



Rapporto Finale W.P. 3.2 Servizi e applicazioni di pubblica utilità

Responsabile: Prof. Giovanna De Minico*



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II

Gruppo di Lavoro:

Dott.ssa Fulvia Abbondante**

Dott.ssa Marana Avvisati***

Dott.ssa Antonietta Rubino****

Dott.ssa Miriam Viggiano*****

* Professore di Diritto Costituzionale, V cattedra, docente anche di Diritto dell'Informazione e della Comunicazione, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II.

** Dottore di ricerca in diritto pubblico interno e comunitario, Seconda Università degli Studi di Napoli. E-mail: fulvab@fastwebnet.it.

*** Dottore di ricerca in diritto pubblico e costituzionale, Università degli Studi di Napoli Federico II. E-mail: marajac@libero.it.

**** Dottoranda di ricerca presso l'Istituto Italiano di Scienza Umane, Firenze. E-mail: antonietta.rubino@sumitalia.it.

***** Dottore di ricerca in diritto pubblico interno e comunitario, Seconda Università degli Studi di Napoli. E-mail: miriam.viggiano@unina2.it.

EXECUTIVE SUMMARY

La banda larga – tecnologia a valore aggiunto, poiché moltiplica le utilità finali dell'utente in virtù della possibilità di connessione veloce a Internet – è lo strumento tecnico al servizio dell'eguaglianza sostanziale: essa riduce le distanze fisiche e temporali nelle comunicazioni fra gli utenti e, al contempo, obbliga la Pubblica Amministrazione all'imparzialità nell'erogare i servizi digitalizzati, cioè a diffonderli indistintamente sull'intero territorio del paese. Sicché, l'utilizzo collettivo della connessione veloce coniuga l'utilizzo delle moderne tecnologie con l'esercizio delle libertà fondamentali da parte degli utenti, perseguendo l'obiettivo della piena equiordinazione sociale indipendentemente dalle condizioni economiche di mercato. Ne consegue che la disapplicazione della *lex mercatoria* è giustificata se strettamente necessaria all'assolvimento della missione sociale cui obbedisce la banda larga.

La vocazione pubblica che caratterizza i servizi forniti tramite banda larga determina la possibile acquisizione della stessa al catalogo delle prestazioni del Servizio Universale, cioè quelle da fornire a tutti gli utenti in via imperativa e a un prezzo accessibile. Considerazione, questa, di natura squisitamente politica, non condivisa in sede europea, perché l'accesso a Internet a velocità sostenuta non è meritevole di rientrare fra le prestazioni obbligatorie, in quanto l'accesso sarebbe privo degli attributi della diffusività della domanda e, conseguentemente, incapace di incidere sul grado di esclusione sociale che ne deriverebbe.

Tuttavia, tale ricostruzione appare criticabile, allorché fondata sul parametro quantitativo della capillarità della domanda di un bene che il cittadino-utente non conosce, o non conosce ancora, quanto a utilità e vantaggi conseguibili. Da qui il nostro suggerimento di ricorrere a un criterio inedito rispetto a quello individuato in sede europea, basato su valutazioni che stimolino a monte la domanda dei servizi a banda larga, ritenuta strumentale all'esercizio dei diritti fondamentali, funzionali al pieno sviluppo della persona umana.

D'altronde, si tratta di una scelta politica in via di sperimentazione in alcuni paesi europei, quali la Francia, e in particolar modo il Regno Unito, il quale, in un recente documento, il Digital Britain Final Report, ha acquisito la

banda larga alle prestazioni cogenti del Servizio Universale: qui la connessione di livello minimo – 2 Mb/s i velocità – diventa un diritto del cittadino, cui corrisponde l'obbligo dello Stato di intervenire in via sussidiaria laddove difetti l'investimento privato.

La configurazione della banda larga in termini di Servizio Universale comporta, pertanto, la necessità di individuare nuove *policy* regolatorie applicabili in ambito nazionale e locale, in grado di conciliare l'obbligatorietà della prestazione con l'applicazione della *lex mercatoria*, come impone il principio di solidarietà. La libertà di iniziativa economica, quindi sarà subordinata al soddisfacimento dei prevalenti interessi pubblici, e l'operatore privato sarà tenuto a fornire la prestazione a valore aggiunto anche se economicamente svantaggiosa, pena l'aggravarsi del rischio da *digital divide* su tutto il territorio con conseguente esclusione sociale del cittadino.

In proposito, si potrebbero prospettare nuovi modelli di fornitura dei servizi minimi, dove l'elemento di novità riguarderebbe sia la scelta dell'operatore, che non necessariamente dovrebbe cadere su quello storico, perché il soggetto andrebbe selezionato da procedure trasparenti e non discriminatorie, che le modalità di ripartizione dei costi tra gli altri operatori, modalità queste, che potrebbero risolversi anche in prestazioni in *rerum natura*. Infine, andrebbe considerata la possibilità di assicurare prestazioni aggiuntive a determinate categorie in ragione del loro disagio sociale o delle particolari finalità pubbliche dalle stesse perseguite.

D'altronde, nel nostro Paese le soluzioni adottate in ambito nazionale e locale atte a fronteggiare il divario digitale sono le più svariate: ora si basano sul modello del finanziamento pubblico straordinario, sussidiario, e relegato alle cd. zone bianche, ora su sistemi importati dall'esperienza straniera, ora su politiche di intervento inedite e personalizzate. Pertanto si è creata una situazione a macchia di leopardo, dove il rischio di *digital divide* fra regioni virtuose e non rischia di acuirsi nel lungo periodo.

La mancata inclusione della banda larga nel servizio universale determina, altresì, l'incompatibilità dell'impostazione giuridica comunitaria con il mutato contesto sociale e con le contrastanti posizioni assunte dalla stessa Commissione in tema di *e-government*. In proposito, nella seconda parte del *report* si è verificata l'applicabilità del concetto di servizio

universale ai servizi di pubblica utilità accessibili tramite la rete Internet. La conclusione raggiunta è stata quella della separazione in termini economico-giuridici della domanda di accesso alla rete da quella ai servizi finali.

Considerato, infatti, che i servizi preceduti dal prefisso «e» sono di natura molto diversa fra loro e, per di più, offrono prestazioni eterogenee, non è dato individuare un comune denominatore tra questi e le prestazioni obbligatorie da servizio universale, il che rende impraticabile la tesi dell'applicazione *sic et simpliciter* della disciplina europea del primi agli e-servizi.

La documentazione e i dati raccolti dimostrano, infatti, che all'interno dei singoli servizi fruibili tramite la rete è possibile, se non necessario, distinguere una serie di sub-servizi, la cui essenzialità e utilità va valutata caso per caso. Solo nell'ipotesi di provata essenzialità (es.: servizi di telemedicina nelle zone remote, accessibilità ai servizi di pubblica amministrazione dal proprio domicilio per anziani e disabili, telelavoro per persone con *handicap* motori etc.), si potrebbe discutere di una eventuale inclusione nel servizio universale.

L'identificazione poi di quali sarebbero gli e-servizi minimi – come del resto la valutazione della banda minima da assicurare su tutto il territorio – rimarrebbe comunque una scelta affidata alla discrezionalità del decisore politico, al quale spetterà bilanciare l'interesse a una maggiore efficienza della p.a. nell'erogare cure mediche, istruzione o prestazioni lavorative con le proprie esigenze di bilancio. Nel caso in cui il legislatore dovesse reputare imperative le ragioni della uguaglianza sostanziale e quindi accogliere anche gli e-servizi nel novero dei diritti sociali, si aprirebbe l'ulteriore capitolo relativo al *quantum* di essi andrebbe concretamente erogato in ragione della capienza del bilancio pubblico, vincolo, questo dei diritti sociali «condizionati» ai limiti di spesa, mai rimosso dalla Corte Costituzionale.

Un ultimo punto dell'indagine ha toccato il tipo di regolamentazione riferibile ai servizi di pubblica utilità. Nei diversi settori esaminati si è rilevato come nella maggior parte dei casi – *e-government*, *e-learning*, telemedicina, telelavoro – non esista affatto una disciplina specifica, ma si cerchi di adattare quella già esistente per le omologhe fattispecie non telematizzate. È stato verificato come ciò si traduca, in alcuni casi, in un

arresto nello sviluppo delle relative potenzialità. La mancanza di una regolamentazione *ad hoc* è, per esempio, particolarmente sentita nel caso delle prestazioni sanitarie a distanza, per le quali il relativo *gap* – soprattutto con riferimento alle responsabilità mediche – si è tradotto in un totale stallo del settore.

La conclusione cui si è pervenuti è la seguente: è necessario disegnare una disciplina comune a tutti gli e-servizi, apprestando regole omogenee con riferimento alla qualità del segnale, alla responsabilità dei fornitori di *hardware* e *software*, alla sicurezza della rete, alla protezione della *privacy* degli utenti. In tal modo, si realizzerà il passaggio dalla convergenza dei mezzi alla tendenziale unità della disciplina dei servizi trasportati dalle infrastrutture di comunicazione, problema comune ai servizi audiovisivi, che la sede europea ha di recente iniziato ad affrontare nell'ottica di parziale omogeneità qui suggerita.

SOMMARIO

Metodo e obiettivi della ricerca	1
---	----------

PARTE PRIMA

Sezione I. Il Servizio Universale	6
1. Il concetto di Servizio Universale.....	7
2. L'individuazione del soggetto tenuto all'erogazione del servizio.	13
3. Criteri di finanziamento del Servizio Universale.....	16
4. Il parametro per l'inclusione delle prestazioni nel Servizio Universale.	19
4.1. Riesame delle prestazioni inserite nel Servizio Universale.	22
5. Critiche al criterio utilizzato per l'inclusione delle prestazioni nel servizio universale.	26
6. Le novità introdotte con la revisione della Direttiva «Servizio Universale».	29
7. La disciplina degli aiuti di Stato. La regola e le sue eccezioni.....	34
7.1. I servizi di interesse economico generale e i «non» aiuti di Stato.	42
7.2. Gli orientamenti espressi dalla Commissione in materia di banda larga e aiuti di Stato.	50
7.2.1. Le <i>Next Generation Access</i> e gli aiuti di Stato.	54
8. Conclusioni sul rapporto tra servizio universale e nuovi diritti sociali.....	58

Sezione II. Politiche regolatorie e digital divide	64
1. Definizione di <i>digital divide</i>	64
2. Fondamento costituzionale dell'intervento pubblico.....	69
2.1. Segue. Gli inadempimenti da parte delle Regioni. Ipotesi ricostruttive...	71
3. Premessa di sistema. Redditività dell'investimento e divario digitale.	72

3.1. Le ipotesi regolatorie in corso.	74
3.2. Le semplificazioni amministrative.....	75
3.3. Il finanziamento pubblico subsidiario a sostegno della banda larga.	76
3.4. L'intervento pubblico nel modello Infratel.	86
3.5. Osservazioni critiche. Le sovvenzioni statali: dagli aiuti di Stato alla compensazione per la fornitura di servizi di interesse economico generale? ...	89
3.6. Segue. Verso un modello di finanziamento pubblico-privato? Alcune soluzioni per fronteggiare il rischio da <i>digital divide</i>	91
4. Le «Linee guida per i piani territoriali per la banda larga».	97
4.1. Notazioni critiche.	101
4.2. <i>Cases study</i>	103
4.2.1. Il modello scozzese nella regione Toscana.....	103
4.2.2. Segue. La rete Lepida in Emilia Romagna: verso un servizio pubblico «digitale» fra amministrazioni «federate».	109
4.2.3. Segue. Il caso della regione Campania: un programma politico ancora incompiuto?	114
5. Conclusioni. Il catasto nazionale delle infrastrutture: dalla varietà regolatoria a una proposta «unificante»?	119

Sezione III L'esperienza comparata: il sistema anglosassone e quello francese. 123

A) Il Regno Unito: il piano di sviluppo della banda larga e ultralarga 123

1. Lo Sviluppo della banda larga nel Regno Unito in comparazione con la situazione italiana.	123
2. Posizione del Governo Inglese. <i>Digital Britain. The Interim Report</i> . Un primo passo verso la digitalizzazione del Regno Unito.	126
2.1. Gli aiuti di Stato nel settore della banda larga (art. 87, par. 3, lett. c). Casistica Inglese.	129

3. La posizione dell'O.F.COM. Il difficile equilibrio tra competizione e investimenti.....	135
4. La disciplina del Servizio Universale nel Regno Unito.....	138
4.1. Il problema della connettività universale.....	141
5. <i>Digital Britain. Final Report</i> . Continuità e discontinuità con l' <i>Interim Report</i> .	144
B) La Francia: finalità e regolazione della banda larga e ultra larga	152
1. La programmazione francese sui futuri obiettivi dell'economia digitale: il piano <i>France numérique 2012</i> e il parere del <i>Conseil Economique, Social et Environnemental</i>	152
2. Banda larga e ultra-larga nell'ordinamento francese: lo stato dell'arte dell' <i>haut débit</i> e della <i>très haut débit</i>	156
3. Il quadro regolamentare.....	157
3.1. L'infrastruttura orizzontale e i nuovi obblighi «asimmetrici» sul <i>génie civil</i> .	158
3.2. L'infrastruttura verticale: mutualità della parte finale della rete in fibra ottica e regolazione «simmetrica».....	159
4. Intervento delle collettività territoriali, obblighi di informazione sulla localizzazione delle reti esistenti e finanziamento pubblico delle infrastrutture di comunicazione.....	161
C) Conclusioni sulla lettura comparata	166

PARTE SECONDA

Sezione I. E-government: reti, servizi e organizzazione.	171
1. Introduzione.....	171
2. La strategia italiana per l'e-government.....	173

3. L'e-government e la banda larga.....	176
4. L'e-government e le reti.	181
4.1. La rete della Pubblica Amministrazione.....	184
5. Cases of law: Torino e San Giorgio a Cremano.....	186
5.1. L'e-democracy: il progetto open Parlamento.....	190

Sezione II. L'e-learning: la nuova dimensione dell'apprendimento e della formazione permanente. 192

1. Cosa si intende per e-learning.	192
2. Aspetti problematici della fornitura del servizio e-learning: l'alfabetizzazione digitale e la necessità di un adeguato sviluppo della banda larga.	194
3. Esperienze italiane di e-learning: Federica dell'Università Federico II di Napoli.	197

Sezione III. I vantaggi sociali dell'e-health e della telemedicina. Osservazioni sull'esigenza di completare le infrastrutture della banda larga e di investire nello sviluppo della banda ultra-larga. 199

1. E-Health e informatizzazione del servizio sanitario.	199
2. Definizione e applicazioni della telemedicina.	202
3. I motivi del mancato sviluppo della telemedicina in Italia.	206
3.1. Ragioni tecniche ed economiche: l'essenzialità della banda larga, l'auspicabilità della banda ultra-larga.	207
3.2. Ragioni giuridiche.	209

Sezione IV. Il telelavoro e le next generation networks: strumenti (inattuati) a vantaggio delle categorie deboli? 215

1. Definizione e tipologie di telelavoro.....	215
2. Disciplina del telelavoro.	219

3. Nuove tecnologie e telelavoro come strumenti di inclusione sociale.	221
4. Un case study. Telelavoro e nuove tecnologie a servizio degli alunni ospedalizzati.	224

Considerazioni conclusive sui servizi di pubblica utilità **226**

METODO E OBIETTIVI DELLA RICERCA

In via preliminare, il W.P. 3.2 parte dal diritto esistente e quindi dalla qualificazione giuridica allo stato riservata alla banda larga, supporto tecnologico per la prestazione di servizi a valore aggiunto.

Il diritto comunitario la esclude dal novero delle prestazioni del servizio universale e ne vedremo in seguito le ragioni. Quindi, ci interrogheremo se questa conclusione sia funzionale allo sviluppo dell'individuo e al progresso della Nazione, oppure se essa si limiti a mantenere inalterato uno *status quo* personale e collettivo.

Avanzeremo e proveremo la tesi secondo cui la banda larga sia servente a un'«istanza di informazione, di intrattenimento, di educazione» del cittadino europeo, titolare del diritto di accedere liberamente ai servizi digitalizzati, a prescindere dalle distanze fisiche e dalle barriere temporali, a un prezzo accessibile. Alla luce di queste considerazioni, si potrebbe immaginare un inedito ruolo dello Stato: promotore della domanda, poiché teso ad attivare il bisogno indifferenziato di connessione veloce a Internet. Al contrario, secondo l'ottica europea, l'accesso a Internet ad alta velocità non appare meritevole di rientrare fra le utilità acquisibili al catalogo delle prestazioni obbligatorie, perché non sufficientemente diffuso e, come tale, non in grado di causare l'esclusione sociale di chi non accede a tale prestazione.

Ne conseguirà la dimostrazione dell'inadeguatezza del criterio comunitario, se rapportato alla domanda di un bene che il cittadino utente non conosce, o non conosce appieno, quanto a utilità e vantaggi conseguibili. In altri termini, esso si rivelerà «un parametro valutativo chiuso in se stesso, incapace di proiezioni future, di sviluppi inediti»¹, quindi meramente notarile, poiché non stimola l'espansione della domanda

¹ G. DE MINICO, *Regulation, banda larga e servizio universale. Immobilismo o innovazione?* In *Politica del diritto*, 2009, 4, p. 531 ss.

fondata sul bisogno sociale. Da qui la necessità di prospettare un criterio alternativo per selezionare le prestazioni da inserire nel Servizio Universale, che non si basi sul parametro quantitativo, bensì su valutazioni di carattere qualitativo affidate al decisore politico e dipendenti dalle necessità del cittadino. Si intende suggerire, in altre parole, un indice di riconoscimento di natura elastica, che si fondi sui beni finali promessi dall'opportunità di connettività veloce, quali l'equiordinazione sociale a favore dei soggetti deboli – grazie alla fruizione a domicilio dei servizi di pubblica utilità – e la crescita competitiva del sistema Paese, in virtù del risparmio di spesa per la digitalizzazione dell'amministrazione.

Si scelgono due paesi, Regno Unito e Francia, oggetto di indagine sul posto², al fine di capire se la nostra proposta abbia un riscontro nella realtà politica *in itinere* di altri Stati, e cioè se la decisione di investire nella banda larga rientri a pieno titolo nelle politiche macroeconomiche in coerenza con l'essere la stessa un moltiplicatore del benessere collettivo. Anche se con diversità di modelli giuridici, i due Paesi, in un contesto di informatizzazione globale, hanno anticipato con lungimiranza politica un percorso ideologico al quale inevitabilmente perverrà anche la Commissione Europea.

Il secondo obiettivo della ricerca è strettamente connesso al primo, poiché mira a definire la regolazione più idonea da riservare alle politiche di

² La prof. De Minico e la dott. Abbondante hanno condotto i loro studi alla *London School of Economics*, dove hanno esaminato il caso inglese (vedi la sez. III del presente lavoro) confrontandosi con i colleghi di discipline giuridiche ed economiche (Hugh Collins, *Dean of the Department of Law*; Julia Black, per i temi della *Regulation*; Mark Tatcher, per i servizi pubblici; Mario Monti, per il servizio universale e Martin Cave, per le implicazioni sulla domanda di banda larga intesa come prestazione di servizio universale). La De Minico ha altresì promosso incontri con il *Department for Culture, Media and Sport* del Governo inglese, in particolare con il *vice-secretary*, per riflettere sull'*Interim Report on «Digital Britain»* del gennaio 2009 e per avere anticipazioni sulla posizione politica, che il Governo ha poi reso pubblica con lo *Statement* definitivo del maggio 2009, di cui si darà ampiamente conto nel prosieguo del lavoro. Molto utili infine, sono stati lo scambio di opinioni con il *Chief* di Ofcom, Mr. Richard Phillips, nonché gli incontri con alcuni funzionari della stessa Autorità, che avevano direttamente seguito i recentissimi rapporti, «*Delivering super fast broad band in the U.K.*» (2 dicembre 2008) e quello, ancora in corso, sulla revisione dell'*Undertaking* 2005.

