accordata dal fornitore dell'accesso.

Tutto ciò era accaduto in America, l'antica definizione del 2005 di network – dico antica perché nel mondo della tecnologia è tutto rapidissimo – riformulata nel 2015 dalla Federal Communication Commission, ~~net neutrality~~³⁴, significa che non si deve strozzare un contenuto rispetto a un altro, non lo si deve rallentare, non lo si deve postergare.

Cambiata l'amministrazione, ossia il vertice politico degli Stati Uniti d'America, è cambiato anche il vertice della Federal Communication Commission e questa regola dell'obbligo di ~~Net~~ posto da una norma eteronoma è caduta, abbiamo avuto la vera e propria revoca di questa regola tramite l'introduzione di una regola opposta. È avvenuta la piena ~~deregulation~~, lo Stato si è ritirato, ha fatto un passo indietro, e consentito che la capacità trasmissiva fosse oggetto di negozio fra le diverse parti coinvolte. Tutto questo pregiudica l'iniziativa economica, ma a conti fatti pregiudica anche la nostra posizione di utenti. Difatti, in concreto disporremo dell'accesso alla rete, ma quando vi entreremo non saremo

³² La Corte Costituzionale (sentenze nn. 48/1964 e 225/1974 e, più recentemente, 112/1993) ha riconosciuto l'"indispensabile strumentalità" tra il mezzo divulgativo del pensiero e quest'ultimo, ritenendo il primo fase prodromica per la realizzazione della libertà. In dottrina, in senso adesivo: P. BARILE, Libertà di manifestazione del pensiero, in Enc. Dir., vol. XXIV, Giuffrè, Milano, 1974, a p. 424 ss., nonché C. ESPOSITO, La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano, Giuffrè, Milano, 1958, a p. 26. Parzialmente diversa è la posizione di A. PACE (A. PACE e M. MANETTI), Art. 21, in G. BRANCA – A. PIZZORUSSO (a cura di), Commentario della Costituzione, Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna-Roma, 2006, a pp. 27-28.

³³ Conseil constitutionnel, Décision n. 2009-580 DC, sur projet de loi «favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet», del 10 giugno 2009, in A.J.D.A., 2009, a p. 1132 (con osservazioni di S. BRONDEL).

³⁴ Il 26 febbraio 2015 il regolatore statunitense FCC (Federal Communications Commission) approvò il cosiddetto Open Internet Order che definiva le regole volte a preservare la natura aperta di Internet. Il rapporto è reperibile al seguente link: <https://docs.fcc.gov/public/attachments/FCC-15-24A1.pdf>.



effettivamente liberi di scegliere il prodotto che vogliamo, piuttosto ci verrà imposto il prodotto che ci arriva più velocemente, ancorché non lo abbiamo deciso noi, ma lo ha deciso chi a monte ha distribuito diversamente la capacità trasmissiva.

La giurisprudenza della nostra Corte costituzionale, che non è mai intervenuta sul tema, ma è intervenuta tantissimo sulla radiotelevisione, proprio questo ci aveva detto, che la libertà del diritto è come se fosse un'ombra che si proietta indietro sulla pretesa all'equiordinazione nella disponibilità del mezzo, quindi non diversamente da quanto si sta affermando rispetto all'argomento in esame. Questa impostazione non ha avuto seguito nel nuovo corso regolatorio del presidente Trump³⁵, mentre ha incontrato il favore di una parte economisti americani, che hanno preso le distanze dalla posizione presidenziale in una famosa lettera inviataagli³⁶.

Andiamo infine al terzo scenario, molto attuale, che riguarda l'accesso alla rete e le relative libertà fondamentali nei momenti di crisi, che quindi potrebbero subire ingiustificate compressioni, anche quando esercitate attraverso la rete. Qui faccio riferimento a tutta la legislazione antiterroristica, anche Europea – ultima la Direttiva 2017/ 541 sulla lotta contro il terrorismo – nella quale si disegnano nuove figure di reati terroristici ritenute fortemente lesive dei principi fondamentali del diritto comunitario.

Il terrorismo oggi sfrutta tutte le potenzialità della rete, utilizzandola come strumento per raggiungere i propri obiettivi, ma quando si tratta di scegliere dove posizionare l'ago della bilancia tra le esigenze di sicurezza e la protezione delle libertà, a nostro parere il legislatore europeo sposta il baricentro verso la sicurezza a danno dei diritti fondamentali.

Questo errore nella ricerca del punto di equilibrio d'altro canto accomuna il legislatore sovranazionale con quello francese, che nella recente Loi 1510 del 2017 *Renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*³⁷ revoca lo Stato d'emergenza, per mantenere fede alla promessa elettorale di Macron, ma poi si dimentica di alleggerire le libertà dal peso delle misure limitative dettate dal pregresso *état d'urgence*. Il risultato è stato la stabilizzazione permanente dello Stato d'emergenza a tutto danno del principio di legalità, della *rule of law* e quindi anche delle libertà in rete.

³⁵ Il Governo Obama la FCC aveva stabilito regole cogenti a difesa della *net neutrality*, riassumibili nella seguente triade: *no degradation, no prioritization and no blocking*. Per una posizione in chiave critica delle recenti scelte del Governo Trump (Federal Communication Commission, *Declaratory Report, Ruling and Order on the Matter of Restoring Internet Freedom*, December 14th 2017, FCC-17-166, WC Docket No. 17-108, in <https://www.fcc.gov/document/fcc-releases-restoring-internet-freedom-order>), che ha ristabilito la libertà di prevedere accordi commerciali fra operatori anche a discapito del principio della parità di trattamento, sia consentito il rinvio al mio *Net Neutrality. Trump's Deregulation Sets Digital Giants Free*, in *Social Europe*, 5 febbraio 2018. Per un esteso esame delle questioni di diritto costituzionale inerenti la *net neutrality* si veda il mio recente lavoro: *Net neutrality e le generazioni future*, in M.R. ALLEGRI – G. D'IPPOLITO (a cura di), *Accesso a Internet e neutralità della rete fra principi costituzionali e regole europee*, Roma, Aracne, 2017, app. 159 ss.

³⁶ Cfr. *Internet Pioneers and Leaders Tell the FCC: You Don't Understand How the Internet Works*, reperibile in: <https://pioneersforinternetneutrality.tumblr.com/>.

³⁷ Reperibile in: <https://www.legifrance.gouv.fr/di/loi/2017/10/30/INTX1716370L/jd/texte>



Esaminiamo la normativa francese nelle premesse ideologiche e nel contenuto.

Quanto alle prime, che costituiscono l'occasione legis dell'atto in oggetto, essa dà seguito alla promessa del Presidente Macron di non differire ulteriormente la vigenza dello stato di emergenza, dichiarato nel 2015 e giunto alla sua ventiseiesima proroga³⁸: cioè la legge vuole essere un ritorno alla normalità istituzionale perché ragioni di opportunità politica e valutazioni giuridiche consigliavano una lettura della realtà nei termini del venire meno dello stato d'emergenza. Ne consegue che la legge in esame non si presenta più come una disciplina eccezionale e a tempo determinato, ma nelle vesti di una regolazione ordinaria e a vigenza illimitata.

Chiediamoci se la promessa del Presidente di revocare l'état d'urgence sia stata mantenuta anche nella sostanza. Risponderemo a questa domanda dopo aver esaminato la legge francese nel suo contenuto.

La legge intende individuare un'equilibrata misura di coesistenza tra sicurezza e libertà, ma, a differenza dei modelli che la hanno preceduta, non ha come presupposto lo stato d'emergenza, non più prorogato, bensì la constatazione di una singolare situazione di fatto: il terrorismo del tempo ordinario. Con questa espressione intendo dire che giustamente i francesi hanno smesso di differire di tre mesi in tre mesi la situazione eccezionale perché essa ha perso i tratti dell'eccezionalità e della temporaneità per acquisire quelli dell'ordinarietà e della longevità. La legge coglie bene una situazione di fatto effettiva: il terrorismo non è più quell'episodio racchiudibile in una parentesi temporale irripetibile, ma un concatenarsi di eventi che si dilatano e si distendono nello spazio e nel tempo.