La dott. M. Viggiano, invece, si è recata a Parigi, dove ha esaminato il caso francese (vedi la sez. III del presente lavoro cit.), avvalendosi della documentazione fornita dall'Arcep, presso cui si è recata per *meeting* programmati.

implementazione nazionali e locali in tema di banda larga. La ricerca dimostrerà che la banda larga – se promossa a nuova prestazione di servizio universale – necessiterà di una *policy* regolatoria inedita, che tenga conto della necessità di coniugare due esigenze contrapposte: l'obbligatorietà della prestazione e l'applicazione della regole del mercato secondo l'ottica del bilanciamento fra interessi intrinsecamente contrapposti. In altri termini, si tratterà di individuare una regolazione «impermeabile alla *lex mercatoria*»³, ma solo allorché quest'ultima determini l'impossibilità di adempimento della missione sociale affidata alla prima. Quindi, il privato sarà tenuto a fornire la prestazione a valore aggiunto anche se economicamente svantaggiosa, poiché la libera iniziativa economica assume qui una dimensione diversa, quella della solidarietà. La missione pubblica potrà dunque svolgersi in prima persona o concretizzarsi nell'azione del privato, ma l'attività di quest'ultimo verrà sottratta alle regole del gioco competitivo, ancorché nei limiti dello stretto necessario all'assolvimento del compito sociale affidatogli.

In coerenza con la legalità comunitaria, i due Stati hanno disegnato schemi regolatori compatibili con l'iniziativa economica, lì dove la mano privata era intervenuta, e con l'aiuto pubblico, in assenza di mercato⁴.

Il terzo obiettivo della ricerca intende analizzare quali siano le politiche regolatorie concretamente adottate in Italia, nonché la loro compatibilità con la disciplina comunitaria degli aiuti di Stato. L'analisi della prassi evidenzierà l'esistenza di una molteplicità di modelli adottati in ambito nazionale e locale: in alcuni casi, la scelta si è concentrata su di una politica regolatoria basata sul finanziamento pubblico straordinario, sussidiario, e relegato alle cd. zone bianche. In altri, invece, le diverse autonomie territoriali hanno deciso di importare modelli appartenenti all'esperienza

³ G. DE MINICO, *Regulation, banda larga e servizio universale. Immobilismo o innovazione?*, cit.

⁴ Vedi la recentissima giurisprudenza comunitaria sulla compatibilità degli aiuti di stato rispetto ai casi Inglesi e francesi, ampiamente descritti nelle rispettive sez. III, A) par. 2.1; e sez. III, B), par. 4.

straniera, oppure hanno impostato una politica di intervento inedita e personale. A conti fatti, tuttavia, le misure di intervento di livello nazionale e locale non sono state in grado di limitare il cd. rischio di *digital divide*: in altri termini, non tutte le soluzioni analizzate sono state idonee a conseguire il risultato prefisso, quello della implementazione della banda larga e ultralarga in maniera equamente diffusa e nel rispetto delle regole concorrenziali. La ricerca intende dimostrare come la prassi consolidata è ben lontana dall'aver adottato una *policy* regolatoria coordinata, ossia concertata fra centro e periferia nell'ottica del principio di leale collaborazione. Quindi, il rischio di *digital divide* fra regioni virtuose e non rischia di acuirsi nel lungo periodo. La situazione delineatasi in Italia, in definitiva, mostra non poche difficoltà quanto alla sua compatibilità con l'inclusione dell'accesso veloce nel nuovo catalogo di servizio universale.

Il quarto obiettivo della ricerca vuole indicare che il bisogno di connessione veloce diventa una necessità insopprimibile per l'esercizio dei diritti sociali da parte di categorie svantaggiate, in ragione delle loro condizioni fisiche, sociali o territoriali. In tal caso, la banda larga rappresenta lo strumento fondamentale per la libera e consapevole fruizione dei cd. e-servizi, atto a garantire un rapporto di imparzialità tra i cittadini. Ne consegue che le politiche di intervento pubblico dovranno essere finalizzate ad azzerare la distanza tra inclusi ed esclusi, a parificare le condizioni di asimmetrie che determinano l'esclusione sociale di quanti inizialmente le subiscono.

Si tratta di servizi la cui qualità è modulabile in ragione di più variabili, quali la larghezza di banda disponibile: ciò determina la tipologia di servizio e, all'interno di ciascun servizio, la tipologia di prestazione. Il compito del decisore politico dovrà, dunque, essere quello di individuare la cd. soglia minima della variabile, cioè quella che garantisca indifferentemente la possibilità di usufruire della prestazione essenziale.

Infine, la ricerca intenderà dimostrare che l'obbligatorietà di tale soglia

tecnologica diventa la chiave per l'esercizio incondizionato dei diritti: l'amministrazione – a differenza del privato, che sceglie chi e come – ha l'obbligo di 'servire' indifferentemente tutti gli amministrati, in applicazione del principio di eguaglianza sostanziale. Tuttavia, ciò presuppone una politica di intervento pubblico indirizzata all'adeguamento tecnologico dell'apparato della p.a.; alla alfabetizzazione informatica del cittadino utente; all'utilizzo di tecnologie qualitativamente idonee a garantire la fornitura del servizio richiesto*.

* N.B. Nelle more della consegna del presente lavoro è stata completata la revisione del Pacchetto Direttive sulle comunicazioni elettroniche, seguito dal Gruppo di ricerca sin dal suo avvio. Pertanto, nel rapporto finale sono stati fatti ampi richiami ai relativi testi, sia nella veste di progetti di riforma che di atti comunitari definitivi. Il riferimento è ai seguenti documenti: Direttiva 2009/140/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 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 in *G.U.C.E. n. L 337, 18/12/2009 pp. 0037 – 0069*; Direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 recante modifica della direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche e del regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori in *G.U.C.E n. L 337, 18/12/2009, pp. 0011 – 0036*; Regolamento (CE) 1211/2009 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 che istituisce l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC) e l'Ufficio in *G.U.C.E. n. L 337, 18/12/2009, pp. 001 – 0010*.

Per un commento organico al pacchetto nuovo, ancorché riferito a uno stadio ancora intermedio rispetto alla stesura finale, ma già in grado di anticipare quelli che poi saranno gli sviluppi futuri si veda il lavoro di G. DE MINICO, *La sfida europea sulle telecomunicazioni: autori, regole, obiettivi* in A. PACE A – R. ZACCARIA – G. DE MINICO (a cura di), *Mezzi di comunicazioni e riservatezza. Ordinamento comunitario e ordinamento interno*, Napoli, 2008, pp. 175 ss.

PARTE PRIMA

SEZIONE I

IL SERVIZIO UNIVERSALE

SOMMARIO: 1. *Il concetto di Servizio Universale.* – 2. *L'individuazione del soggetto tenuto all'erogazione del servizio.* – 3. *Criteri di finanziamento del Servizio Universale.* – 4. *Il parametro per l'inclusione delle prestazioni nel Servizio Universale (4.1. Riesame delle prestazioni inserite nel Servizio Universale).* – 5. *Critiche al criterio utilizzato per l'inclusione delle prestazioni nel Servizio Universale.* – 6. *Le novità introdotte con la revisione della Direttiva «Servizio Universale».* – 7. *La disciplina degli aiuti di Stato. La regola e le sue eccezioni.* – (7.1. *I servizi di interesse economico generale e i «non» aiuti di Stato* – 7.2. *Gli orientamenti espressi dalla Commissione in materia di banda larga e aiuti di Stato.* – 7.2.1. *Le Next Generation Access Networks e gli aiuti di Stato.*) – 8. *Conclusioni sul rapporto tra Servizio Universale e nuovi diritti sociali.*

1. Il concetto di Servizio Universale.

Il Servizio Universale è uno strumento di diritto pubblico, preordinato ad assicurare all'utente finale determinate prestazioni standardizzate in qualità e modalità di erogazione⁵. Nel settore delle telecomunicazioni, il concetto di Servizio Universale nasce quando, con la liberalizzazione del mercato, si avverte la preoccupazione che la sola concorrenza tra gli operatori di per sé potrebbe non garantire la generale fruibilità di quelle utilità che sono

⁵ L'articolo 2, comma 1, lettera j), della Direttiva 2002/19/CE (Direttiva Quadro) definisce il «Servizio universale» come un «insieme minimo di servizi di una qualità determinata definiti nella Direttiva 2002/22/CE (Direttiva Servizio Universale), accessibili a tutti gli utenti a prescindere dalla loro ubicazione geografica e, tenuto conto delle condizioni nazionali specifiche, ad un prezzo ragionevole».

L'articolo 1, comma 2, Direttiva 2002/22/CE aggiunge: «la presente Direttiva stabilisce i diritti degli utenti finali e i corrispondenti obblighi delle imprese che forniscono reti e servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico. Quanto a garantire la fornitura del Servizio Universale in un contesto di mercati aperti e concorrenziali, la presente Direttiva definisce l'insieme minimo di servizi di qualità specifica cui tutti gli utenti finali hanno accesso a prezzo abbordabile tenuto conto delle specifiche circostanze nazionali, senza distorsioni di concorrenza».

ritenute fondamentali per la partecipazione dei cittadini alla società dell'informazione⁶.

Proprio i cittadini hanno un ruolo essenziale nella definizione del Servizio Universale sia nella fase di predeterminazione sia in quella della fornitura dei servizi da erogare. Nella prima, infatti, la domanda di un servizio da parte degli utenti costituisce il parametro valutato per l'inserimento delle prestazioni nel paniere del Servizio Universale. Gli utenti potrebbero intervenire, inoltre, nel procedimento di selezione delle prestazioni attraverso associazioni di categoria per affermare il loro interesse giuridicamente protetto ad accedere a determinati servizi⁷.

Una volta individuati i servizi che devono essere garantiti, gli utenti diventano titolari di situazioni giuridiche soggettive nei confronti di chi è tenuto a fornire il servizio alle condizioni stabilite. La prescrizione imperativa di obblighi di fare è funzionale per garantire al cittadino europeo un elenco minimo di prestazioni, che si articolano nel diritto⁸ a ricevere servizi di qualità, pagando un prezzo abbordabile, e indipendentemente dalla sua dislocazione geografica⁹ (attributi della generalità, qualità del servizio, sostenibilità del prezzo e continuità¹⁰).

⁶ Cfr. PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione sulla comunicazione della Commissione concernente la prima relazione di monitoraggio relativa al Servizio Universale nel settore delle telecomunicazioni nell'Unione europea (COM(98) 0101 – C4-0249/98)* in cui si legge che: «i tratti fondamentali del Servizio Universale non si possono ricondurre automaticamente all'apertura alla concorrenza, dal momento che quest'ultima non può da sola garantire l'universalità del servizio, e che se dal libero gioco delle forze del mercato e della concorrenza ci si può attendere una migliore ripartizione delle risorse, la mobilitazione di notevoli capitali d'investimento e la prospettiva di prezzi migliori per l'utente, tali strumenti presentano talvolta dei limiti e rischiano di escludere una parte della popolazione dai vantaggi che essi producono e di indebolire la coesione sociale e territoriale».

Sul punto cfr. N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999, p. 21, la quale sostiene che «l'universalità della prestazione può essere definita come un obiettivo sociale imposto nell'ambito del generale passaggio dai regimi speciali del servizio pubblico alla disciplina del diritto comune».

⁷ Cfr. G. NAPOLITANO, *Il Servizio Universale e i diritti dei cittadini utenti*, in *Mercato concorrenza regole*, 2000, p. 450.

⁸ Cfr. art. 1, Direttiva 2002/22/CE.

⁹ L'articolo 3 della Direttiva 2002/22/CE prevede che: «Gli Stati membri provvedono affinché nel loro territorio i servizi elencati nel presente capo siano messi a disposizione di tutti gli utenti finali al livello qualitativo stabilito, a prescindere dall'ubicazione geografica

La regolazione in materia di servizio universale tutela l'interesse dei consumatori, disciplinando il rapporto intersoggettivo tra fornitore e utente con una norma che crea un rapporto di debito/credito.

L'elemento di doverosità che caratterizza l'obbligo del gestore del servizio, si riversa nel rapporto esistente tra il gestore e gli utenti¹¹ «in capo ai quali possono sorgere veri e propri diritti, tutelabili innanzi a organi di tipo giurisdizionale o paragiurisdizionale e che trovano soddisfazione anche sotto forma di indennizzo o risarcimento»¹².

L'utente può azionare, nei confronti del soggetto obbligato a rendere il servizio¹³, il suo diritto a ottenere la «prestazione minima» così come è stata determinata a livello normativo. Il gestore è tenuto a fornire le prestazioni individuate a prescindere da valutazioni di convenienza economica, perché, alla stregua di ciò che avviene per il servizio pubblico, la fornitura deve avvenire anche «oltre il mercato, cioè deve tendere a perseguire l'obiettivo di estendere e rendere accessibili certe prestazioni ed erogazioni a un'utenza più ampia (sia sotto il profilo sociale, sia sotto il profilo geografico) di quella rappresentata dai potenziali acquirenti in un libero mercato»¹⁴.

Lo Stato, mirando all'obiettivo di realizzare l'interesse generale, può intervenire anche nell'ambito di un mercato concorrenziale ormai liberalizzato con diversi strumenti giuridici a seconda che si tratti di attività

dei medesimi e, tenuto conto delle specifiche circostanze nazionali, ad un prezzo abbordabile».

¹⁰ Al Considerando 14 della Direttiva 2002/22/CE si legge che è importante che gli operatori del Servizio Universale mantengano l'integrità della rete, come pure la continuità e la qualità del servizio.

¹¹ Cfr. M. CAPANTINI, *Il Servizio Universale e le sue modalità di finanziamento. La soluzione dei fondi di compensazione* in *Rivista italiano di pubblico comunitario*, 2003, p. 103, il quale sostiene che con l'affermarsi del SU, ciascun cittadino diviene titolare di «un diritto universale a determinate prestazioni positive e di qualità predefinita».

¹² M. CLARICH, *Servizio pubblico e Servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in «*Dir. pubbl.*», 1998, p. 196, per il quale, tuttavia, la nozione di Servizio Universale, così come quella di servizio pubblico, ha una dimensione prevalentemente organizzativa.

¹³ Cfr. G. NAPOLITANO, *Il Servizio Universale e i diritti dei cittadini utenti*, cit. p. 450.

¹⁴ M. CLARICH, *Servizio pubblico e Servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, cit. p. 188.

regolate o di attività gestite in regime di servizio pubblico, pur con lo stesso obiettivo di realizzare i fini socio-economici definiti in sede politica¹⁵. È essenziale che l'interesse sia realizzato, mentre è irrilevante che la soddisfazione avvenga attraverso un intervento diretto del soggetto pubblico, o di un privato finanziato dal soggetto pubblico, o attraverso l'intervento del soggetto pubblico che regola il mercato imponendo agli operatori di rendere determinati servizi¹⁶.

Nel caso del Servizio Universale, la scelta operata dal decisore europeo è stata quella di definire l'elenco dei servizi ritenuti essenziali, vincolando lo Stato a un'obbligazione di risultato, garantendo a tutti i cittadini la fruizione di tali servizi.

Il diritto dell'utente alla prestazione non è quindi azionabile direttamente nei confronti del soggetto pubblico, in capo al quale sussiste, però, un «obbligo di predisposizione»¹⁷, cioè «un vincolo alla regolazione» del mercato. L'intervento dello Stato, quindi, si sostanzia nella definizione delle prestazioni da garantire indistintamente a tutti i cittadini e nella individuazione dei privati che sono tenuti a renderle, agendo in questo caso come *longa manus* del Stato.

L'obiettivo ultimo cui tende la regolazione è realizzare la coesione sociale e territoriale tra gli individui¹⁸ ai sensi dell'art. 16 del Trattato di Amsterdam o, nell'ambito dell'ordinamento italiano, l'eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, co. 2, Cost, con il fine ultimo di equiordinare i consumatori a prescindere dalla localizzazione e dalla capacità economica.

¹⁵ Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi* in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, V, 1063.

¹⁶ G. CORSO, *La gestione dei servizi locali fra pubblico e privato*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Milano, 1997, pp. 21 ss. che ritiene che attività operative e attività regolative sono in certa misura fungibili, nella prospettiva costituzionale dei diritti sociali.

¹⁷ N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999, p. 21.

¹⁸ Così la Comunicazione del 13 marzo 1996 COM (96) 73 final, *Universal service for telecommunications in the prospective of a fully liberalised environment*, p. 4.

Tale obiettivo appare di natura politica come anche la valutazione fatta sulla capacità del mercato¹⁹ di rispondere alle esigenze di tutti gli utenti, a cui segue, nel caso di una valutazione negativa, l'intervento correttivo a favore dell'universalità di una prestazione²⁰.

Tali valutazioni sono caratterizzate da una notevole discrezionalità per cui, non esistendo alcun parametro tecnico a cui si può far riferimento, la scelta di predisporre o meno il servizio universale nella regolamentazione di un mercato, non potrà che essere frutto di una valutazione politica del legislatore.

Di natura politica è quindi la scelta di intervenire, quella relativa alle prestazioni da inserire, quella relativa agli strumenti per intervenire, quella relativa ai metodi di finanziamento²¹.

L'intervento del soggetto pubblico, per garantire la disponibilità di servizi di buona qualità, allo stato attuale, si muove in due direzioni:

- a) realizzare una concorrenza e un'opportunità di scelte effettive;
- b) disciplinare le circostanze in cui le esigenze degli utenti finali non sono soddisfatte mediante il mercato.

Il fine ultimo della disciplina in materia di SU, tuttavia, non è quello di realizzare l'equa competizione e quindi favorire la concorrenza tra gli operatori, obiettivo cui tende la disciplina asimmetrica, ma quello di evitare l'eventuale degenerazione del mercato con la conseguente esclusione dalla fruizione di servizi ritenuti indispensabili dei soggetti cd. «non remunerativi»²².

¹⁹ Cfr. M. CLARICH, *Servizio pubblico e Servizio universale*, cit., p. 194, che afferma che è di natura politica la valutazione del fallimento del mercato che giustifica l'intervento correttivo dei pubblici poteri a favore dell'universalità della prestazione.

²⁰ Così G.F. CARTEI, *Il Servizio universale*, Milano, 2002, p. 277.

²¹ Sul punto cfr. I. LOCATELLI, *Il costo del Servizio Universale nelle comunicazioni elettroniche in Mercato concorrenza regole*, 2003, p.488, che sostiene come l'imputazione del costo del Servizio Universale alla fiscalità generale richieda da parte dei singoli Paesi una valutazione politica che tenga conto delle altre necessità sociali le quali potrebbero trovare soddisfazione attraverso quegli stessi fondi destinati al finanziamento del Servizio Universale.

²² Sul punto A. DEL MONTE, *Il nuovo quadro comunitario delle comunicazioni elettroniche ed il dibattito sull'evoluzione del processo di regolamentazione*, in <http://www.economiaindustriale.unina.it/papers/reg2004.pdf>, p. 3, il quale riconosce «nel

In entrambi i casi il legislatore interviene per correggere disfunzioni della *lex mercatoria*. Con la normativa asimmetrica, diversamente da quello che avviene per il SU, si tende a creare un mercato competitivo, lì dove le sole forze della domanda e dell'offerta non vi siano riuscite. La norma asimmetrica falsa la realtà, perché mima l'esistenza di un mercato concorrenziale, mettendo sullo stesso piano l'*incumbent* e i nuovi entranti²³, così realizzando un vantaggio anche per il consumatore, che potrà scegliere tra diversi operatori per la fruizione di un servizio.

Da quanto detto ne consegue che se il mercato funzionasse correttamente, verrebbe meno la necessità di normativa asimmetrica, pur rimanendo invariate le ragioni giustificative la regolazione di Servizio Universale, la cui permanenza si giustificerebbe in quanto disciplina compensativa del divario socio-economico tra i cittadini dell'Unione²⁴.

caso delle industrie a rete, la concorrenza, anche se permettesse il raggiungimento di elevati livelli di efficienza, può impedire che si realizzino obiettivi di equità. Infatti le imprese delle industrie a rete, che agiscono in situazione non regolamentata, possono decidere di offrire il servizio solo a quelle fasce di consumatori che sono più facilmente raggiungibili sul territorio e quindi permettono un più basso costo unitario di allacciamento delle utenze».

²³ Cfr. G. DE MINICO, *La sfida europea sulle telecomunicazioni: autori, regole, obiettivi* in A. PACE – R. ZACCARIA – G. DE MINICO, *Mezzi di comunicazioni e riservatezza. Ordinamento comunitario e ordinamento interno*, p. 165, dove si legge che la regola asimmetrica ha come obiettivo quello di «mimare un mercato concorrenziale, creando, secondo il paradigma della *fictio iuris*, condizioni analoghe a quelle che un mercato competitivo produrrebbe da sé». Se la norma asimmetrica agisce efficacemente ottiene un effetto deflattivo sulla legge *antitrust*, perché, come disciplina «*pre-emptive*», rispetto alle *lex mercatoria*, dovrebbe bloccare la dominanza dell'*incumbent*, prevenendone la sua degenerazione in illeciti anticompetitivi.

²⁴ Cfr. T. PROSSER, *The limits of competitive law*, Oxford, 2005, pp. 244-246, che evidenzia come il profilo economico non esaurisce il fenomeno della regolazione nel caso del servizio universale che ha un contenuto politico-sociale, il cui obiettivo è quello di garantire la fruizione di servizi ritenuti essenziali per la partecipazione dei cittadini ai processi sociali. In questo caso, la normativa – sottolinea Prosser – ha finito per favorire lo sviluppo di un tessuto giuridico orientato ai principi di eguaglianza e solidarietà; Cfr. G. DE MINICO, *ult. op. cit.* p. 168; G.F. CARTEI, *ult. op. cit.*, p. 285 ss. che rileva che «il Servizio Universale ha contribuito a consolidare la natura permanente di ogni politica regolatrice, finendo così col diventare lo strumento regolatorio più significativo»; M. OROFINO, *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello*, Milano, 2008, p. 190, dove si legge che «in un mercato perfettamente concorrenziale gli obblighi per favorire la concorrenza devono essere progressivamente ridotti, mentre questo non è obbligatorio per gli obblighi di Servizio Universale»; A. DEL MONTE, *Il nuovo quadro comunitario delle comunicazioni elettroniche ed il dibattito sull'evoluzione del processo di regolamentazione*, cit., p. 19, che sostiene che il nuovo quadro regolamentare in materia di telecomunicazioni dovrebbe mantenere gli

2. L'individuazione del soggetto tenuto all'erogazione del servizio.

In base al principio di sussidiarietà spetta agli Stati membri selezionare, sulla base di criteri obiettivi, l'impresa tenuta a fornire il Servizio Universale. L'unico criterio fissato dalla Direttiva è quello dell'economicità della prestazione resa dall'obbligato, per cui non esiste alcun automatismo nell'individuazione di tale soggetto, che può anche non essere l'operatore con significativo potere di mercato. La designazione deve essere efficace, obiettiva, trasparente e non discriminatoria, in modo da non escludere *a priori*²⁵ nessuna impresa.

Gli Stati, in base a questi parametri elaborati dalla Direttiva, fissano i criteri per l'individuazione delle imprese che devono fornire la totalità o parte del servizio, tenendo conto della capacità e della disponibilità delle stesse²⁶. Un elemento di grande importanza è la possibilità di frazionare il Servizio Universale per quanto riguarda la fornitura sul territorio²⁷.

obblighi in materia di Servizio Universale per evitare l'esclusione dalla società dell'informazione.

Contra S. CASSESE, *La retorica del Servizio universale*, in S. FROVA (a cura di), *Telecomunicazioni e Servizio universale*, 1999, p. 92, il quale sostiene che il perfetto funzionamento del mercato in un regime di concorrenza porta al superamento delle deficienze strutturali.

²⁵ L'art. 8 della Direttiva 2002/22/CE, in merito alla designazione delle imprese su cui incombe l'onere di fornire il SU, prevede che «1. Gli Stati membri possono designare una o più imprese perché garantiscano la fornitura del Servizio Universale quale definito agli articoli 4, 5, 6 e 7 e, se del caso, all'articolo 9, paragrafo 2, della presente Direttiva in modo tale da poter coprire l'intero territorio nazionale. Gli Stati membri possono designare più imprese o gruppi di imprese per fornire i diversi elementi del Servizio Universale e/o per coprire differenti parti del territorio nazionale.

2. Nel designare le imprese titolari di obblighi di Servizio Universale in tutto il territorio nazionale o in parte di esso, tale sistema di designazione garantisce che il Servizio Universale sia fornito secondo criteri di economicità e consenta di determinare il costo netto dell'obbligo di Servizio conformemente all'articolo 12».

²⁶ Cfr. Considerando 14 della Direttiva 2002/22/CE.

²⁷ M. OROFINO, *ult. op. cit.* p. 345.

Di recente la Corte di Giustizia, nell'ambito della causa C-220/07²⁸, si è pronunciata sul criterio di designazione definito dalla legge francese del 31 dicembre 2003 n. 1365, che aveva introdotto un meccanismo di designazione in base al quale la selezione del soggetto su cui far ricadere l'onere di fornire il Servizio Universale avveniva in base alla capacità del soggetto di fornire il servizio sull'intero territorio nazionale²⁹. Questa modalità portava a escludere le aziende capaci di fornire il Servizio Universale soltanto su una parte del territorio, contravvenendo ai principi definiti dalla Direttiva per cui, pur avendo gli Stati una notevole discrezionalità nel definire i criteri di designazione, non possono non rispettare i principi di obiettività, non discriminazione e minima distorsione della concorrenza. Di conseguenza, il meccanismo per la designazione della fornitura di servizi non può escludere delle imprese *a priori*. A giudizio della Corte, il meccanismo introdotto dal legislatore francese non rispettava il principio di non discriminazione – ma, anzi, era un ostacolo a una reale ed effettiva concorrenza – poiché le ANR non potevano designare imprese che non fossero in grado di fornire il servizio sull'intero territorio; e non rispondeva ai criteri di efficienza e redditività poiché le ANR non potevano valutare soluzioni alternative che potessero essere più redditizie in alcune zone del territorio e portare a un diminuzione al netto dei costi di tali servizi.

Nel nostro ordinamento il criterio di individuazione delle imprese è stato definito dal Decreto Legislativo 1 agosto 2003, n. 259 (Codice delle comunicazioni elettroniche³⁰) sulla base dei parametri previsti dalla Direttiva. La nuova disciplina, così come definita dal comma 1 dell'art. 58 del Codice,

²⁸ Cfr. CORTE DI GIUSTIZIA, Causa C-220/07 *Commission v. France*, in *GU C 211* dell'8.9.2007.

²⁹ L'art. 35-2 della legge 1365/2003 prevede al comma 1 che «Peut être chargé de fournir l'une des composantes du service universel mentionnées aux 1°, 2° et 3° de l'article L. 35-1 tout opérateur en acceptant la fourniture sur l'ensemble du territoire national et capable de l'assurer».

³⁰ L'art. 58 del Codice delle comunicazioni elettroniche, ha stabilito che: «1. L'Autorità può designare una o più imprese perché garantiscano la fornitura del Servizio universale, quale definito agli articoli 54, 55, 56, 57 e 59, co. 2, in modo tale da coprire l'intero territorio nazionale. L'Autorità può designare più imprese o gruppi di imprese per fornire i diversi elementi del Servizio Universale o per coprire differenti parti del territorio nazionale».

ha formalmente adottato il criterio fissato dalla Direttiva in base al quale possono essere designate più imprese³¹ per l'erogazione delle prestazioni incluse nel Servizio Universale. L'Autorità dovrebbe, infatti, procedere con una valutazione comparativa tra gli operatori capaci di fornire il Servizio Universale e verificare quale sia, o quali siano gli operatori capaci di fornirlo nella maniera più efficiente ed economica³². In questo modo, si dovrebbe tendere all'obiettivo di ampliare la concorrenza nella fase dell'aggiudicazione con riflessi positivi in termini di efficienza, visto che gli operatori potrebbero competere tra di loro nella determinazione dei costi netti per la fornitura del servizio. In questa valutazione avrebbe dovuto essere determinante il ruolo dell'A.G.Com., che avrebbe dovuto valutare le aggregazioni più efficienti³³ tra gli elementi del Servizio Universale, sia in considerazione delle diverse economie di scala, sia della scarsa remuneratività di alcuni elementi del servizio. Tuttavia, la deroga prevista dal comma 3 dell'art. 58 del Codice³⁴, per cui Telecom Italia avrebbe dovuto continuare a fornire il Servizio Universale su tutto il territorio, fino a quando l'Autorità non avesse individuato i soggetti capaci di erogare il S.U. in maniera più economica ed efficiente, ha finito per operare come una

³¹ Il sistema legale previgente, secondo quanto disposto dall'art. 3, comma 4, del d.P.R. 318 del 1997 prevedeva che il Servizio Universale fosse gestito dalla società Telecom S.p.A. sul presupposto che la suddetta società, in quanto proprietaria dell'infrastruttura di rete, potesse e dovesse sopportare l'obbligo di garantire l'universalità delle prestazioni.

³² Cfr. art. 58, comma 2: «Nel designare le imprese titolari di obblighi di Servizio Universale in tutto il territorio nazionale o in parte di esso, l'Autorità applica un sistema di designazione efficace, obiettivo, trasparente e non discriminatorio in cui nessuna impresa è esclusa a priori. Il sistema di designazione garantisce che il Servizio Universale sia fornito secondo criteri di economicità e consente di determinare il costo netto degli obblighi che ne derivano conformemente all'articolo 62».

³³ Cfr. I. LOCATELLI *Il costo del Servizio Universale nelle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 485, che rileva come sia stato introdotto il principio di «cost-efficiency» nel calcolo del costo netto.

³⁴ Cfr. art. 58, comma 3: «Sino alla designazione di cui al comma 1, la società Telecom Italia continua a essere incaricata di fornire il Servizio Universale quale definito agli articoli 54, 55, 56, 57 e 59, co. 2, sull'intero territorio nazionale».

designazione *ex lege* dell'operatore ex monopolista, senza che sia stata mai realizzata alcuna procedura di selezione tra gli operatori³⁵.

3. Criteri di finanziamento del Servizio Universale.

La Direttiva ha previsto due criteri di finanziamento³⁶ riconducibili al calcolo del costo netto affidato all'autorità nazionale di regolazione³⁷. In base ad essi lo Stato può scegliere fra indennizzare l'impresa attingendo da fondi pubblici oppure ripartire il costo netto tra fornitori di reti e servizi. Quest'ultimo è il criterio scelto nel nostro ordinamento: gli operatori pagano *pro rata*, tenendo conto della capacità economica e dell'effetto benefico riflesso³⁸.

³⁵ Sul punto si rinvia a G. DE MINICO, *Regulation, banda larga e servizio universale. Immobiliismo o innovazione?* In *Politica del diritto*, 2009, 4, p. 531 ss.

³⁶ Sui diversi criteri di finanziamento cfr. M.L. MARINIELLO, *Il servizio universale nel settore delle comunicazioni elettroniche: attuali modalità di finanziamento ed ipotesi di riforma*, in *Diritto dell'economia*, 2007, 721 ss.

³⁷ L'articolo 12 della Direttiva, relativamente al calcolo del costo degli obblighi di Servizio Universale, stabilisce che «1. Allorché le autorità nazionali di regolamentazione ritengono che la fornitura del Servizio Universale di cui agli articoli da 3 a 10 possa comportare un onere eccessivo per le imprese designate a fornire tale servizio, esse calcolano i costi netti di tale fornitura. A tal fine, le autorità nazionali di regolamentazione possono:

a) procedere al calcolo del costo netto dell'obbligo di Servizio universale, tenendo conto degli eventuali vantaggi commerciali derivanti all'impresa designata per la fornitura del Servizio universale, in base alle modalità stabilite nell'allegato IV, parte A, oppure

b) utilizzare i costi netti della fornitura del Servizio Universale individuati in base a un meccanismo di determinazione conforme all'articolo 8, paragrafo 2.

2. I conti e/o le altre informazioni su cui si basa il calcolo del costo netto degli obblighi di servizio universale di cui al paragrafo 1, lettera a) sono sottoposti alla verifica dell'autorità nazionale di regolamentazione o di un organismo indipendente dalle parti interessate e approvato dall'autorità nazionale di regolamentazione. I risultati del calcolo e le conclusioni finali della verifica sono messi a disposizione del pubblico».

³⁸ Il meccanismo di finanziamento del Servizio Universale è stato disciplinato per la prima volta con il regolamento approvato con il d.P.R. 318/1997. Successivamente, con Decreto del Ministero delle Comunicazioni del 10 marzo 1998, sono state decretate le procedure per la ripartizione degli oneri sostenuti per il finanziamento del Servizio Universale stabilite dall'Autorità.

La disciplina per il finanziamento del Servizio Universale è poi refluita nel Codice delle comunicazioni elettroniche, che all'art. 63 stabilisce che «1. Qualora, sulla base del calcolo del costo netto di cui all'articolo 62, l'Autorità riscontri che un'impresa designata è soggetta

Nella procedura prevista per il finanziamento, il primo *step* consiste nel determinare i costi che devono essere sostenuti per fornire le prestazioni e quindi, verificare se comportano un onere eccessivo per le imprese designate. Le autorità nazionali di regolazione, secondo quanto disposto dall'art. 12 possono: a) procedere al calcolo tenendo conto degli eventuali vantaggi che l'impresa designata può avere dalla fornitura del SU; b) utilizzare i costi netti della fornitura, individuati sulla base dell'art. 8 della Direttiva (sulla base del criterio di economicità).

Se le A.N.R. riscontrano che i costi sostenuti per garantire le prestazioni del Servizio Universale costituiscono un onere eccessivo, lo Stato, previa richiesta di un'impresa designata, può introdurre uno dei due meccanismi di finanziamento.

Nel calcolo del costo netto finalizzato alla scelta del metodo di condivisione occorre tener conto di diversi aspetti, con lo scopo di prevenire meccanismi non equi e neutrali dal punto di vista concorrenziale³⁹. Nella valutazione del costo, infatti, si deve tener conto, come si può leggere in un

a un onere ingiustificato, previa richiesta dell'impresa stessa, ripartisce il costo netto degli obblighi di Servizio Universale tra i fornitori di reti e servizi di comunicazione elettronica utilizzando il fondo per il finanziamento del costo netto degli obblighi del Servizio universale, istituito presso il Ministero, di cui all'allegato n. 11.

2. Può essere finanziato unicamente il costo netto degli obblighi di cui agli articoli da 53 a 60, calcolato conformemente all'articolo 62. Le disposizioni di cui agli articoli 1, 3, 4, 5 e 6 dell'allegato n. 11, possono essere modificate, all'occorrenza, con provvedimento dell'Autorità, sentito il Ministero.

3. Il sistema di ripartizione dei costi deve rispettare i principi di trasparenza, minima distorsione del mercato, non discriminazione e proporzionalità, in conformità all'articolo 2, commi 5, 6 e 7, dell'allegato n. 11. Ogni anno, l'Autorità, tenuto conto delle condizioni di concorrenzialità del mercato, può valutare l'opportunità di introdurre un meccanismo di esenzione dalla contribuzione al fondo per le imprese che non superano determinati livelli di fatturato e per quelle nuove entranti nel settore, tenendo conto della loro situazione finanziaria.

4. Gli eventuali contributi relativi alla ripartizione del costo degli obblighi di Servizio Universale sono scorporati e definiti separatamente per ciascuna impresa. Tali contributi non sono imposti alle imprese che non forniscono servizi nel territorio nazionale».

³⁹ Per esempio, il calcolo del costo netto delle singole componenti del Servizio Universale andrà effettuato separatamente, al fine di evitare una doppia computazione dei costi e dei vantaggi diretti e/o indiretti; il costo netto totale risulterà, pertanto, dalla somma del costo netto dei vari elementi derivanti dagli obblighi del Servizio universale, tenuto conto dei benefici indiretti (Allegato IV, parte A). Sul punto si rinvia a I. LOCATELLI, *ult. op. cit.*, p. 486.

documento di O.F.Com.⁴⁰, non solo dei costi effettivamente sopportati, ma anche dei vantaggi di mercato che derivano all'organismo incaricato della fornitura del Servizio Universale, tra cui: la particolare riconoscibilità della denominazione commerciale rispetto agli altri concorrenti; la possibilità di sostenere costi comparativamente più bassi del concorrente nel caso di estensione della rete a nuovi clienti; i c.d. benefici di ciclo (consistenti nella probabilità di mantenere clienti inizialmente non remunerativi)⁴¹, la disponibilità di informazioni sui clienti e sui loro consumi telefonici; la probabilità che i potenziali clienti scelgano l'operatore incaricato della fornitura del Servizio Universale a causa della presenza diffusa dell'operatore sul territorio e per la mancata conoscenza degli altri operatori presenti sul territorio.

Sul tema della ripartizione dei costi sostenuti per il finanziamento del Servizio Universale, è intervenuta la Corte di Giustizia nell'ambito della causa C-146/00⁴² pronunciandosi sulla richiesta di *France Télécom* ai nuovi concorrenti, che nello specifico erano operatori di telefonia mobile, di contribuire al finanziamento. L'anno di riferimento è il 1997, anno in cui la *France Télécom* operava ancora in regime di monopolio quasi assoluto e tale situazione era, secondo la Commissione, sufficiente a far sì che il costo del Servizio Universale ricadesse esclusivamente su di essa. Il monopolio fino a quel momento, infatti, era stato mantenuto⁴³ proprio perché in tal modo si

⁴⁰ Il documento a cui si fa riferimento è OFTEL, *Universal telecommunications services (a consultative document issued by the director general of telecommunications)*, in http://www.ofcom.org.uk/static_archive/Ofotel/publications/1999/consumer/uts799.htm, 1999 (quando l'Autorità Britannica utilizzava ancora l'acronimo Ofotel). Sul punto si rimanda a S.B. PERRY, *Universal service in the European Union: policy goal or market-based assumption?*, *European University Institute*, 1999, pp.142 ss.

⁴¹ Nel documento di Ofotel, tuttavia, si legge che almeno per quanto riguarda il cd. beneficio di ciclo, vi era stata una sopravvalutazione, per cui le stime iniziali sono state poi ridimensionate in considerazione del fatto che non tutti i clienti non remunerativi possano col tempo diventare clienti «profitable».

⁴² Cfr. CORTE DI GIUSTIZIA, Causa C- 146/00 *Commission v. France* in *GU C 163*, del 10/6/2000.

⁴³ Cfr. il quinto considerando della Direttiva 96/19/CE il quale prevedeva una deroga temporanea, ai sensi dell'articolo 86, paragrafo 2, del Trattato CE (ex art. 90, comma 2) salvando i diritti esclusivi e/o speciali in capo ai fornitori di telefonia vocale. Tale eccezione era ritenuta necessaria per evitare che fosse minacciato l'equilibrio finanziario di quegli

protegeva la stabilità finanziaria del fornitore su cui ricadeva l'onere di fornire il Servizio Universale.

Il fatto che nel 1997 in Francia vi fosse stata l'apertura del mercato della telefonia mobile⁴⁴, a giudizio della Commissione, non aveva creato una situazione tale da rendere necessaria per *France Télécom* la creazione di un sistema di finanziamento ripartito del costo netto del Servizio Universale, visto che all'epoca disponeva ancora di un monopolio quasi totale per la telefonia vocale fissa.

La ripartizione del costo netto del Servizio Universale, a tal proposito, nota la Corte, avviene solo nel caso in cui sia necessario ridistribuire l'onere ingiustamente sopportato dall'impresa designata ma non può essere motivato col solo fatto che vi è stata l'apertura del mercato della telefonia mobile senza precisare in che modo tale apertura avrebbe influenzato il costo netto del Servizio Universale.

4. Il parametro per l'inclusione delle prestazioni nel Servizio Universale.

La Direttiva 2002/22/CE definisce l'elenco delle prestazioni⁴⁵ rientranti nel Servizio Universale. Si tratta di un elenco modificabile, perché la sua

organismi che erano tenuti all'installazione e alla gestione della rete universale (vale a dire una rete avente un'estensione geografica generale fornita, su richiesta ed entro un limite di tempo ragionevole, a ogni prestatore di servizi o utente). Il termine ultimo per l'eliminazione dei diritti esclusivi/speciali era l'1 gennaio 2008. Nel frattempo il Parlamento europeo e il Consiglio hanno individuato strumenti meno restrittivi della concessione di diritti speciali e/o esclusivi per garantire l'adempimento di detti compiti di interesse economico generale, come ad esempio l'istituzione del Servizio Universale.

⁴⁴ Per quanto riguarda la contribuzione degli operatori della telefonia mobile al costo del servizio universale si veda, per quanto riguarda il panorama italiano, la recente sentenza del Consiglio di Stato, sezione VI del 26 gennaio 2010 n. 281. Anche in questo caso è stato ribadito che il presupposto per la partecipazione degli operatori di telefonia mobile al costo del SU è la sostituibilità dei servizi di telefonia fissa e mobile all'interno del mercato rilevante.