Il terrorismo di ultima generazione rivela un nuovo volto, mutando da evento isolato e straordinario a fenomeno endemico: pur se imprevedibile nel quando, dove e come, la nuova eruzione di violenza accadrà. Esso dunque non è più un fatto compreso in un arco temporale definito, superato il quale la vita di un ordinamento ritorna alla sua normalità, ma tende a protrarsi sine die, accompagnando tutti nell'agire quotidiano. È dunque un terrorismo del tempo ordinario³⁹.

Anche le nuove tecnologie concorrono per molteplici versi: mentre da un lato amplificano a dismisura la conoscenza e la percezione della gravità degli atti di violenza, facendo crescere nei cittadini la consapevolezza della necessità di difendersi; dall'altro, possono fornire strumenti per il proselitismo, la

³⁸ Volendo, per un'analisi della normativa francese e per un inquadramento generale dello stato di necessità e della sua compatibilità costituzionale e comunitaria, si rimanda al nostro volume: *Costituzione Emergenza e Terrorismo*, Jovene, Napoli, 2016, *passim*.

³⁹ È altresì un terrorismo i cui autori sfuggono a una categorizzazione tradizionale, secondo i canoni tipici del ribellismo sociale o della sovversione politica, fomentata da organizzazioni interne o straniere. La libertà di riunione o di associazione del vicino di casa può essere la radice occulta di un atto di violenza che ci coinvolge. La libertà di culto può diventare il terreno di coltura della radicalizzazione violenta di un giovane fino a ieri integrato in un comune tessuto sociale. Lo stesso può dirsi per la libertà di manifestazione di pensiero o di stampa, mentre la libertà di domicilio cambia da presidio essenziale della privacy a occasione di occultamento di strumenti di morte. In tal modo, concetti giuridici che hanno concorso decisamente a costruire la civiltà moderna e lo stato di diritto si tramutano in strumenti di quotidiane diffidenze disgregatrici del tessuto sociale e di distruttive paure.



formazione di gruppi eversivi, la progettazione di strumenti di morte e dell'occasione per usarli, o infine essere veicoli della propaganda volta ad aumentare la paura in chi teme di essere colpito. Le radici della nostra moderna convivenza civile sono anche le radici di una quotidiana paura.

“Per questo siamo davanti a un fenomeno che per le sue caratteristiche e dimensioni fa pensare a un vero e proprio stato di guerra”⁴⁰.

Quindi, con un'apprezzabile senso pragmatico, il legislatore francese ha smesso di fingere e ha trattato il terrorismo per ciò che è: un'emergenza quotidiana che come tale non potrà più essere dichiarata con un atto straordinario del Consiglio dei ministri. Non è in discussione la sua esistenza, bensì la legittimità costituzionale di questa azzardata operazione legislativa. La legge francese ha normalizzato lo stato d'emergenza e ha convertito la sua regolazione eccezionale e derogatoria in generale e ordinaria.

Dalla lettura della legge⁴¹ viene fuori una torsione a danno delle libertà accentuata dall'aggravante che col venir meno dell'état d'urgence, sparisce anche la necessaria garanzia del controllo giurisdizionale sull'atto costitutivo dello stato d'eccezione. Questa osservazione ci introduce alla questione forse più controversa della nuova legge: il controllo del giudice. Qui la legge dimentica una norma basilare della Costituzione della V Repubblica francese, l'art. 66, che, stando alla lettura costituzionalistica più garantista, affida l'intero fascio delle libertà fondamentali al sindacato anticipato o successivo del giudice ordinario. Invece il legislatore di oggi ha preferito un'interpretazione più restrittiva dell'art. 66, rimettendo la sola libertà personale alle cure del giudice imparziale ordinario. Tutte le altre libertà spettano al giudice amministrativo, il quale per status e provenienza offre attenuate garanzie di neutralità rispetto all'Esecutivo, il che lo rende l'autorità meno adatta a decidere sulle libertà.