⁴⁵ Si tratta, in particolare, della fornitura dell'accesso a una postazione fissa (art. 4), dell'elenco abbonati e dei servizi di consultazione (art. 5), dei telefoni pubblici. La Direttiva prevede poi che gli Stati membri adottino le misure necessarie a tutelare i consumatori a

dinamicità è posta a garanzia dell'evolversi della domanda; ne consegue che un bene, attualmente non essenziale, potrà divenirlo in futuro e, viceversa, prestazioni in principio indispensabili potranno non esserlo più in avvenire⁴⁶.

La dinamicità del criterio non è, però, affidata all'assoluta discrezionalità della Commissione, considerato che dagli esiti di questa operazione di rilettura in riduzione o in aggiunta dipende l'integrazione socio-economica dei cittadini europei. La revisione periodica dell'elenco è infatti guidata da criteri normativi⁴⁷, benché di lata interpretazione, quali: l'evoluzione delle condizioni sociali, commerciali e tecnologiche; la diffusività della domanda di prestazione; l'esclusione sociale dei non ammessi alla prestazione (fattore negativo che funziona a contrario)⁴⁸; nonché il vantaggio generale netto per tutti i consumatori (proporzionalità costi/benefici).

Il criterio ha natura cumulativa, nel senso che la Commissione procede alla verifica delle condizioni e valuta nell'insieme i diversi fattori per cui

basso reddito, intervenendo ad esempio sulle tariffe al dettaglio dei servizi (art. 9), e gli utenti disabili, stabilendo particolari modalità di erogazione dei servizi (art. 7).

⁴⁶ L'articolo 15 della Direttiva 2002/22/CE, sul riesame del contenuto del Servizio Universale, prevede che «1. La Commissione procede periodicamente al riesame del contenuto del Servizio universale, in particolare al fine di proporre al Parlamento europeo e al Consiglio la modifica o la ridefinizione del contenuto medesimo. Il riesame è effettuato per la prima volta dopo due anni dalla data di applicazione di cui all'articolo 38, paragrafo 1, secondo comma, e successivamente ogni tre anni.

2. Il riesame è effettuato alla luce degli sviluppi sociali, economici e tecnologici, tenendo conto, tra l'altro, della mobilità e della velocità dei dati alla luce delle tecnologie prevalenti adottate dalla maggioranza degli abbonati. Il processo di riesame avviene conformemente alla procedura stabilita nell'allegato V.

3. La Commissione presenta al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione sui risultati del riesame».

⁴⁷ L'allegato V della Direttiva 2002/22/CE prevede che «nel valutare l'opportunità di procedere ad un riesame della portata degli obblighi di Servizio universale, la Commissione tiene conto dei seguenti fattori: sviluppi sociali ed evoluzione del mercato per quanto riguarda i servizi utilizzati dai consumatori, sviluppi sociali ed evoluzione del mercato per quanto riguarda la disponibilità e la scelta dei servizi offerti ai consumatori, progressi tecnologici nella fornitura dei servizi ai consumatori».

⁴⁸ Così il considerando 25 della Direttiva 2002/22/CE il quale prevede anche che: «Occorre garantire che l'eventuale modifica della portata degli obblighi di Servizio Universale non favorisca artificialmente talune scelte tecnologiche a scapito di altre, non comporti un onere finanziario sproporzionato per le imprese del settore (mettendo in tal modo a repentaglio l'evoluzione del mercato e l'innovazione) e non trasferisca ingiustamente l'onere del finanziamento sui consumatori a più basso reddito».

recepisce gli impulsi provenienti dall'innovazione sociale e tecnologica qualora ritenga che i nuovi servizi, affermati e accolti positivamente su larga scala, debbano essere assicurati a tutti⁴⁹.

Inoltre, il catalogo è incrementabile dai singoli Stati membri, liberi di decidere di garantire ai propri utenti servizi ulteriori rispetto a quelli compresi negli obblighi di servizio universale⁵⁰. In questo caso, però, il sistema di indennizzo non può prevedere la partecipazione delle imprese, altrimenti svantaggiate dal punto di vista concorrenziale. Nel considerando 25, infatti, si legge che gli Stati membri, se impongono misure speciali, dovranno provvedere a finanziarle in conformità con il diritto comunitario e senza ricorrere all'apporto economico degli altri operatori del mercato⁵¹. Queste diverse prestazioni, quindi, dovrebbero essere finanziate attraverso fondi pubblici e, per tale motivo, occorre verificare caso per caso se gli interventi

⁴⁹ Cfr. F. GRAZIADEI, *Il Servizio Universale di telecomunicazione: suggerimenti dell'esperienza americana in merito ad alcuni aspetti qualificanti*, in www.archivioceradi.luiss.it/documenti/archivioceradi/osservatori/intellettuale/Graziadei_universale.pdf, che conclude osservando come il sistema comunitario, rispetto a quello statunitense, si limita a prendere in considerazione solo quei nuovi servizi che si sono affermati positivamente su larga scala e che, per tale motivo, devono essere assicurati a tutti.

Nel sistema statunitense, invece, la FCC, l'autorità competente negli Stati Uniti a effettuare la revisione del catalogo delle prestazioni, prende in considerazione tutto quanto sia economicamente e tecnicamente disponibile, a prescindere dalla diffusione. Per realizzare la revisione del contenuto del SU, la FCC utilizza i parametri definiti dal *Telecommunication Act* del 1996, per cui può entrare nel paniere del SU: 1) ciò che è essenziale per l'educazione, la salute pubblica o la sicurezza pubblica; 2) quello che stato scelto dalla maggioranza degli abbonati residenziali in base al libero operare delle forze di mercato; 3) ciò che si sta sviluppando da parte degli operatori di telecomunicazioni; 4) quello che è compatibile con l'interesse pubblico, la convenienza e la necessità. La valutazione circa le prestazioni da inserire, quindi, non viene fatta solo considerando se la diffusività di un servizio è tale che il mancato accesso provochi l'esclusione sociale, ma anche valutando l'effetto benefico che la fruizione di un servizio può avere sull'intera collettività a prescindere dal fatto che sia già diffuso. La FCC prende in considerazione gli sviluppi tecnologici e può assumere un ruolo propositivo nel caso in cui ritenga che nuovi servizi, non ancora diffusi, possano risultare vantaggiosi per l'intera collettività. Nel caso in cui un servizio sia ritenuto essenziale per l'educazione, la salute e la sicurezza pubblica, la FCC non tiene conto solo dei vantaggi che il servizio di per sé potrebbe apportare ma anche delle ulteriori utilità che si possono fornire attraverso quel servizio.

⁵⁰ L'art. 32 della Direttiva 2002/22/CE prevede appunto la facoltà per gli Stati di inserire servizi obbligatori supplementari.

⁵¹ Sul punto cfr. CORTE DI GIUSTIZIA, *Causa C-389/99 Commissione v. Regno di Belgio* in *GU C* 95, del 24 marzo 2001.

statali sono compatibili con la disciplina comunitaria in materia di aiuti di stato⁵².

4.1. Riesame delle prestazioni inserite nel Servizio Universale. La Direttiva, come già anticipato, prevede che le prestazioni inserite nel Servizio Universale siano sottoposte a periodici aggiornamenti. La Commissione ha esaminato la possibilità di modificare il paniere dei servizi inclusi nel Servizio Universale con due Comunicazioni.

La Commissione è intervenuta una prima volta, il 24 maggio 2005⁵³, confermando l'elenco delle prestazioni inserite nel paniere del Servizio Universale e, iniziando, al tempo stesso, una riflessione sulla banda larga e sull'eventuale inclusione di tale prestazione nel paniere del Servizio Universale, soprattutto in considerazione dell'importante ruolo che la fruizione di tale servizio potrebbe assumere nella società dell'informazione. Si legge nella Comunicazione, infatti, che «la banda larga non è ancora divenuta necessaria per la normale partecipazione alla vita sociale in misura tale che la mancanza di accesso provochi l'esclusione sociale. Al momento, pertanto, le condizioni per inserire i servizi in banda larga nella portata del Servizio Universale (in base alla definizione contenuta nella Direttiva) non sono pertanto rispettate»⁵⁴.

Ciò non toglie che a livello comunitario esiste una generale preoccupazione sulla creazione di un «divario digitale» tra coloro che hanno accesso ai servizi di e-comunicazioni avanzati e coloro che non dispongono

⁵² Una prima valutazione deve tener conto del fatto che l'intervento dello Stato può essere inteso come una misura rivolta a garantire un servizio di interesse economico generale. In tal caso potremmo considerare il finanziamento statale una compensazione per il servizio reso e non un aiuto di Stato. I parametri da utilizzare in questa valutazione sono stati chiariti dalla giurisprudenza con la nota sentenza Altmark. Per un approfondimento del tema in oggetto si rinvia ai par. nn. 7 e 7.1.

⁵³ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, COM(2005) 203 definitivo, sul riesame della portata del Servizio Universale in conformità dell'articolo 15 della direttiva 2002/22/CE sul sito web della Commissione http://ec.europa.eu/index_it.htm.

⁵⁴ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, COM(2005) 203 definitivo, p. 10.

di tale accesso e, per tale motivo, gli Stati, nell'ambito dell'attuazione del piano d'azione *eEurope*, hanno istituito strategie nazionali globali per la banda larga⁵⁵.

Come già anticipato, per i servizi che non rientrano nel catalogo delle prestazioni incluse nel S.U., si pone un problema per il finanziamento che non potrà gravare sui fornitori i quali, presumibilmente, agendo secondo criteri di redditività, non avranno alcun interesse a portare la banda larga nelle zone non remunerative. Gli Stati membri, quindi, se intendono agire per evitare che si crei o che si accentui il divario digitale, pur nell'ambito di una strategia globale, dovranno provvedere essi stessi al finanziamento dei servizi in banda larga, anche utilizzando forme di sussidio pubblico⁵⁶.

La Commissione con una seconda Comunicazione del 25 settembre 2008⁵⁷ ha realizzato il secondo riesame del paniere delle prestazioni inserite nel Servizio Universale, confermando anche questa volta l'elenco della Direttiva.

Per quanto riguarda la banda larga, è stato rilevato come «sebbene la banda larga non abbia ancora raggiunto livelli di copertura e di adozione tali da giustificare che sia presa in considerazione nella portata del Servizio Universale, si avvicina alquanto rapidamente a tale traguardo, mentre il numero di collegamenti in banda stretta cala gradualmente»⁵⁸. Si afferma quindi, secondo un'ottica prospettica, l'esistenza di un rapporto

⁵⁵ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA COM(2004) 369, *Connessioni ad alta velocità in Europa: le strategie nazionali in materia di banda larga*, che fa riferimento alle diverse strategie nazionali, le quali «assegnano al mercato un ruolo centrale quale fattore di sviluppo della banda larga» ma riconosce «che le politiche pubbliche debbano svolgere un ruolo complementare per garantire un funzionamento efficace del mercato, agendo sia sul fronte dell'offerta che della domanda».

⁵⁶ Per quanto riguarda il problema del finanziamento della banda larga e le problematiche connesse con il divieto del Trattato agli aiuti di Stato si rinvia ai par. 6 e 6.1.

⁵⁷ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, COM(2008) 572 definitivo, *sul secondo riesame periodico del contenuto del Servizio Universale nelle reti e nei servizi di comunicazione elettronica conformemente all'articolo 15 della Direttiva 2002/22/CE* sul sito web della Commissione http://ec.europa.eu/index_it.htm.

⁵⁸ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, COM(2008) 572 definitivo, p. 8.

inversamente proporzionale tra collegamenti in banda stretta e collegamenti in banda larga⁵⁹.

La Commissione si sofferma anche in questa seconda occasione sull'importanza che può avere la diffusione della banda larga e, pur riconoscendo gli elevati tassi di crescita, ammette che «sussistono zone geografiche dove è poco probabile che il mercato fornisca il servizio entro tempi ragionevoli»⁶⁰. L'accesso alle comunicazioni in banda larga, tuttavia, viene sottolineato nel documento, non solo è necessario per la competitività e la crescita economica, ma sta diventando un fine prioritario di benessere dei consumatori e d'inclusione digitale.

L'impostazione adottata dalla Commissione nella Comunicazione del 2008 è stata fortemente criticata dal Comitato economico e sociale europeo⁶¹ (CESE) che, di recente, si è espresso proprio sulla necessità di includere la banda larga nel Servizio Universale. Nel Parere si legge che «In alcuni casi l'esclusione digitale dipende da fattori comportamentali o culturali, che possono attenuarsi con il passare del tempo, mentre in altri è da ricondurre a disuguaglianze strutturali nell'organizzazione dell'economia e della società», per cui in quest'ultimo caso il criterio previsto dalla Direttiva, che subordina la fornitura di un servizio alla diffusività della domanda, non funziona. Questo, si legge ancora, porta all'acuirsi delle disuguaglianze

⁵⁹ I dati relativi alla diffusione della banda larga utilizzati dalla Commissione europea per verificare la diffusività della domanda sono tratti da *IDATE*, dicembre 2007, e mostrano un range che va dal 7,6% in Bulgaria al 35,6% in Danimarca. La valutazione, che nella Comunicazione del 2005 riguardava l'Europa dei 15, in quella del 2008 si riferisce all'Europa dei 27, e, per questo motivo, tiene conto del divario digitale esistente tra i diversi paesi.

Inoltre si consulti il sito http://www.oecd.org/document/54/0,3343,en_2649_34225_38690102_1_1_1_1,00.html dove sono reperibili gli studi fatti dall'OECD sulla diffusività della domanda di banda larga e sui servizi che più utilizzati dai relativi fruitori.

Dai dati OECD pubblicati nel giugno 2008 si rileva che, per quanto riguarda la diffusività della banda larga, l'Italia è solo ventunesima nella classifica tra i Paesi occidentali. Tuttavia, è settima se si prendono in considerazione i nuovi contratti di accesso alla rete. Ciò dimostra che l'evoluzione tecnologica in atto sta portando a una diffusione sempre più capillare della banda larga, non senza differenze tra zone centrali e zone rurali del territorio.

⁶⁰ COMMISSIONE EUROPEA, *COM(2008) 572 definitivo*, p. 10.

⁶¹ Cfr. COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO, *Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema «L'accesso a banda larga per tutti: riflessioni sull'evoluzione del perimetro del servizio universale nel settore delle comunicazioni elettroniche»*, (2009/C 175/02) del 28 luglio 2009.

«legate alla disparità di accesso all'occupazione, alla formazione e alle opportunità di apprendimento permanente, ai beni di consumo e ai servizi, ai servizi pubblici, all'inclusione sociale, all'espressione della cittadinanza e alla partecipazione democratica».

Nel Parare del CESE ritroviamo anche una riflessione relativa agli e-servizi, «che costituiscono un elemento fondamentale per la crescita e la qualità della vita in Europa negli anni futuri», per i quali è necessaria la banda larga. Nel documento troviamo anche un riferimento a quella che è la velocità di trasmissione necessaria minima affinché si possa avere un «accesso efficace a Internet». Si propone, infatti «d'imporre ai fornitori del servizio universale l'obbligo di offrire, entro termini ragionevoli da stabilire nell'ambito di un programma pluriennale, un accesso DSL con una velocità di trasmissione minima compresa tra i 2Mbit/s e i 10Mbit/s, oppure un accesso mobile o senza fili (WIMAX, satellite, ecc.) a velocità di trasmissione analoghe, fermo restando che si tratta di valori che devono progredire di pari passo con l'evoluzione delle tecnologie e delle esigenze dei consumatori».

Già nell'ambito della rinnovata strategia di Lisbona⁶², La Commissione aveva invitato gli Stati membri ad elaborare strategie nazionali in materia di banda larga e a stabilire obiettivi nazionali per l'uso di Internet ad alta velocità, sostenendo che l'accesso diffuso alle nuove tecnologie è necessario per promuovere la crescita e l'occupazione in Europa. L'intervento degli Stati, suggerisce sempre il decisore europeo, deve essere rivolto alla promozione della banda larga che, nel tempo, potrebbe diventare uno strumento essenziale per la partecipazione sociale. Se ciò dovesse avvenire, a giudizio della Commissione, si porrebbe il problema della fornitura della banda larga in termini di Servizio Universale, dovendo essere realizzata a quel punto una politica della «banda larga per tutti».

⁶² Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, COM(2007) 803 definitivo, *Relazione strategica sulla strategia di Lisbona rinnovata per la crescita e l'occupazione: il nuovo ciclo (2008-2010). Stare al passo con i cambiamenti.*

5. Critiche al criterio utilizzato per l'inclusione delle prestazioni nel Servizio Universale.

I criteri prima ricordati di revisione dell'elenco assumono come premessa la domanda di una determinata prestazione. Tale metodo poteva essere utilmente utilizzato per le prestazioni già incluse nel paniere del Servizio Universale, non anche per la banda larga. Con particolare riferimento a quest'ultima la domanda, identificabile nella pretesa di connessione veloce a Internet, non andrebbe assunta come bene assoluto, in quanto di per sé non soddisfacente di alcun bisogno, quanto piuttosto come bene-mezzo, indispensabile per usufruire dei servizi della natura più varia che possono essere veicolati tramite la rete. Sicché il criterio previsto dalla Direttiva potrebbe portare a una valutazione errata dei benefici che si potrebbero avere con una diffusione capillare sul territorio della banda larga se, come è avvenuto, si prendesse in considerazione l'utilità derivante dal godimento del bene di per sé – ossia la connessione veloce a Internet – senza considerare gli ulteriori servizi a cui i cittadini potrebbero in tal modo accedere.

Si tratta in molti casi di prestazioni funzionali al pieno sviluppo della persona e direttamente implementativi di diritti fondamentali tutelati negli artt. 2, 3, 4, 32, 33, 97 Cost.

Le comunicazioni elettroniche, quindi, fungerebbero da «autostrada» virtuale per il transito veloce di prestazioni sociali, offerte dalle imprese in un contesto economico competitivo che stimola pertanto il contenimento dei prezzi e il miglioramento qualitativo⁶³.

Modificato il bene finale cui tende la domanda di connessione veloce, cambia la valutazione in ordine alla sua indispensabilità, da giudicare,

⁶³ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione del 13 marzo 1996 COM (96) 73 final.

pertanto, in base al parametro dell'effettivo esercizio di taluni diritti fondamentali, quali quello alla salute (la tele-medicina), all'istruzione (la tele-educazione) o al lavoro (il tele-lavoro), prestazioni essenziali da garantire in quanto funzionali al pieno sviluppo della persona, intesa come singolo e come parte di una comunità politico-sociale.

Ciò porrà la questione relativa al tipo di disciplina applicabile ai servizi pubblici veicolati dalla banda larga, la quale non necessariamente sarà quella riservata alle prestazioni universali⁶⁴.

La valutazione inerente all'inclusione dell'accesso alla connessione veloce a Internet nel Servizio Universale dovrebbe, inoltre, tener conto del valore aggiunto che esso apporta all'esercizio delle libertà individuali di comunicazione e di informazione, presenti altresì nelle forme inedite di diritti intermedi tra il 15 e il 21 – si pensi al diritto di partecipare ai *network* sociali o a quello di interagire con la tv *on demand* interattiva – al punto tale che l'impossibilità di un loro esercizio per inaccessibilità del mezzo potrebbe costituire una nuova causa di esclusione sociale dei soggetti.

Infine, la valutazione relativa all'inclusione di nuove prestazioni nel catalogo del Servizio Universale in ragione della diffusività della domanda, dovrebbe tener conto della circostanza che quando i servizi non sono conosciuti alla maggioranza degli utenti, non sono richiesti. Quindi, se la prestazione non è nell'elenco, dipende dalla sua indisponibilità *in rerum natura*, e il protrarsi di una situazione di preclusione della banda larga a molti, comporterà l'assenza di domanda, considerato che gli utenti, non conoscendo vantaggi o utilità dei beni indisponibili, non ne potranno fare richiesta⁶⁵.

⁶⁴ Per un approfondimento di questo tema si rinvia alla seconda parte della presente ricerca.

⁶⁵ Sul punto cfr. G. DE MINICO, *Regulation, banda larga e servizio universale*. cit.

Il valore aggiunto della banda larga, ha giustamente rilevato la Commissione⁶⁶, dipende dalle applicazioni che si possono utilizzare, dai contenuti a cui si può accedere e dal modo in cui viene effettivamente utilizzata. Per tale motivo, la diffusione della banda larga sarà frenata dalla mancata disponibilità di applicazioni, servizi e contenuti innovativi. D'altro lato, non sarà possibile promuovere realmente i nuovi servizi, applicazioni e contenuti fino a quando non esisterà un'infrastruttura di base sufficiente. Esiste pertanto una complementarità tra sviluppo delle infrastrutture e sviluppo dei contenuti⁶⁷.

Rispetto a un bene con potenzialità diffusive in avvenire sarebbe opportuno chiedersi se un ruolo di promozione della domanda possa essere riservato allo Stato; e, in caso di risposta affermativa, quali potrebbero essere le modalità più appropriate di un suo intervento.

Le strategie nazionali, secondo la Commissione⁶⁸, dovrebbero portare a delle iniziative sia sul fronte dell'offerta (installazione delle infrastrutture) che sul fronte della domanda (maggiore utilizzo dei servizi interattivi da parte della PA). Per quanto riguarda il primo punto, si dovrebbe intervenire per intensificare l'introduzione dei servizi nelle zone rurali, prevedendo un sostegno da parte del settore pubblico laddove le forze del mercato non producano i necessari investimenti. Per quanto riguarda il fronte della domanda, le pubbliche amministrazioni, a giudizio della Commissione, possono contribuire in modo sostanziale allo sviluppo della banda larga attraverso incentivi finanziari, o promuovendo un migliore utilizzo della banda larga mediante applicazioni di *e-government*, *e-health* e *e-learning*,

⁶⁶ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, COM(2004) 369 definitivo, *Connessioni ad alta velocità in Europa: le strategie nazionali in materia di banda larga*, in sito web Commissione.

⁶⁷ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, COM(2002) 263 definitivo, *e-Europe 2005: una società dell'informazione per tutti*, dove si legge «il finanziamento di servizi multimediali avanzati dipende dalla disponibilità di un'infrastruttura a banda larga che consenta di operare tali servizi, mentre il finanziamento dell'infrastruttura a banda larga è tributario, a sua volta, dell'offerta di servizi in grado di sfruttarla. È necessario quindi un intervento che stimoli lo sviluppo dei servizi e dell'infrastruttura, al fine di creare una dinamica in cui la crescita di un fattore induca la crescita dell'altro».

⁶⁸ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, COM(2004) 369 definitivo, cit.

o con lo sviluppo di servizi pubblici innovativi, o ancora con l'educazione dei bambini all'utilizzo delle nuove tecnologie.

L'apporto statale potrebbe essere finalizzato, ad esempio, al supporto della capacità informatica dell'utente⁶⁹. L'educazione di ampie fasce di popolazione all'uso consapevole delle nuove tecnologie, potrebbe migliorare le condizioni di vita del cittadino-utente, titolare del diritto di usufruire di servizi a prestazioni aggiunte, oltre a ridurre i *gap* da *digital divide* fra le varie regioni. Dunque, gli investimenti pubblici rivolti alla alfabetizzazione informatica nel lungo periodo si traducono nella possibilità di incrementare qualità e quantità di servizi che potrebbero poi essere inclusi nel Servizio Universale. Ciò che un tempo era sconosciuto entra nella quotidianità vissuta dal cittadino, rendendo l'innovazione socialmente necessaria.

6. Le novità introdotte con la revisione della Direttiva «Servizio Universale».

La revisione della Direttiva 2002/22/CE, avvenuta con la recente Direttiva 2009/136/CE⁷⁰, introdotta con l'atto COM(2007) 698 del 13.11.2007 dalla Commissione⁷¹ (d'ora innanzi Proposta) sembrava non dovesse presentare

⁶⁹ C. MILNE – C.FEIJOO, *Re-thinking European universal service policy for the digital era. Editors' conclusion*, in *Info*, vol.10, n.5/6, 2008, a p. 167. «Forms of intervention to supplement market forces are also varied...ranging from demand stimulation through support for acquiring ICT skills».

⁷⁰ Cfr. Direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 recante modifica della direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche e del regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori in *Gazzetta ufficiale* n. L 337 del 18/12/2009 pag. 0011 – 0036.

⁷¹ COMMISSIONE EUROPEA, COM/2007/0698 def., *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica della direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica*,

grossi novità per quanto riguarda la banda larga. In realtà, con gli emendamenti presentati dal Parlamento in seconda lettura⁷² e l'intervento successivo della Commissione⁷³ sembra si possano cogliere dei segnali positivi.

La proposta del 2007 chiariva sin da subito che l'obiettivo della revisione della Direttiva 22 era quello di rafforzare la tutela dei diritti dei consumatori, e in particolare di alcune categorie di utenti, mentre non sarebbe stata toccata la nozione di «Servizio Universale», invece rimessa ad una Comunicazione della Commissione per il 2008, quella che poi nei fatti ha effettuato la valutazione per la seconda revisione del paniere delle prestazioni incluse nel SU. Nella Proposta si legge che «per la creazione di uno spazio unico europeo dell'informazione, che è uno dei pilastri portanti dell'iniziativa i2010, una delle sfide più importanti da affrontare è la riforma del quadro normativo, con particolare attenzione alla sicurezza e alla tutela della vita privata e dei dati a carattere personale. Inoltre, la garanzia di un livello adeguato di fornitura del servizio universale è essenziale per realizzare

della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche e del regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla cooperazione per la tutela dei consumatori del 13.11.2007, in sito web Commissione.

⁷² PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 6 maggio 2009 sulla posizione comune adottata dal Consiglio il 16 febbraio 2009 in vista dell'adozione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica della direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche e del regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori del 6.05.2009, in sito web Parlamento.*

⁷³ COMMISSIONE EUROPEA, *COM/2009/0421 def., Parere della Commissione in applicazione dell'articolo 251, paragrafo 2, terzo comma, lettera c), del trattato CE, sugli emendamenti del Parlamento Europeo alla posizione comune del Consiglio relativa alla proposta di una direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio recante modifica della direttiva 2002/22/CE, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, della direttiva 2002/58/CE, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, e del regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori recante modifica della proposta della Commissione in applicazione dell'articolo 250, paragrafo 2 del trattato CE del 29 luglio 2009 in sito web Commissione.*

una società dell'informazione aperta a tutti». Tuttavia, questo non è sufficiente per l'inclusione della banda larga tra le prestazioni del SU.

La creazione di una società dell'informazione per tutti comporta che nessuno debba essere escluso, nemmeno le categorie deboli. Così il terzo considerando della Proposta evidenzia la necessità di un rafforzamento delle disposizioni a tutela dei disabili. Per ottenere ciò è necessario garantire anche a questa categoria di utenti la possibilità di scegliere tra i fornitori dei servizi, alla stregua di quanto avviene per la maggioranza degli utenti. Compito delle A.N.R. è quello di individuare le misure necessarie per far sì che i disabili possano utilizzare i servizi alle stesse condizioni offerte agli altri utenti.

Sul punto è interessante notare che l'A.G.Com. è andata oltre, stabilendo un principio che ci è utile anche per riflettere sul criterio individuato dalla Commissione per l'esclusione della banda larga dal SU. Con una prima delibera del 2007, la 517/07/CONS, l'A.G.Com. aveva previsto l'onere in capo ai fornitori di comunicazione di garantire ai ciechi la «disponibilità di un efficace accesso ad Internet da postazione fissa, con riferimento alla necessità da parte loro di tempi di collegamento superiori rispetto agli altri utenti»⁷⁴.

Con la delibera 202/08/CONS, l'Autorità dispone che, vista la finalità della norma e cioè promuovere l'eguaglianza dei disabili, il collegamento ad internet deve essere a banda larga. Solo in questo modo, afferma l'Autorità, si può raggiungere la finalità perseguita in quanto «la tecnica di connessione meno evoluta ancora disponibile sul mercato (*dial-up*) offre prestazioni in termini di velocità di trasmissione che possono ritenersi superate in relazione alla quantità di informazioni e dati normalmente reperibili sul web». L'Autorità, quindi, propone una lettura finalistica del diritto

⁷⁴ E nel regolamento allegato veniva precisato che «gli operatori di servizi di accesso ad Internet da postazione fissa riconoscono agli utenti ciechi totali e agli utenti nel cui nucleo familiare sia presente un soggetto cieco totale la fruizione di almeno 90 (novanta) ore mensili gratuite di navigazione Internet».

riconosciuto ai disabili: la connessione lenta non permette l'accesso ai contenuti e ai servizi presenti su internet. Questa impostazione si presenta innovativa, sebbene il ragionamento sia per un'ipotesi specifica, perché tiene conto delle capacità della connessione a banda larga e non del fatto che questa sia adeguatamente diffusa tra gli utenti. Si potrebbe dire che l'AG.C.Com., in questa delibera, abbia assunto un punto di vista oggettivo, incentrato sulla valutazione dei benefici e della potenzialità della connessione a banda larga.

La Direttiva 2009/136/CE e la Comunicazione della Commissione 2008 continuano, invece, a utilizzare un punto di vista soggettivo, che tiene troppo in considerazione i soggetti interessati, e poco il contenuto delle prestazioni. Le garanzie per i soggetti deboli sono sicuramente norme di civiltà, ma è necessario riempire di contenuto le prescrizioni, per non far aumentare la diversità. Seguendo il criterio fissato dalla Direttiva 22, rimasto immutato con le recenti modifiche, la banda larga verrà garantita a tutti solo quando sarà una prestazione a disposizione della maggioranza degli utenti. Fino a quel momento il *minimum* garantito è una connessione *dial up*, con tutti i limiti che essa ha. A ciò consegue che chi nella società è indietro, perché disabile, non può recuperare e non può avere a disposizione una velocità maggiore fino a quando non l'avranno tutti gli altri⁷⁵. Le prestazioni aggiuntive della Direttiva avrebbero dovuto mirare in alto, permettere alle categorie deboli di «accelerare» piuttosto che imporre loro di «aspettare»⁷⁶.

⁷⁵ Cfr. M. LIBERTINI, *Che cosa resta del servizio universale nelle comunicazioni elettroniche*, in www.federalismi.com del 22 luglio 2009, p. 11 dove afferma che la scelta operata dal decisore europeo di includere nel servizio universale la banda larga solo quando sarà a disposizione della maggioranza della popolazione, è una soluzione discutibile dal punto di vista politico.

⁷⁶ Si veda sul punto G. DE MINICO, *Regulation, Banda Larga e Servizio Universale. Immobilismo o innovazione?*, in *Pol. Dir.*, 4, 2009, 531 ss. secondo la quale una lettura evolutiva del principio di eguaglianza sostanziale imporrebbe che la banda larga venisse assicurata almeno ai soggetti appartenenti alle categorie sociali sottoprotette, disabili, anziani e altri, in ragione proprio della loro debolezza sociale, nel caso in cui la stessa non potesse essere garantita a tutti data la scarsità delle risorse. L'Autrice infatti, introduce il concetto nuovo di «universalità relativa», sostenendo il necessario passaggio dalla nozione

Un'altra novità della Proposta relativa al collegamento a internet, riguarda un'altra categoria debole, i consumatori a basso reddito o con esigenze sociali particolari. Nel testo del 2002, l'art. 9 prevedeva che questi soggetti non fossero esclusi dall'accesso e dall'uso dei servizi telefonici accessibili al pubblico, con la revisione del 2009 il riferimento è alla rete di comunicazione pubblica.

Come dicevamo il procedimento di revisione della Direttiva ha riservato delle sorprese. In seconda lettura il Parlamento ha infatti votato un emendamento con il quale è stato previsto l'inserimento di un considerando 3 (bis)⁷⁷, che seppure timidamente dà un segnale di un'inversione di tendenza. La novità, mantenuta poi nel testo definitivo della Direttiva 2009/136/CE⁷⁸, sta nel fatto che si fa riferimento alla velocità del

di una prestazione indifferenziata ed *erga omnes*, cioè «tutto a tutti», a «un plafond minimo di prestazioni destinato almeno a categorie effettivamente bisognose».

⁷⁷ Il considerando 3 (bis), divenuto poi il considerando 5 nella Direttiva 2009/136/CE senza modifiche sostanziali, al secondo paragrafo prevedeva che «Il collegamento dati alla rete pubblica di comunicazione in posizione fissa dovrebbe essere in grado di supportare la trasmissione dati ad una velocità tale da permettere l'accesso a servizi elettronici on line quali quelli forniti sulla rete Internet pubblica. La rapidità con la quale un determinato utente accede a Internet può dipendere da un certo numero di fattori, ad esempio dal o dai fornitori dell'allacciamento ad Internet o dall'applicazione per la quale è stabilita una connessione. La velocità di trasmissione dati che può essere supportata da una connessione alla rete pubblica di comunicazione dipende dalla capacità dell'apparecchiatura terminale dell'abbonato e dalla connessione stessa. Per tali motivi non è opportuno rendere obbligatoria su scala comunitaria una determinata velocità di trasmissione dati o di flusso di bit. Una certa flessibilità è necessaria per permettere agli Stati membri di prendere, se del caso, le misure necessarie affinché una connessione dati possa supportare velocità di trasmissione soddisfacenti e sufficienti ai fini di un accesso funzionale a Internet, così come definito dagli Stati membri, tenendo debitamente conto di circostanze specifiche nei mercati nazionali, come ad esempio la larghezza di banda utilizzata dalla maggioranza degli abbonati in un dato Stato membro e la fattibilità tecnologica, sempre che tali misure mirino a ridurre al minimo le distorsioni del mercato. Qualora tali misure comportino un onere indebito per un'impresa designata, tenuto conto dei costi e dei benefici economici nonché dei vantaggi immateriali derivanti dalla fornitura dei servizi in questione, questo può essere incluso nel calcolo del costo netto degli obblighi di servizio universale. Si può anche ricorrere alternativamente al finanziamento dell'infrastruttura di rete con fondi comunitari o con interventi nazionali conformi al diritto comunitario».

⁷⁸ Cfr. Direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 recante modifica della direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche e del regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla

collegamento in funzione dei servizi di cui si può usufruire in rete, per cui è necessaria garantire una velocità di trasmissione che sia «soddisfacente e sufficiente» ai fini dell'accesso a Internet. Il Parlamento europeo, tuttavia, non ha proposto una modifica del paniere delle prestazioni, riconoscendo solo la possibilità per gli Stati membri di aggiornare gli obblighi del servizio universale, includendovi la banda larga. Si tratta di un Considerando che non trova nessuna corrispondenza nell'articolato della Direttiva, più che altro un segnale politico⁷⁹.

7. La disciplina degli aiuti di Stato. La regola e le sue eccezioni.

La diffusione della banda larga e, ancor di più della banda ultra larga, dipende in primo luogo dalla realizzazione di un'infrastruttura adeguata. In un primo momento l'Unione europea aveva sostenuto la necessità che lo sviluppo delle reti fosse lasciato al normale gioco del mercato.

Il piano *e-Europe 2005*⁸⁰, infatti, stabiliva che l'intervento dello Stato dovesse essere volto alla promozione di servizi e contenuti in grado di sfruttare la banda larga o riguardare un quadro di regolamentazione per lo spettro radioelettrico al fine di garantire la disponibilità di frequenze per i servizi senza filo a banda larga. La Commissione riteneva che sia lo sviluppo di nuovi servizi, sia la costruzione dell'infrastruttura spettassero al settore privato per cui l'obiettivo della politica comunitaria era quello di creare un contesto favorevole agli investimenti privati. Per tale motivo si riteneva opportuno un intervento che stimolasse lo sviluppo dei servizi e

cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori in *Gazzetta Ufficiale n. L 337 del 18/12/2009 pag. 0011 – 0036*.

⁷⁹ Cfr. G. DE MINICO, *Regulation, banda larga e servizio universale*, cit. la quale sostiene che si tratta di «un'indicazione politica pro futuro, non già una prescrizione giuridica attuale. Rimane però un indubbio valore di segnale, timido indizio di una certa apertura dell'Unione verso l'acquisizione della banda larga a *commitment* politico dei singoli Stati».

⁸⁰ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *COM(2002) 263 definitivo, eEurope 2005: una società dell'informazione per tutti. Il piano di azione* in sito web Commissione.

dell'infrastruttura, al fine di creare una dinamica in cui la crescita di un fattore inducesse la crescita dell'altro.

Era quindi necessario predisporre un quadro giuridico favorevole agli investimenti e misure che stimolassero la domanda e riducessero l'incertezza degli investitori privati. D'altra parte, invece, si riteneva che fosse invece necessario l'intervento pubblico in quelle zone in cui la scarsa remuneratività degli investimenti aveva causato un notevole arretramento nella diffusione della banda larga che avrebbe potuto aggravare in futuro il divario digitale tra le zone urbane e quelle rurali⁸¹.

In questo contesto, dal punto di vista della domanda, le azioni in materia di *e-government*, *ehealth*, *e-learning* e *e-business* erano destinate a stimolare lo sviluppo di nuovi servizi. Questo sia per fornire ai cittadini servizi migliori e meno cari, sia per stimolare la domanda di banda larga e dare così un impulso decisivo alla creazione di nuove reti. Dal punto di vista dell'offerta, le azioni incentrate sulla banda larga e sulla sicurezza avrebbero dovuto facilitare l'installazione dell'infrastruttura.

La posizione della Commissione è mutata nel tempo. Con la Relazione sulla strategia di Lisbona rinnovata⁸² viene prospettato un diverso ruolo dello Stato che non è più solo quello di stimolare la concorrenza nei mercati delle telecomunicazioni, ma anche quello di elaborare iniziative a livello nazionale per far incrementare la percentuale della popolazione europea che utilizza Internet ad alta velocità.

Nel Piano d'azione nel settore degli aiuti di stato del 2005⁸³, la Commissione ha affermato che gli aiuti di Stato possono essere considerati, in alcuni casi, lo strumento necessario per realizzare obiettivi di comune

⁸¹ Nella Comunicazione si legge che l'intervento dello Stato può anche riguardare il sostegno all'accesso a banda larga nelle regioni meno favorite, ma questo tipo d'intervento rientrerebbe comunque in una delle eccezioni previste dal Trattato, ex art. 87, par. 3, lett. a).

⁸² Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, COM(2007) 803 definitivo, cit.

⁸³ COMMISSIONE EUROPEA, COM(2005) 107 definitivo, Piano d'azione nel settore degli aiuti di stato - Aiuti di Stato meno numerosi e più mirati: itinerario di riforma degli aiuti di Stato 2005-2009 del 7/6/2005 in sito web Commissione.

interesse. Attraverso l'intervento della mano pubblica, si possono correggere i fallimenti del mercato migliorandone il funzionamento e potenziandone la competitività. D'altra parte, non sempre il funzionamento dei mercati, seppur efficiente, è ritenuto soddisfacente da un punto di vista sociale, potendo invece essere necessario l'intervento dell'autorità pubblica per conseguire risultati più equi.

Con la recente Comunicazione «Orientamenti comunitari relativi all'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato in relazione allo sviluppo rapido di reti a banda larga»⁸⁴, la Commissione ha evidenziato che per quanto riguarda il settore della banda larga, «un intervento pubblico ben mirato può contribuire a ridurre il «divario digitale» tra le aree e le regioni di un paese che hanno accesso a servizi a banda larga abordabili e competitivi e le aree in cui questa offerta è assente». Nella Comunicazione, comunque, la Commissione ha chiarito che lo Stato può intervenire in diverse ipotesi, per il finanziamento delle reti di vecchia e nuova generazione, oltre che nel caso delle aree assistite, come nel caso dei SEIG, come investitore privato o per lo sviluppo delle NGA.

Cominciamo coll'analizzare il quadro giuridico comunitario in materia di aiuti di Stato⁸⁵. La posizione dell'Europa in materia di aiuti di Stato, al di là delle previsioni del Trattato, è variata nel tempo, subendo nel corso degli anni diverse fasi in cui sono prevalse in modi diverse le ragioni della politica o del mercato⁸⁶. Dopo una fase iniziale, negli anni settanta, in cui sia la Commissione che la Corte di giustizia hanno preso in scarsa considerazione i

⁸⁴ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione. Orientamenti comunitari relativi all'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato in relazione allo sviluppo rapido di reti a banda larga*, 30.09.2009 in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, C235/7. Il documento era stato pubblicato sotto forma di *draft* il 19 maggio 2009 e sottoposto a consultazione pubblica, conclusasi il 22 giugno 2009. Sul sito della Commissione sono reperibili il testo del *draft* e le osservazioni presentate dagli Stati.