Si condivide l'equiparazione della proroga ripetuta dello stato d'urgenza alla sua normalizzazione, ma al tempo stesso si deve criticare il non aver alleggerito le misure limitative delle libertà, come il mancato rafforzamento delle garanzie giudiziarie, perché è venuta meno la tradizionale giustificazione di una loro durata definita nel tempo.

La Francia della rivoluzione francese si sta avviando a essere uno stato di polizia a tempo indefinito che si propone di scavalcare lo Stato di diritto di giacobina memoria.

In conclusione riteniamo che il legislatore quando si accosta a Internet si dovrebbe comportare con leggerezza, accarezzare le libertà fondamentali piuttosto che imporvi regole costrittive e irrispettose della proporzionalità e della precauzionalità, perché se questa ipotesi si dovesse verificare, a noi cittadini

⁴⁰ L'espressione di E. CHELI è parte della sua più ampia riflessione svolta nel recensire il nostro libro, citato nella nota 37, e apparsa in *Dir. Pubbl*, 2, 2017, p. 648 ss.

⁴¹ Per un approfondimento dei punti critici della politica di normalizzazione dello stato d'emergenza sia consentito il rinvio a *Terrorismo emergenza, promesse (mancate?) del presidente Macron?*, in <http://www.affarinternazionali.it/2017/11/terrorismo-emergenza-promesse-macron/>.



digitali si spalancano le porte di una camera buia, non i confini di una prateria dove si compie la nostra dimensione costituzionale.

4. Il cerchio si chiude

Per chiudere il nostro ragionamento svolgeremo un'ultima riflessione: assistiamo a un crescente interesse del decisore politico verso la realtà digitale, i ripetuti tentativi di costituzionalizzare Internet ne sono una prova.

Nel corso della XVI legislatura l'Atto Senato 2485⁴² voleva aggiungere un nuovo comma all'art. 21 Cost. per introdurre il diritto di accesso a Internet. In quella occasione⁴³ espressi la mia contrarietà a modificare la Costituzione anche per come era formulato tale disegno di legge, incapace di andare oltre la nuda affermazione del diritto in esame. Ebbene, questa disposizione rischiava di essere inutile, considerato che Internet è serenamente acquisibile alla nozione di "altri mezzi di diffusione del pensiero" per sintesi citati nella stessa eniadi libertà di parola e mezzi espressivi, di cui all'art. 21, co.1, Cost. Per altro verso, il ricorso all'art. 138 Cost. non sarebbe stato privo di rischi perché avrebbe aperto la via a inopinate modifiche della Prima parte della Costituzione, che neanche l'argomento dell'irrivocabilità del nocciolo duro delle libertà sarebbe riuscito ad arginare per la debolezza di un limite indefinito.

Inoltre, affermare l'esistenza di un nuovo diritto senza indicarne il debitore – come faceva il precedente disegno di legge – significa negare il diritto che si vuole riconoscere⁴⁴ «(...) non esistono diritti giuridicamente tutelabili in assenza di doveri che l'ordinamento è in grado di imporre, è questa la ragione per cui la legge non può permettere solamente nel momento stesso in cui obbliga».

Anche l'ultima legislatura è ritornata sulla costituzionalizzazione di Internet – benché con un linguaggio nuovo – con l'Atto Sen. N. 1561, che, nell'inserire un nuovo art. 34-bis⁴⁵, introduceva due elementi necessari al testo precedente: il debitore e il contenuto minimo di questa prestazione, consegnando al diritto quella forza prescrittiva indispensabile alla sua azionabilità in giudizio. Quanto alla collocazione della norma, rubricata 34-bis, rimangono ferme le mie obiezioni in quanto se è pur vero che essa

⁴² Leg. XVI, Disegno di legge costituzionale, Atto Senato n. 2485, recante Introduzione dell'articolo 21-bis della Costituzione, recante disposizioni volte al riconoscimento del diritto di accesso ad Internet, in <http://www.senato.it/leg/16/BGT/SchemaDdite/36202.htm>

⁴³ Ampiamente: Internet. Regia e anarchia, cit, a pp. 173 ss.