⁸⁵ Per una trattazione sistematica della disciplina degli aiuti di Stato si rinvia a G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2008, p. 793 ss.

⁸⁶ Cfr. sul punto G.L. TOSATO, *La disciplina comunitaria degli aiuti tra economia di mercato e interessi generali*, in www.astrid-online.it.

casi di aiuto, si è avuto negli anni ottanta un'inversione di tendenza⁸⁷ con un notevole aumento delle misure notificate e delle procedure d'infrazioni aperte dalla Commissione. Col Trattato di Amsterdam, però, è venuta fuori l'anima sociale europea per cui la coesione economica e sociale⁸⁸, l'uguaglianza, la solidarietà, l'occupazione, i servizi pubblici⁸⁹ diventano elementi fondamentali del sistema comunitario. Questo porta a una diversa lettura del ruolo degli aiuti di Stato che, come si legge in una recente Relazione del Parlamento europeo⁹⁰, diventano parte integrante della politica della concorrenza e, ai sensi dell'art. 87, «possono contribuire a raggiungere [anche] altri obiettivi comunitari, in particolare quelli di cui all'art. 2 del Trattato».

L'art. 87, par. 1, del Trattato CE pone un espresso divieto agli aiuti di Stato⁹¹. Affinché si qualifichi come aiuto di Stato, una misura deve rispondere cumulativamente ai seguenti requisiti: 1) la misura è concessa mediante risorse stanziare dal governo centrale, dagli enti regionali e locali, da enti pubblici o privati istituiti o designati dallo Stato; 2) la misura conferisce alle imprese (deve trattarsi di un'entità che svolge attività

⁸⁷ Cfr. G.L. TOSATO, *cit.* p. 5.

⁸⁸ In particolare si veda l'art. 2 del Trattato il quale fissa tra gli obiettivi dell'Unione europea quello «di promuovere un progresso economico e sociale e un elevato livello di occupazione e pervenire a uno sviluppo equilibrato e sostenibile, in particolare mediante la creazione di uno spazio senza frontiere interne, il rafforzamento della coesione economica e sociale».

⁸⁹ A tal riguardo è di fondamentale importanza l'introduzione dell'art. 16 del Trattato il quale prevede che: «Fatti salvi gli articoli 73, 86 e 87, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, la Comunità e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione del presente trattato, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere i loro compiti».

⁹⁰ Cfr. PARLAMENTO EUROPEO, *Relazione sulla riforma degli aiuti di Stato 2005-2009* del 27/01/2006 in sito web Commissione.

⁹¹ L'art. 87 del Trattato CE prevede che «Salvo deroghe contemplate dal presente trattato, sono incompatibili con il mercato comune, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza». Sul punto si segnalano i lavori di C. PINOTTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Padova, 2000 e A. SANTAMARIA (a cura di), *Concorrenza e aiuti di Stato*, Torino, 2006.

economica indipendentemente dal suo *status* giuridico e dalla modalità di finanziamento della sua attività) un vantaggio economico; 3) il vantaggio è selettivo e minaccia o rischia di minacciare la concorrenza; 4) la misura incide negativamente sugli scambi intracomunitari. I requisiti previsti dall'art. 87 devono esseri tutti sussistenti perché si possa applicare il divieto previsto dal Trattato.

La Corte di Giustizia, nella sua giurisprudenza⁹², ha chiarito che le modalità di intervento vietate non sono solo le prestazione positive, ma anche qualsiasi altra forma di intervento statale che allevi gli oneri gravanti sul bilancio dell'impresa⁹³, quindi anche un'omissione, purché ne derivi un vantaggio economico. Il Trattato, quindi, non distingue gli interventi statali in base alla causa o allo scopo che li hanno determinati, ma solo tenendo conto dell'effetto che tale intervento può avere sul mercato, provocandone una distorsione.

Il divieto, tuttavia, non è assoluto né incondizionato. È infatti lo stesso art. 87, al par. 2, a individuare le tre ipotesi in cui l'aiuto di Stato, non determinando una distorsione del mercato, è *ipso iure* compatibile con la disciplina comunitaria⁹⁴.

Le altre ipotesi previste dall'art. 87, par. 3⁹⁵, presentano una connotazione diversa in quanto si tratta di aiuti che possono essere considerati in linea di

⁹² Si veda CORTE DI GIUSTIZIA, *Regno del Belgio c. Commissione*, causa C-142/87, 21 marzo 1990; CORTE DI GIUSTIZIA, *Regno di Spagna c. Commissione*, cause riunite C-279/92 e C-280/92, 14 settembre 1994; CORTE DI GIUSTIZIA, *Altmark Trans GmbH, Regierungspräsidium Magdeburg c. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, causa C-280/00, 24 luglio 2003.

⁹³ CORTE DI GIUSTIZIA, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c. Alta Autorità CECA*, causa C-30/59, 23 marzo 1961; CORTE DI GIUSTIZIA *Banco Estero de Espana SA c. Ayuntamiento de Valencia*, causa C-387/92, 15 marzo 1994.

⁹⁴ L'art. 87, par. 2, prevede tre distinte ipotesi in cui gli aiuti di Stato sono ammessi: a) gli aiuti a carattere sociale connessi ai singoli consumatori, a condizione che siano accordati senza discriminazioni determinate dall'origine dei prodotti; b) gli aiuti destinati a ovviare danni creati da calamità naturali o eventi eccezionali; c) gli aiuti concessi all'economia di determinate regioni della Germania federale che risentano della divisione, nella misura in cui sono necessari a compensare gli svantaggi economici derivanti dalla divisione.

⁹⁵ L'art. 87, par. 3, prevede che: «Possono considerarsi compatibili con il mercato comune: a) gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione; b) gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse

massima compatibili con le disposizioni comunitarie ma che devono passare al vaglio della Commissione, la quale ne verifica la compatibilità col diritto comunitario⁹⁶. Per tale ragione è necessario che gli Stati notifichino alla Commissione la predisposizione di misure che possono rientrare nella categoria degli aiuti di Stato ex art. 87, par. 3. A queste se ne aggiunge un'ultima residuale categoria di aiuti identificati direttamente dal Consiglio o dalla Commissione⁹⁷.

Di notevole interesse per le problematiche connesse alla realizzazione di reti e infrastrutture a banda larga è l'eccezione prevista per gli aiuti volti ad agevolare lo sviluppo delle regioni. La Commissione, con una Comunicazione del 2006⁹⁸, ha chiarito che questa tipologia di aiuti ha l'obiettivo di colmare gli svantaggi delle regioni sfavorite per promuovere la coesione economica, sociale e territoriale degli Stati membri e dell'Unione europea nel suo complesso. Questa caratteristica li differenzia dalle altre forme di aiuti orizzontali, quali gli aiuti alla ricerca, allo sviluppo e all'innovazione, all'occupazione, alla formazione o alla tutela ambientale,

europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro; c) gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse; d) gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio, quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nella Comunità in misura contraria all'interesse comune».

⁹⁶ L'art 88, par. 3, Trattato CE dispone che: «Alla Commissione sono comunicati, in tempo utile perché presenti le sue osservazioni, i progetti diretti a istituire o modificare aiuti. Se ritiene che un progetto non sia compatibile con il mercato comune a norma dell'articolo 87, la Commissione inizia senza indugio la procedura prevista dal paragrafo precedente. Lo Stato membro interessato non può dare esecuzione alle misure progettate prima che tale procedura abbia condotto a una decisione finale». Si tratta di una notifica preventiva. Ai sensi dell'art. 1 del Regolamento 659/1999 sono considerati nuovi aiuti tutti quelli che non siano già esistenti. Si tratta, quindi, di una definizione residuale nella quale sono compresi: a) un nuovo regime di aiuti; b) un nuovo aiuto individuale che non deriva da un regime di aiuti precedentemente notificato; c) la modifica di un aiuto esistente. L'obbligo di notifica preventiva è prevista per tutte le ipotesi contemplate nell'art. 87».

⁹⁷ L'art. 87, par 3, lett. e) include tra le misure che possono essere compatibili con il diritto comunitario «le altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio, che delibera a maggioranza qualificata su proposta della Commissione».

⁹⁸ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Orientamenti in materia di aiuti di stato a finalità regionale*, 4/3/2006, in sito web della Commissione.

che perseguono altri obiettivi di interesse comune ai sensi dell'articolo 87, par. 3.

Le deroghe previste dal Trattato a favore delle regioni sono di due tipi: alla lett. a) del par. 3 dell'art. 87 è previsto che possono essere considerati compatibili con il mercato comune «gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione»; mentre alla lett. c) si fa riferimento «agli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse».

Le due deroghe hanno una portata diversa: nella prima ipotesi le misure potranno essere destinate a quelle regioni in cui la situazione economica è particolarmente svantaggiata rispetto alla Comunità nel suo complesso; nel secondo caso, invece, la possibilità di erogare aiuti economici prescinde da valutazioni di tipo socio-economico. In questo secondo caso, però, sussiste comunque un limite territoriale, nel senso che tali aiuti potranno essere accordati solo in casi limitati e per porzioni di territorio circoscritte.

La Corte, nella sua giurisprudenza⁹⁹, ha poi specificato che l'aiuto è compatibile con il dettato dell'art. 87, par. 3, solo qualora sia comunque finalizzato al raggiungimento di un interesse comune e sempre che l'intervento sia necessario e proporzionato.

⁹⁹ Cfr., tra l'altro, sentenza della Corte di giustizia del 14 ottobre 1987, nella causa 248/84, *Germania/Commissione*, punto 19 in www.curia.europa.eu. Sul punto cfr. L. HANCHER – T. OTTERVANGER – P. SLOT, *Ec state aids*, Londra, 2006, p. 117 che riporta le diverse posizioni della Corte e della Commissione sul problema del contenimento dell'interesse della regione con quello generale al corretto funzionamento del mercato. La Commissione nel Report sulla politica in materia di concorrenza del 1984 aveva affermato che l'applicazione della deroga necessitasse una valutazione preliminare dei benefici che ne sarebbero derivati per la regione e gli effetti avversi per il funzionamento del mercato per trovare il giusto equilibrio, «to balance». La Corte, invece, nella causa 47/69, *France/Commission* aveva affermato che gli effetti distorsivi del mercato andavano valutati indipendentemente dal beneficio derivante alla regione dall'aiuto concesso. Solo con la sentenza del 1984 si arriva a una soluzione: la Corte introduce il concetto di «*common interest*» come parametro da utilizzare per valutare la compatibilità dell'aiuto con le disposizioni del trattato.

In materia di banda larga, la Commissione ha diverse volte evidenziato il fatto che per ridurre il divario digitale tra le zone rurali e quella urbane è necessario l'intervento pubblico¹⁰⁰. Nella Comunicazione del 30 settembre 2009 si legge che nel caso in cui la misura statale sia volta a finanziare un progetto di un'area assistita, troveranno applicazione i criteri stabiliti nella succitata Comunicazione del 2006 in materia di aiuti regionali. Tuttavia la Commissione precisa che lo Stato deve comunque dimostrare che nello specifico il progetto «contribuisce ad una strategia coerente di sviluppo regionale e che, per quanto riguarda la sua natura e le sue dimensioni, esso non è tale da determinare distorsioni della concorrenza inammissibili».

Possiamo vedere, a tal riguardo, come in alcune decisioni la Commissione abbia ritenuto compatibile un aiuto di Stato con la disciplina comunitaria proprio perché rientrante nella fattispecie definita dall'art. 87, par. 3, lett. c). È questo il caso del finanziamento stanziato in Gran Bretagna per la copertura con una rete a banda larga del Galles¹⁰¹.

¹⁰⁰ Sul punto, tra l'altro, cfr. anche COMMISSIONE EUROPEA, COM(2004) 369 del 12.05.2004, *Connessioni ad alta velocità in Europa: le strategie nazionali in materia di banda larga* in sito web della Commissione.

¹⁰¹ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *State aid N 57/2005 – United Kingdom. Regional Innovative Broadband Support in Wales* in http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2005/n057-05.pdf.

7.1. I servizi di interesse economico generale e i «non» aiuti di Stato. Il finanziamento della banda larga da parte degli Stati potrebbe essere altresì compatibile con la disciplina comunitaria nel caso in cui tali misure dovessero essere considerate interventi per la garanzia di servizi di interesse generale¹⁰² (d'ora in avanti indicati con l'acronimo SEIG).

Non esiste una definizione di servizio di interesse generale nel Trattato ma all'art. 16 vi è un riferimento espresso quando s'afferma che «la Comunità e gli Stati membri secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione delle disposizioni del presente trattato, provvedono affinché tali servizi [i servizi di interesse economico generale] funzionino in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere ai loro compiti».

Un altro richiamo ai SEIG viene fatto nella Carte di Nizza che, all'art. 36, stabilisce che «Al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente al trattato che istituisce la Comunità europea».

Questi riconoscimenti rendono evidente come la politica della Comunità europea abbia col tempo riconosciuto la necessità di conciliare le esigenze del libero mercato con quelle dell'accesso ai servizi, fino a ricollegare il diritto di accedere ai servizi d'interesse generale alla cittadinanza europea e ai diritti fondamentali¹⁰³.

¹⁰² Cfr. M. SADOWSIB – M. DE ROOIJ – J. SMITS, *State aid, open access and market size: two cases of FTTH network implementation in dutch municipalities*, Eindhoven University of technology, 2006, in cui si legge che esistono tre soluzioni giuridiche per giustificare gli investimenti pubblici all'interno di un mercato concorrenziale: a) lo stato investe alla stregua di un investitore privato (market investor principle); b) il governo locale investe nella infrastruttura passiva e ne apre l'accesso a tutti gli investitori privati interessati in termini non discriminatori; c) il governo locale intende fornire un servizio come parte di un servizio economico di interesse generale. Si legge nel *paper* che questa soluzione, in realtà, è stata quella meno utilizzata dagli Stati.

¹⁰³ Cfr. D. GALLO, *Finanziamento dei servizi di interesse economico generale e aiuti di Stato nel diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, 05, 893 ss.

In alcuni atti della Commissione europea possiamo ritrovare diverse definizioni dei SEIG, che tuttavia non si sovrappongono perfettamente¹⁰⁴. Nella Comunicazione sui servizi di interesse generale del 2000¹⁰⁵ i SIEG sono definiti come «quei servizi che le autorità pubbliche ritengono debbano essere garantiti anche quando il mercato non sia sufficientemente incentivato a provvedervi da solo».

Nel Libro Verde sui servizi di interesse generale del 2003¹⁰⁶, si afferma che nell'ambito dei SIEG rientrano sia i «servizi di mercato che quelli non di mercato che le autorità pubbliche considerano di interesse generale e assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico».

Nella prima definizione, l'utilizzo di quell'«anche» fa intendere che il malfunzionamento del mercato non sia un requisito necessario per l'intervento pubblico, ma piuttosto una delle ipotesi in cui lo Stato può intervenire.

Nella seconda definizione, invece, il fallimento di mercato è una condizione necessaria per l'intervento dello Stato. Trattandosi di un obbligo imposto dall'autorità pubblica ai privati, infatti, è evidente che il servizio reso è un'attività antieconomica altrimenti non intrapresa. In questo secondo caso sembra quindi che l'intervento statale presupponga il fallimento del mercato, essendo invece inopportuno che lo Stato intervenga nel caso in cui il mercato funzioni correttamente.

Questa seconda impostazione, frutto anche dell'evoluzione giurisprudenziale della Corte, è stata poi mantenuta dalla Commissione anche successivamente¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Sul punto si veda M. LOTTINI, *I servizi di interesse economico generale: una nozione controversa* in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, 05, 1351 ss.

¹⁰⁵ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, COM(2000) 580 def., *I servizi di interesse generale in Europa* del 20 settembre 2000.

¹⁰⁶ COMMISSIONE EUROPEA, COM(2003) 270 def., *Libro Verde della Commissione, I servizi d'interesse generale* del 21 maggio 2003.

¹⁰⁷ Si veda COMMISSIONE EUROPEA, COM(2004) 374, def., *Libro bianco sui servizi di interesse generale*, del 15 maggio 2004.

Le autorità nazionali sono comunque libere di definire quali sono i servizi che rivestono interesse economico generale. Nella valutazione degli interessi, lo Stato può ritenere rilevanti quelli che possono essere ricondotti a diritti fondamentali riconosciuti a livello comunitario o nazionale, come ad esempio il diritto a comunicare¹⁰⁸. L'intervento pubblico tende al raggiungimento di risultati che siano socialmente desiderabili per cui il favor allo sviluppo di un mercato concorrenziale viene contemperato con l'esigenza di garantire un'equa distribuzione delle risorse¹⁰⁹.

Una volta individuato l'interesse pubblico da tutelare e accertato che il servizio non possa essere garantito dal mercato, lo Stato potrà derogare le regole fissate per la concorrenza del mercato¹¹⁰ e imporre, se occorre, obblighi di servizio pubblico¹¹¹. Alla Commissione spetta il controllo sui possibili errori, ma, godendo gli Stati di discrezionalità nella selezione degli interessi, tale accertamento può riguardare solo l'errore manifesto¹¹².

L'ammissibilità degli interventi destinati a finanziare SEIG è prevista dall'art. 86, par. 2 del Trattato¹¹³, anch'esso in deroga al divieto generale posto dall'art. 87, par. 1.

¹⁰⁸ Cfr. M. LOTTINI, *I servizi di interesse economico generale: una nozione controversa*, cit.

¹⁰⁹ Sul punto cfr. L. CERASO, *Il finanziamento dei servizi di interesse economico generale in un sistema di mercato concorrenziale*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. comunit.*, 2008, p. 101.

¹¹⁰ Ad ogni modo l'intervento dello Stato non può essere tale da falsare la concorrenza nel mercato interno. Trattandosi però di finanziamenti che vengono stanziati per correggere fallimenti di mercato, la misura statale ha carattere compensativo e non incide negativamente sulla concorrenza. Sul punto cfr. L. CERASO, *Il finanziamento dei servizi di interesse economico generale in un sistema di mercato concorrenziale*, cit, p. 104 e ss.

¹¹¹ L'imposizione degli obblighi di servizio pubblico è l'alternativa all'intervento diretto dello Stato per la predisposizione di quei servizi ritenuti essenziali e che, pertanto, non possono essere abbandonati al gioco del mercato. cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Considerazioni sui «nuovi servizi pubblici»*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. comunit.*, 2002, 945.

¹¹² Cfr. Causa T-17/02 *Olsen/Commissione europea*, del 15 giugno 2005, *ECR II-2031*. Al punto 8 della sentenza si legge, infatti, «Member States freedom to define [services of general economic interest] means that Member States are primarily responsible for defining what they regard as [such] services ... on the basis of the specific features of the activities. This definition can only be subject to control for manifest error».

¹¹³ L'art. 86, par. 2, del Trattato CE stabilisce che: «Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto,

La deroga prevista dall'art. 86, par. 2, può trovare applicazione solo nel caso in cui sussistano tre condizioni: la neutralità della misura rispetto al regime di proprietà delle imprese; la libertà degli Stati di definire i SEIG, la proporzionalità tra il beneficio conseguito con la misura e la distorsione del mercato¹¹⁴.

Nel caso in cui il finanziamento viene stanziato come contropartita alla prestazione di un servizio di interesse generale, si applica il criterio della compensazione. La misura statale non potrà quindi essere considerata aiuto di Stato. Il finanziamento statale, però, in questo caso, per essere compatibile con il Trattato, deve essere destinato a ricoprire solo i costi relativi alla fornitura dei servizi oppure rappresentare la giusta remunerazione per i servizi prestati.

La Corte di Giustizia, a tal proposito, ha adottato nel corso del tempo delle posizioni spesso contrastanti che possono essere ricondotti a due¹¹⁵:

a) criterio «aiuti di Stato»¹¹⁶: le risorse concesse dai poteri pubblici alle imprese che svolgono servizi di interesse economico generale sono aiuti di Stato; ad esse è applicabile, se ne ricorrono i presupposti, la deroga prevista dall'articolo 86, par. 2, ma trattandosi di aiuti di Stato permane l'obbligo di notifica preventiva alla Commissione¹¹⁷;

della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità».

¹¹⁴ Cfr. M. MARTINELLI, *Compensazioni finanziarie e obblighi di servizio pubblico e aiuti di Stato*, in *Riv. it. dir. pubb. com.* 2007, p. 113 ss.

¹¹⁵ Per un approfondimento sugli orientamenti della giurisprudenza della Corte di rinvia a G. CAPUTI, *Servizi pubblici ed aiuti di Stato nella giurisprudenza comunitaria. Ad ogni onere corrisponde una contropartita considerevole?*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2004, pp. 823 ss. e M.S. RYDELSKI, *The Ec State aid regime: distorsive effects of state aid on competition and trade*, London, 2006, p. 55 ss. Sul punto si veda anche COMMISSIONE EUROPEA, COM(2002) 280 definitivo, *Relazione della commissione sullo stato dei lavori relativi alle linee direttrici in materia di aiuti di Stato legati ai servizi d'interesse economico generale* del 5/6/2002 che riporta le diverse posizioni della giurisprudenza in materia.

¹¹⁶ Sentenze FFSA/Commissione, Causa T-106/95, SIC/Commissione, Causa T-46/97 e CELF/Commissione Causa C-332/98.

¹¹⁷ C'è chi ritiene che da queste stesse sentenze si possa ricavare un altro criterio, «aiuti di Stato/servizi pubblici». La differenza sta nel fatto che le risorse predisposte per i SEIG sono considerate aiuti di Stato ma, se è applicabile la deroga di cui all'articolo 86 par. 2, sussiste *de jure* la compatibilità con il TCE e quindi non sussiste l'obbligo di preventiva notifica. Cfr. G. CAPUTI, *Servizi pubblici ed aiuti di Stato nella giurisprudenza comunitaria. Ad ogni onere*

b) criterio «compensazione»: le risorse concesse dai poteri pubblici alle imprese che svolgono servizi di interesse economico generale non sono aiuti di Stato (e quindi non c'è obbligo di notifica) sempre che la misura statale non ecceda quanto necessario per adempiere agli obblighi di servizio pubblico¹¹⁸.

Ciò che rileva infatti per la qualificazione di una misura come aiuto di Stato è che l'intervento pubblico apporti un vantaggio economico all'impresa destinataria, cosa che non avviene nel caso dell'impresa obbligata a fornire il servizio la quale, appunto, riceve il finanziamento solo a copertura dei costi sostenuti.

L'applicazione di un criterio piuttosto che di un altro comporta notevoli ripercussioni. Nel caso in cui l'intervento statale venga configurato come aiuto di Stato, infatti, l'autorità pubblica dovrà procedere alla notificazione e sottoporsi al controllo della Commissione.

Con la sentenza *Altmark Trans*¹¹⁹ i giudici del Lussemburgo hanno accolto definitivamente il cd. criterio «compensazione», individuando però gli

corrisponde una contropartita considerevole?, cit. il quale, tra l'altro, ritiene che la scelta della Corte di optare con la sentenza *Altmark* per il criterio della compensazione sia errato soprattutto per quanto riguarda la validità della *check list* predisposta dalla Corte stessa. Il punto debole, a dire dell'Autore, sta nel fatto, che seguendo il procedimento delineato dalla Corte non si può controllare efficacemente la liceità della misura statale che viene infatti sganciata da qualunque tipo di controllo della Commissione.

¹¹⁸ Il rischio connesso a questo tipo di impostazione è quello di sottrarre alla Commissione il controllo dei finanziamenti statati. Per tale motivo l'avv. Gen. Jacobs, nella causa GEMO SA, ha proposto un correttivo del criterio di compensazione, noto come criterio «*quid pro quo*» suggerendo alla Corte di stabilire una distinzione tra due categorie di casi, fondata sulla natura del rapporto tra il finanziamento concesso e gli obblighi di servizio pubblico imposti e sul grado di chiarezza e precisione con cui tali obblighi sono definiti.

Applicando questo criterio, nel caso in cui non è chiaramente stabilito se la misura pubblica di finanziamento sia accordata come contropartita per lo svolgimento di obblighi espressamente definiti, la misura in parola sarà qualificata come aiuto di Stato, con conseguente soggezione all'obbligo di notifica. Ad ogni modo tale misura potrebbe poi essere giustificata in forza delle deroghe previste dal Trattato CE.

¹¹⁹ CORTE DI GIUSTIZIA, *Altmark Trans GmbH, Regierungspräsidium Magdeburg contro Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, causa C-280/00, 24 luglio 2003, cit. La Corte ha confermato questo orientamento con le sentenze 20 novembre 2003, *Gemo/Commissione*, causa C-126/01, e 27 novembre 2003, *Enirisorse/Commissione*, cause riunite C-34/01 fino a C-38/01.

Sulla sentenza *Altmark* si veda, tra l'altro, R. MAGLIANO, *Servizi di interesse economico generale, aiuti di Stato e compensazione di oneri di servizio pubblico: giurisprudenza*

elementi indispensabili affinché il finanziamento risulti sottratto al divieto previsto dall'art. 87, par. 1. Così la Corte fa un passo ulteriore: accetta il *compensation approach* ma fissa i requisiti necessari a fare in modo che venga garantito il corretto funzionamento del mercato¹²⁰ e che la misura predisposta non abbia altro fine se non quello di compensare gli oneri subiti dall'impresa. Nella sentenza si legge che le «sovvenzioni pubbliche [...] non ricadono nella sfera di tale disposizione (87, par. 1) qualora debbano essere considerate una compensazione atta a rappresentare la contropartita delle prestazioni effettuate dalle imprese beneficiarie per adempiere obblighi di servizi pubblici».

La Corte di Giustizia ha precisato che, ai fini dell'applicazione del criterio di compensazione, occorre che ricorrano le seguenti condizioni:

a) in primo luogo, l'impresa beneficiaria deve essere stata effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e detti obblighi devono essere definiti in modo chiaro;

b) in secondo luogo, i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione devono essere stati previamente definiti in modo obiettivo e trasparente;

c) in terzo luogo, la compensazione non deve eccedere quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei

Altmark e iniziative normative della Commissione CE, in *Dir. Comm. Internaz.*, 2004, 3, 790 ss.; D. GALLO, *Finanziamento dei servizi di interesse economico generale e aiuti di Stato nel diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, 05, 893 ss.; M. LOTINI, *I servizi di interesse economico generale: una nozione controversa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, 05, 1351 ss.; G. CAPUTI, *Servizi pubblici ed aiuti di Stato nella giurisprudenza comunitaria. Ad ogni onere corrisponde una contropartita considerevole?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, pp. 823 ss.; M. MARTINELLI, *Compensazioni finanziarie e obblighi di servizio pubblico e aiuti di Stato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, p. 113 ss.; F. CINTIOLI, *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 3, 2006, 454 ss. L. CERASO, *Il finanziamento dei servizi di interesse economico generale in un sistema di mercato concorrenziale*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. comunit.*, 2008, p. 101; C. IANNELLO, *Poteri pubblici e servizi privatizzati: l'«idea» di servizio pubblico nella nuova disciplina interna e comunitaria*, Torino, 2005, p. 89 ss.

¹²⁰ Per un'analisi approfondita delle problematiche connesse al bilanciamento tra l'interesse generale a un servizio e la concorrenza si veda F. CINTIOLI, *Servizi pubblici e concorrenza*. cit.

relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento;

d) in quarto luogo, quando la scelta dell'impresa da incaricare dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico non viene effettuata nell'ambito di una procedura di appalto pubblico, il livello della necessaria compensazione deve essere determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi di trasporto al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste, avrebbe dovuto sopportare per adempiere tali obblighi, tenendo conto degli introiti a essi affinenti nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento.

La definizione del quadro giuridico avviene con il cd. Pacchetto Monti il quale comprende: la Decisione 2005/842/CE¹²¹; il *Framework* 297/04¹²²; la Direttiva 2005/81/CE¹²³. La Commissione conferma l'orientamento espresso dalla Corte nella sentenza *Altmark* confermando l'automatismo del finanziamento nel caso dei SEIG. Tale automatismo viene meno nel caso in cui non sono presenti i requisiti della sentenza *Altmark*, per cui la misura costituisce un aiuto che sarà erogata previa notifica ex art. 88, par. 3 TCE¹²⁴.

Questa posizione è stata confermata anche nella Comunicazione del 30 settembre 2009¹²⁵ in materia di aiuti di Stato e banda larga. È stato chiarito

¹²¹ Decisione 2005/842/CE riguardante l'applicazione dell'art. 86, paragrafo 2, del Trattato Ce agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale. Al considerando 5 viene chiarito che qualora siano presenti le condizioni previste dalla sentenza *Altmark* le compensazioni degli obblighi di servizio pubblico non costituiscono aiuti di Stato e le disposizioni degli articoli 87 e 88 del trattato non sono applicabili.

¹²² *Framework* 297/04 sulla Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi servizio pubblico.

¹²³ Direttiva 2005/81/CE relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche nonché fra determinate imprese.

¹²⁴ Per un'attenta analisi delle specificità del «pacchetto Monti» si rinvia a L. CERASO, *Il finanziamento dei servizi di interesse economico generale in un sistema di mercato concorrenziale*, cit.

¹²⁵ Cfr, *Comunicazione della Commissione. Orientamenti comunitari relativi all'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato in relazione allo sviluppo rapido di reti a banda larga*, 30.09.2009, cit.

infatti che nel caso in cui ai sussidi pubblici corrisponda una compensazione degli obblighi da parte del beneficiario, non trova applicazione la disciplina in materia di aiuti di Stato. Nella Comunicazione viene spiegato preliminarmente che, nel caso in cui lo Stato decida che lo sviluppo delle reti e la fornitura dei servizi debba essere considerato un servizio d'interesse economico generali ai sensi dell'art. 86, par. 2 TCE, non si tratta di aiuti di Stato. Vengono richiamati per tale motivo i requisiti stabili con la sentenza Altmark che devono essere comunque presenti. Esistono, tra l'altro, già due casi in cui la Commissione ha ritenuto che, sussistendo i requisiti della sentenza Altmark, non trovasse applicazione il divieto dell'art. 87, par. 1¹²⁶.

La Commissione chiarisce anche quale sarebbe l'errore manifesto in cui potrebbe incorrere lo Stato nel valutare la sussistenza di un interesse generale, infatti afferma «nelle zone in cui gli investitori privati hanno già investito in un'infrastruttura di rete a banda larga (o stanno per estendere ulteriormente l'infrastruttura di rete) e forniscono già servizi competitivi a banda larga con una copertura adeguata, la Commissione ritiene che la realizzazione, grazie a fondi pubblici, di infrastrutture a banda larga concorrenziali non possa considerarsi un servizio pubblico ai sensi della giurisprudenza Altmark né un servizio di interesse economico generale ai sensi dell'articolo 86 del trattato CE»¹²⁷.

Tale valutazione riguarda, come vedremo, solo la eventuale duplicazione della rete in rame, non anche la realizzazione di una NGA. Tuttavia non è da escludere che lo Stato, che effettua comunque una valutazione politica, ritenga opportuno realizzare una rete o predisporre servizi anche in un mercato concorrenziale, purché venga individuato l'interesse da perseguire e siano soddisfatti i requisiti della sentenza Altmark. Si pensi, ad esempi, ad una rete predisposta per la sola fruizione dei servizi

¹²⁶ Si vedano le decisioni della Commissione: N – 381 / 04 - Francia, *Projet de réseau de télécommunication haut débit des Pyrénées-Atlantiques*; N – 382 / 04 - Francia, *Mise en place d'une infrastructure haut débit sur le territoire de la région Limousin (DORSAL)*. Per un approfondimento in merito si rinvia alla Sezione III della Parte I del presente lavoro.

¹²⁷ Cfr. la Comunicazione del 30 settembre 2009 al punto 24.

di *e-government*, di *e-learning*, di *e-health* o per il telelavoro. In questi casi la rete soddisferebbe un interesse generale e, comunque, non costituirebbe una minaccia per la concorrenza, avendo una finalità «sociale» che pone la scelta dello Stato al riparo dalle eventuali obiezioni della Commissione¹²⁸. Potrebbe essere criticabile la scelta dello Stato che duplicherebbe la rete esistente vincolandola ad un uso esclusivo, ma questa sarebbe una valutazione esclusivamente politica di opportunità che esulerebbe dal giudizio di compatibilità della misura col Trattato CE.

7.2. Gli orientamenti espressi dalla Commissione in materia di banda larga e aiuti di Stato. Al di fuori dell'ipotesi del SEIG, la Comunicazione prospetta un'altra ipotesi in cui l'intervento pubblico non configura un aiuto di Stato. Nel caso in cui l'intervento pubblico a sostegno dell'introduzione della banda larga assuma la forma di partecipazione societaria o apporto di capitale a beneficio dell'impresa che realizzerà il progetto, potrebbe non trovare applicazione il divieto previsto dall'art. 87, par. 1. L'articolo 295 del Trattato CE¹²⁹ infatti salva la possibilità per lo Stato di intervenire nel mercato come investitore privato. Secondo la giurisprudenza della Corte, i capitali messi a disposizione di un'impresa, direttamente o indirettamente, da parte dello Stato, in circostanze che corrispondono alle normali condizioni del mercato, non possono essere considerati aiuti di Stato. Nel caso in cui, però, l'investimento realizzato non offra sufficienti prospettive di

¹²⁸ La stessa Commissione nella Comunicazione sugli aiuti di stato e la banda larga afferma al punto 13 che «nei casi eccezionali in cui la rete così finanziata non è destinata ad usi commerciali (ad es. la rete fornisce accesso unicamente a siti web, servizi e informazioni non commerciali), la misura non è tale da conferire alle imprese un vantaggio economico e non si configura pertanto aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1, del trattato CE». Si veda la decisione della Commissione del 30.5.2007 sul caso NN – 24 / 07 – Repubblica ceca, Prague Municipal Wireless Network. In questo caso la misura è stata autorizzata perché la rete *wifi* finanziata dall'autorità pubblica aveva come obiettivo quello di fornire un collegamento veloce a internet per gli edifici pubblici e le strutture scolastiche così come l'accesso a internet per i cittadini ma con accesso limitato alle informazioni messe in rete dal comune o dagli altri enti pubblici.

¹²⁹ L'articolo 295 del Trattato stabilisce che «Il presente trattato lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri».

profitto, anche nel lungo termine, allora si deve ritenere che il finanziamento statale costituisca un aiuto di Stato¹³⁰.

Negli altri casi l'intervento pubblico si configura come aiuto di Stato. Nella Comunicazione, tuttavia, è evidente che la Commissione, consapevole della necessità di un intervento della mano pubblica, cerca delle soluzioni per contemperare i due interessi, quello al corretto funzionamento del mercato e quello alla diffusione della banda larga. L'evoluzione tecnologica e il moltiplicarsi dei servizi che richiedono un'ampia capacità trasmissiva hanno reso necessario l'intervento pubblico per favorire la diffusione della banda larga. Ciò ha portato la Commissione a rivedere la propria posizione che, fin ad ora, l'aveva portata a ritenere compatibili col Trattato solo gli interventi nelle zone bianche.

È opportuno riproporre la distinzione fatta dalla Commissione tra le aree interessate dagli interventi pubblici. Con riferimento all'attuale rete in rame, gli interventi pubblici si possono considerare sempre ammissibili nelle «aree bianche»¹³¹ mentre non lo sono mai nelle «aree nere»¹³². La Commissione distingue da queste due situazioni estreme l'ipotesi delle aree grigie, in cui

¹³⁰ Si veda per l'applicazione di tale principio al mercato della banda larga la decisione della Commissione dell'11 dicembre 2007 sul caso C 53/2006 Citynet Amsterdam: investimento della città di Amsterdam in una rete di comunicazione fibre-casa (FTTH), [2008] GU L 247 del 16.9.2008, pag. 27. Nella decisione è stato sottolineato che nel progetto d'investimento va chiarita la conformità dell'investimento pubblico all'economia di mercato e dimostrato il rischio assunto anche dai privati nell'investimento. Ciò significa che l'intervento pubblico non può essere in «perdita», né tanto meno può da fare da «paracadute» per gli investimenti privati.

¹³¹ Nelle aree bianche rurali o scarsamente servite gli aiuti di stato sono uno strumento in grado di promuovere la coesione regionale e correggere fallimenti del mercato.

¹³² La presenza di almeno due fornitori di servizi di rete a banda larga con una fornitura che avviene in condizioni di concorrenza (concorrenza basata sulle infrastrutture), fa sì che non vi sia fallimento del mercato. Per tale motivo l'intervento pubblico difficilmente potrebbe apportare ulteriori benefici, potendo solo invece falsare la concorrenza esistente tra gli operatori operanti. La Commissione, pertanto, in assenza di un fallimento del mercato chiaramente dimostrato, giudica negativamente le misure intese a finanziare l'introduzione di una nuova infrastruttura a banda larga in una «area nera».

Sul punto sono interessanti le osservazioni presentate sul *draft* dallo Stato italiano del 24 giugno 2009, reperibili al sito http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_broadband_guidelines/italy_it.pdf. Nel documento si legge proprio a proposito delle zone nere che queste dovrebbero essere individuate tenendo conto della popolazione raggiunta e non considerando l'area coperta.

esiste un operatore che opera in una situazione di monopolio. In questo caso ben può accadere che gli utenti non abbiano la possibilità di accedere a tutti i servizi o che siano praticati prezzi inaccessibili. Se è improbabile che altri privati intervengano per realizzare un'altra infrastruttura, allora l'intervento pubblico si potrebbe rivelare opportuno.

In questo caso la Commissione valuterà diverse circostanze e, più nello specifico: l'inadeguatezza delle condizioni generali di mercato, analizzando, sia il livello dei prezzi correnti della banda larga, sia il tipo di servizio offerto agli utenti; l'impossibilità per altre imprese di accedere alla rete e l'eventuale inefficacia del quadro giuridico che regola appunto l'accesso alle infrastrutture; l'esistenza di ostacoli generali tali da impedire l'eventuale ingresso di nuovi operatori del mercato delle comunicazioni elettroniche; i provvedimenti adottati dall'autorità nazionale di regolamentazione nei riguardi del monopolista che non sono stati in grado di ovviare ai suddetti problemi.

Questa valutazione tende a verificare se le problematiche connesse al regime di monopolio non possano essere risolte con misure meno discorsive, come può essere ad esempio una regolamentazione *ex ante*.

Se viene accertato che l'unico metodo efficace per porre rimedio a una fornitura carente è l'intervento pubblico, occorre verificarne la proporzionalità. A tal fine sono definite nella Comunicazione le condizioni che devono essere presenti affinché la misura statale incida al minimo sul mercato: lo Stato deve provvedere a effettuare una mappatura e un'analisi della copertura che individui chiaramente le aree geografiche interessate; il destinatario del finanziamento pubblico deve essere scelto attraverso una gara d'appalto a procedura aperta; la gara pubblica deve essere vinta dall'impresa che presente l'offerta più economica cosicché sarà il mercato a stabilire il livello realmente necessario di intervento pubblico; occorre agire seguendo il principio della neutralità tecnologica per cui, considerato che i servizi a banda larga possono essere forniti

tramite diverse infrastrutture di rete, gli Stati non possono favorire alcuna tecnologia o piattaforma di rete particolare; è preferibile utilizzare le infrastrutture già esistenti per evitare sprechi di risorse. Nelle «aree grigie» dove il problema è proprio quello della dipendenza dall'operatore storico, può rivelarsi necessario dare più spazio a una concorrenza basata sulle infrastrutture.

Di fondamentale importanza tra le condizioni poste dalla Commissione è quella porre l'obbligo di concedere a terzi l'accesso all'ingrosso all'infrastruttura a banda larga sovvenzionata¹³³. Questa condizione dovrebbe permettere ai terzi non beneficiari di concorrere con l'aggiudicatario nel caso in cui questi operi anche nel mercato al dettaglio, ed evitare che si creino servizi monopolistici a livello regionale. Il termine fissato per l'obbligo di accesso gratuito è di 7 anni dalla ricezione della sovvenzione.

A tal riguardo è opportuno che si introduca un sistema di parametrizzazione dei prezzi, in base al quale i prezzi per l'accesso all'ingrosso siano basati sui prezzi all'ingrosso medi pubblicati (regolamentati) in altre aree più competitive del paese o dell'Unione europea, oppure, in assenza di dati pubblicati, sui prezzi definiti o approvati dall'autorità nazionale di regolamentazione.