⁴⁴ S. HOLMES – C. R. SUNSTEIN, *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*, Norton and Company, London, 1999, passim

⁴⁵ Leg. XVII, Disegno di legge costituzionale, Atto Senato 1561, recante Introduzione dell'articolo 34-bis della Costituzione, recante disposizioni volte al riconoscimento del diritto di accesso ad Internet, in http://www.senato.it/leg/17/BGT/SchemaDdite/testi/44665_testi.htm



arricchiva il catalogo delle prestazioni sociali, dall'altro canto ne trascurava la funzione come strumento di esercizio delle libertà fondamentali.

Ma anche la costruzione, che lo consegnava in un comma aggiunto all'art. 21 Cost., era incapiente perché costruendolo in vista del bene finale-manifestazione del pensiero, mortificava la dimensione valorizzata dalla prima tesi.

Quanto premesso potrebbe rendere ragione a una terza ipotesi, al momento non ancora avanzata dal legislatore di revisione: quello di accostarlo all'art. 2. Fermo restando le nostre obiezioni proprio sulla necessità di una revisione costituzionale in materia, la disposizione da ultimo richiamata e la sua apertura ai diritti inviolabili avrebbe almeno il pregio di coprire entrambe le identità dell'accesso: quella di diritto sociale, pretesa a che lo Stato stenda la banda larga, ma anche l'altra di libertà negativa, pretesa a che lo Stato limiti le libertà fondamentali nei limiti dello stretto indispensabile.

Una costruzione dell'accesso proiettata in avanti consente al nostro sguardo di scivolare dal piano statico, dove l'accesso si risolveva nell'entrare in rete, a quello dinamico, dove l'accesso diventa il presupposto per l'esercizio dei diritti politici⁴⁶, delle altre libertà fondamentali, ma anche dei diritti economici tra il titolare delle NGN e gli operatori privi di rete, nonché delle facoltà nascenti dalla Net neutrality. A queste condizioni l'accesso sarebbe diventato la leva per attuare una uguaglianza tra i diseguali, che opererebbe, non solo a favore di una categoria, ma a beneficio di più ambiti sociali. In caso contrario, cioè se isolassimo l'accesso dai diversi contesti in cui interviene, ripiegheremmo su una concezione individualistica dell'impresa, col sacrificio della sua vocazione sociale, per ammettere la negoziazione su beni indisponibili ai privati, con la vendita al miglior offerente della capacità trasmissiva.

Questo è un esito inevitabile se la tecnica non è etero guidata verso il *common good*, bensì affidata ai governi privati che la piegano verso i loro obiettivi egoistici. Il dominio incontrollato di una tecnica anarchica attuerebbe alla rovescia l'art. 3 co. 2 Cost.: precisamente, la distanza tra l'incluso e l'emarginato si dilaterrebbe, invece di accorciarsi; i ricchi vedrebbero crescere il loro benessere e i poveri il loro disagio; e l'*incumbent* sarebbe rafforzato nella sua dominanza e i piccoli imprenditori ulteriormente indeboliti nella competizione col primo.

Se invece l'obiettivo è attuare l'uguaglianza sostanziale verso l'equiordinazione, allora sarà necessario tenere insieme tecnica-diritti e regole imperative⁴⁷ in tal modo la nostra dimensione costituzionale avrà

⁴⁶ Si rinvia alle riflessioni di P. MARSOCCHI, *La rete Internet come spazio di partecipazione democratica*, in M. R. ALLEGRI – G. D'IPPOLITO (a cura di), *Accesso a Internet e neutralità della rete fra principi costituzionali e regole europee*, cit., a pp. 45 ss.

⁴⁷ M. VILLONE, *La Costituzione e il "diritto alla tecnologia"*, in G. DE MINICO (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti*, cit., a p. 261.



uno spazio senza confini e oltre il tempo dove esprimersi, e non una camera buia dove rimanere asfittica.