Da ultimo, prevede la Comunicazione, è necessario predisporre un sistema di controllo e di recupero per evitare sovra compensazioni. In tal modo se la domanda per la banda larga nell'area interessata dovesse superare i livelli preventivati, l'aggiudicatario non beneficerà di una sovracompensazione, ma sarà tenuto al rimborso del finanziamento non più

¹³³ In questo caso non si può parlare di norme asimmetriche perché non sono oneri imposti all'ex monopolista per riequilibrare il mercato ma oneri imposti a chi beneficia dell'aiuto di Stato. Tra l'altro sempre nelle osservazioni dell'Italia sul *draft* si leggeva che il termine di 7 anni previsto dalla Commissione avrebbe dovuto essere soppresso. Tale termine, infatti, secondo lo Stato italiano, «non solo scoraggia investimenti sia di carattere tecnologico sia di marketing, ma non è compatibile con la volontà di garantire una rete aperta a terzi in maniera trasparente e concorrenziale». Nel testo della Comunicazione, tuttavia, il termine è rimasto inalterato.

necessario.

7.2.1. Le Next Generation Access Networks e gli aiuti di Stato. In un altro recente documento della Commissione relativo all'accesso alle reti di nuova generazione (next generation access networks, di seguito N.G.A.)¹³⁴ viene evidenziata l'importanza dello sviluppo di servizi ad alta velocità a banda larga, necessario per la crescita economica e il conseguimento degli obiettivi dell'agenda di Lisbona.

La realizzazione di N.G.A. richiederà, si legge, notevoli investimenti nei prossimi anni e, per tale motivo, è necessario che ci sia un adeguato supporto alle aziende che dovranno sostenerli con notevoli rischi¹³⁵, facendo comunque in modo che ciò non mini la concorrenza nel mercato.

Le N.G.A. sono reti d'accesso caratterizzate dal fatto di essere costituite in tutto o in parte da elementi ottici, capaci di fornire servizi d'accesso in banda larga con una capacità di trasmissione maggiore rispetto a quella delle reti in rame esistenti¹³⁶.

¹³⁴ COMMISSIONE EUROPEA, *Draft, Commission recommendation on regulated access to Next Generation Access Networks (NGA)* del 12 giugno 2009 in sito web Commissione.

¹³⁵ Nei casi trattati dalla Commissione relativi a finanziamenti per la costruzione di reti NGA, gli Stati hanno motivato la necessità di intervenire sostenendo che, per queste reti, gli investimenti sono scarsi anche in alcune zone urbane, visti i costi elevati. Nella decisione N – 157 / 06 – Regno Unito, *South Yorkshire Digital region Broadband Project*, al punto 47 la Commissione afferma che «in the urban areas of South Yorkshire where ADSL2 does exist, it appears that it is also unlikely that the existing infrastructure owners will invest further to provide advanced broadband services to the detriment of the local SMEs which are thus deprived of the required broadband connectivity that is necessary in today's competitive marketplace».

Allo stesso modo nella decisione N – 284 / 05 - Irlanda, *Regional Broadband Programme: Metropolitan Area Networks («MANs»), phases II and III* la Commissione afferma che «due to economics of density, broadband networks are generally more profitable to roll-out where potential demand is higher and concentrated, i.e. in densely populated areas. Because of high fixed costs, unit costs escalate dramatically as population densities drop».

Per un approfondimento circa gli interventi realizzati nel Regno Unito si rinvia alla Sezione II, Parte I del presente lavoro.

¹³⁶ La definizione di rete NGA che dà la Commissione nel *draft* del 12 giugno è quella di «i) cablatura in fibre ottiche degli esistenti armadi di commutazione posti in strada tale da garantire larghezze future di banda non inferiori a 40 Mbps downstream e a 15 Mbps upstream (laddove le tecnologie di accesso ADSL e ADSL2+ offrono attualmente velocità downstream massime di 8 e 24 Mbps rispettivamente); ii) modernizzazione, tramite l'introduzione del nuovo standard DOCSIS 3.0 per modem cablati, delle attuali reti via cavo

Queste nuove reti renderanno possibile la fruizione di servizi e contenuti ad alto livello (anche televisivi) che richiedono una grossa ampiezza di banda.

La realizzazione delle infrastrutture di rete N.G.A. necessita l'adozione di una serie di misure che lo Stato potrebbe adottare per incentivare gli investimenti. Nel caso dei lavori civili, come ad es. scavi, posa dei cavi, cablatrice degli interni, non trova necessariamente applicazione l'art. 87, par. 1 Trattato CE. Se gli Stati decidono di intraprendere i lavori necessari per la realizzazione delle infrastrutture, le opere pubbliche realizzate possono non avvantaggiare solo un determinato settore ma favorire anche altri attività (ad es. l'erogazione di servizi quali l'acqua o il gas). In questo caso, quindi, l'intervento pubblico non è selettivo e, pertanto, non trova un ostacolo nel divieto espresso dell'art. 87, par. 1 Trattato CE.

Gli Stati membri possono poi procedere sia agevolando gli operatori di rete nell'acquisizione di diritti di passaggio, sia imponendo agli stessi di coordinarsi nei lavori civili o anche stabilendo la condivisione tra essi stessi delle infrastrutture.

Al di fuori di queste ipotesi l'intervento pubblico si configura come aiuto di Stato che, pertanto, dovrà essere notificato alla Commissione che ne valuterà la compatibilità con la normativa comunitaria. Le reti N.G.A. offrono prestazioni molto più avanzate delle reti in rame, ma, tuttavia, nel valutare la compatibilità delle misure pubbliche, la Commissione deve verificare anche le eventuali ripercussioni sulle reti a banda larga esistenti e il grado di succedaneità che attualmente pare esistere tra alcuni servizi offerti su reti N.G.A. che potrebbero essere erogati anche attraverso la rete esistente (ADSL2)¹³⁷.

Anche per le N.G.A., alla stregua di quanto fatto per le reti in rame, la

tale da consentire velocità fino a 50 Mbps e oltre, rispetto all'attuale velocità massima di 20 Mbps oppure iii) cablatrice in fibre ottiche delle abitazioni e degli uffici di nuova costruzione che consenta la fornitura di servizi di una velocità fino a 100 Mbps e oltre».

¹³⁷ Cfr. Comunicazione del 30 settembre punto 67.

Commissione procede alla divisione per aree: bianche, grigie e nere. Tuttavia la distinzione per le reti di nuova generazione non si sovrappone a quella fatta per le reti in rame. Infatti sono ritenute aree «bianche NGA» le aree momentaneamente sprovviste di reti di nuova generazione e nelle quali è improbabile che, in un futuro prossimo¹³⁸, ve ne saranno. Le zone bianche N.G.A. possono coincidere anche con le zone definite «grigie» o «nere» nella distinzione tradizionale. L'intervento pubblico in questo caso è autorizzato in quanto necessario per rimediare a un fallimento di mercato o per risolvere questioni di coesione sociale e di sviluppo regionale. Nel caso in cui si tratti di aree grigie o nere, l'intervento pubblico potrà avvenire solo a determinate condizioni. In particolare verrà verificato se i servizi a banda larga forniti tramite le reti esistenti possano essere ritenuti soddisfacenti dagli utenti e se l'intervento pubblico non possa essere evitato con un intervento meno distorsivo, come può essere la regolamentazione ex ante.

Sono ritenute «aree grigie NGA» quelle in cui è presente o verrà

¹³⁸ Nel *draft* il tempo previsto per la valutazione di eventuali futuri investimenti era di 5 anni. Diversi Stati, tra cui anche l'Italia, il Regno Unito e la Francia, nelle osservazioni presentate sul *draft* hanno evidenziato che il termine è troppo lungo. Infatti nella maggior parte dei casi, la programmazione della aziende riguarda il triennio successivo.

Cfr. le osservazioni dello Stato italiano, reperibili all'indirizzo web http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_broadband_guidelines/italy_it.pdf, punto 3.2. dove si legge «la Commissione considera «futuro prossimo» un periodo di tempo di 5 anni. Tale periodo, tuttavia, non corrisponde alla realtà, in quanto i business plan degli investitori superano raramente i tre anni. Considerata la particolare rapidità dei progressi nel campo dell'innovazione tecnologica, 5 anni sono un periodo eccessivamente lungo e, pertanto, esso dovrebbe essere compreso fra 2 e 3 anni».

Le osservazioni dello Stato francese sono reperibili all'indirizzo web http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_broadband_guidelines/france_fr.pdf, punto 2 dove si legge «il serait sans doute préférable de prévoir une révision avant 3 ans (point (75) du projet de lignes directrices) pour tenir compte de l'expérience des premiers projets traités dans ce cadre et de la dynamique d'investissement des opérateurs privés».

Le osservazioni del governo britannico sono invece reperibili all'indirizzo web http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_broadband_guidelines/united_kingdom_en.pdf, dove si legge «the proposed 5 years timescale is too long, that it will be difficult to obtain evidence of company plans for a five year period and ask that you consider a 2/3 year period».

Nella Comunicazione del 30 settembre 2009, la Commissione ha recepito le indicazioni degli Stati oltre che di numerosi operatori, riducendo il termine per la verifica degli investimenti da 5 a 3 anni. Cfr. Comunicazione punto 68.

sviluppata nei tre anni successivi¹³⁹ un'unica rete N.G.A. e dove nessun'altro operatore intende sviluppare una rete N.G.A. nei 5 anni successivi. In questo caso occorre una valutazione approfondita per evitare che l'autorizzazione all'intervento pubblico finisca per ostacolare gli investimenti privati. Per tale motivo si analizza il funzionamento del mercato, l'esistenza di ostacoli alla concorrenza, l'esistenza di barriere all'accesso per terzi operatori così come l'adeguatezza del quadro regolamentare¹⁴⁰.

È considerata «un'area nera NGA» quella in cui sono presenti o si stanno sviluppando più reti N.G.A. L'intervento pubblico per sovvenzionare una rete N.G.A. falserebbe il mercato e, pertanto, è incompatibile con le norme in materia di aiuti di Stato.

La Commissione tratta in conclusione il problema delle aree nere esistenti, quelle in cui operano più operatori in condizioni di concorrenza. In questo caso, l'intervento pubblico dovrebbe avere l'obiettivo di incentivare la trasformazione delle reti a banda larga esistenti in reti N.G.A. super veloci su cui trasferire la clientela. Tuttavia, nel caso in cui gli Stati membri dimostrino che gli operatori non intendono investire nei successivi 3 anni e che l'infrastruttura esistente si è rivelata insoddisfacente, essi possono intervenire a sostegno delle N.G.A.

Per evitare la distorsione della concorrenza, quindi, oltre a essere presenti le condizioni che sono state prescritte per gli interventi nelle zone tradizionalmente grigie, devono essere rispettati anche gli altri vincoli posti dalla Commissione. In particolare il beneficiario degli aiuti statali sarà tenuto, in contropartita, a garantire l'accesso all'ingrosso di terzi per almeno 7 anni. Rispetto all'onere che incombe sui destinatari dell'aiuto per le reti tradizionali, in questo caso tale obbligo dovrà comportare anche il diritto in capo ai terzi di utilizzare le condotte e/o gli armadi di commutazione posti in strada in modo che venga garantito l'accesso non

¹³⁹ Anche in questo caso il periodo per la verifica degli investimenti è stato ridotto da 5 a 3 anni.

¹⁴⁰ Cfr. Comunicazione punto 75.

solo all'infrastruttura attiva ma anche a quella passiva. Questa condizione dovrebbe permettere anche agli operatori ADSL la migrazione della clientela verso la rete NGA sovvenzionata in modo da permettergli di pianificare gli investimenti futuri senza subire svantaggi concorrenziali. Anche in questo caso non si può ritenere che si tratti di una normativa asimmetrica ma piuttosto di oneri in capo ai beneficiari per evitare che l'intervento pubblico sfavorisca la concorrenza, o mini la creazione di un mercato nelle zone dove questo non c'è, ma potrebbe svilupparsi.

Per quanto riguarda l'infrastruttura viene stabilito che la rete dovrà avere un'architettura «multifibra» che permetta i diversi tipi di accesso in rete richiesti dagli operatori e offra all'utenza finale tutti i servizi che una rete a fibre ottiche può fornire.

Per quanto riguarda l'ultimo miglio del segmento d'accesso, nelle aree nere esistenti, dove le reti a banda larga di base offrono già soluzioni avanzate (quali ADSL2+), è previsto che gli aiuti non coprano questo ultimo tratto della rete. In tal modo, gli operatori di banda larga esistenti potrebbero beneficiare dell'infrastruttura per massimizzare gli investimenti.

Viene infine evidenziato il ruolo che devono avere le autorità nazionale di regolamentazione, le quali continueranno, in futuro, a produrre regolamentazione *ex ante* o a monitorare la concorrenza del mercato della banda larga. L'intervento delle ANR nella definizione delle regole di accesso, dovrebbe garantire l'applicazione di condizioni di accesso uniformi o almeno simili in tutti i mercati della banda larga.

8. Conclusioni sul rapporto tra servizio universale e nuovi diritti sociali.

L'eventuale inclusione dell'accesso alla banda larga tra le prestazioni del Servizio Universale e la proposizione di un criterio nuovo, alternativo a

quello della Commissione, suggeriscono un'ulteriore riflessione quanto alla configurazione del diritto di accesso alla rete in termini di diritto sociale. L'art. 2 della Costituzione ha permesso un continuo aggiornamento del catalogo dei diritti ritenuti fondamentali grazie all'interpretazione estensiva della giurisprudenza costituzionale. Come ampiamente sostenuto dalla dottrina maggioritaria, l'art. 2 Cost. non costituisce un compendio dei diritti previsti dalla Costituzione, ma un catalogo aperto¹⁴¹. Questa norma opera, quindi, come un «*principio espansivo*»¹⁴² attraverso cui è possibile garantire quelle situazioni giuridiche che dalla coscienza sociale sono considerate essenziali allo sviluppo della personalità.

L'art. 2 Cost., quindi, garantisce l'inviolabilità non solo delle situazioni giuridiche espressamente previste dal testo, ma anche di quelle «*enucleabili dal contesto della Costituzione positiva*»¹⁴³. È necessario, in tal senso, un'interpretazione sistematica dell'intera Carta fondamentale per giungere alla definizione di quei diritti che sono impliciti, strumentali o trasversali a quelli espressamente enumerati. Così il catalogo delle libertà, se correttamente inteso, può essere idoneo a tutelare tutte quelle situazioni giuridiche che attengono allo sviluppo della personalità.

¹⁴¹ Secondo A. SCALISI, *Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità*, Milano, 1990 p. 49, «la previsione specifica di alcuni diritti inviolabili rappresenta solo una prima enucleazione senza alcun carattere di esaustività». L'art. 2 è, per Scalisi, una norma autonoma rispetto alle altre norme che prevedono i diritti inviolabili e la sua funzione è quella di garantire quelle esigenze che caratterizzano l'uomo nei diversi momenti storici e di cui i Costituenti non potevano tenere conto.

¹⁴² L'espressione è utilizzata da A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili* in *Enciclopedia giuridica* Treccani, XI, 1989, p. 21. L'Autore, d'altra parte, non concorda sull'art. 2 come clausola aperta ma sostiene che, in sede di interpretazione, può essere il principio attraverso cui individuare diritti conseguenti a quelli enumerati nella Costituzione.

¹⁴³ L'espressione è di F. MODUGNO, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, p. 8, il quale ritiene che l'impianto della Costituzione è tale che è da escludere che ci siano delle libertà «non riconducibili nelle singole previsioni o nelle loro possibili combinazioni. «Il catalogo costituzionale positivo, nella parte relativa alle libertà, se correttamente inteso, è onnicomprensivo».

Come si può dedurre anche dagli atti dell'Assemblea costituente¹⁴⁴, l'idea alla base della Costituzione è che il valore della persona è il principio fondamentale dell'ordinamento. Se la persona è il fine cui tende l'ordinamento e deve essere tutelata in ogni sua esplicitazione per giungere a quel «pieno sviluppo della persona umana» di cui all'art. 3 cpv. Cost., le singole manifestazioni esplicitamente garantite come diritti soggettivi dalla Costituzione, dalle norme internazionali e dalle leggi ordinarie non possono che essere sfaccettature di un'unica tutela riservata all'individuo.

Da qui la necessità di garantire nel sistema costituzionale anche i cd. «diritti sociali», quei diritti, cioè, che «mirano ad ottenere l'intervento dell'autorità pubblica per soddisfare a talune esigenze essenziali dei cittadini». Una volta affermata il principio della dignità umana, «nel senso che ogni uomo, in qualunque posizioni di trovi inizialmente, deve essere messo in grado di avere pari opportunità di autorealizzazione»¹⁴⁵ e quello dell'eguaglianza sostanziale che autorizza e anzi invoca l'intervento pubblico per correggere le diseguaglianze insite nel tessuto sociale, va da sé che il riconoscimento dei diritti sociali non può essere considerato meramente programmatico, mero progetto futuro, ma deve avere immediato valore precettivo.

L'equivoco sul valore giuridico dei diritti sociali è derivato dal fatto che il contenuto di alcuni di tali diritti necessita di una prestazione positiva del soggetto pubblico o anche di un soggetto privato delegato. Non per questo, però, si può dire che si tratti di norme programmatiche visto che la Costituzione riconosce alcuni diritti, come appunto la famiglia, il lavoro, la salute, l'istruzione, e anzi li garantisce costituzionalmente¹⁴⁶. Qualora sussistano le condizioni per l'intervento positivo del legislatore, in termini di organizzazione e di copertura finanziaria, questi è tenuto ad attivarsi per la

¹⁴⁴ Su questa linea l'intervento fatto dall'on. Togliatti in Assemblea costituente il 11 marzo 1947. *Contra* gli on. Bozzi e Calamandrei negli interventi in Assemblea costituente del 4 marzo 1947.

¹⁴⁵ Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in Enc. Giur., XI, 1989, p. 11.

¹⁴⁶ Cfr. M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, 1964, p. 802 ss.

promozione di tali diritti e, peraltro, deve farlo in maniera ragionevole, pena la censura della Corte costituzionale¹⁴⁷.

L'azionabilità¹⁴⁸ in giudizio di tali diritti è comunque condizionata dal fatto che il legislatore sia intervenuto per definire un sistema di tutela, se ne parla infatti in termini di «diritti condizionati»¹⁴⁹. Tale intervento è sindacabile dalla Corte che appunto ne può verificare la ragionevolezza in base ai valori definiti dalla Costituzione ma, d'altra parte, è proprio l'intervento del legislatore che rende tali diritti esigibili dai cittadini e quindi azionabili in giudizio.

Il diritto di accedere ad internet potrebbe essere ricollegato agli artt. 15 e 21 della Costituzione, come possibilità di comunicare offerta da questo strumento. L'essere state considerate esclusivamente come libertà negative, non impedirebbe una loro possibile lettura in termini di diritti sociali, che lo Stato promuove in attuazione dell'eguaglianza sostanziale. D'altra parte, la distinzione tra libertà negative e diritti sociali potrebbe essere superata, ove si rifletta che per garantire le libertà non basta più solo l'astensione dello Stato, essendo spesso necessario un intervento autoritativo alla pari di quanto avviene per i diritti sociali¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in Enc. Giur., XI, 1989, p. 30 ma anche M. LUCIANI, *Sui diritti sociali in Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, Padova, 1995, p. 125 che richiama l'importante principio fissato dalla Corte sulla necessaria gradualità degli interventi in favore dei diritti «costosi», rispetto ai quali lo Stato deve fare una scelta di priorità. Si vedano, tra le altre, le decisioni della Corte nn. 33/1975, 126/1976, 113/1977, 2/1978, 134/1982, 349/1985, 173/1986.

¹⁴⁸ Cfr. G. De Minico, *Regulation, Banda Larga e Servizio Universale. Immobilismo o innovazione?*, cit. in cui l'A. sostiene che «l'azionabilità non assiste questi diritti sin dalla nascita, essa è un tratto successivo ed eventuale, dipendendo dall'attivarsi del decisore politico; quindi *medio tempore* il diritto è privo di assistenza giuridica, salvo quella di genere diverso offerta dalla partecipazione politica. Tale coercibilità variabile – inesistente in assenza dell'atto che ne istituzionalizzi la protezione, piena a titolo intervenuto – è tratto comune a ogni diritto sociale in quanto pretesa a che lo Stato si attivi».

¹⁴⁹ Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in Enc. Giur., XI, 1989, p. 31

¹⁵⁰ Cfr. M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit. p. 121 il quale afferma «Che un diritto sia considerato «sociale» ovvero «di libertà» dipende dunque dalla sua storia, o tutt'al più dal prevalere dell'uno o dell'altro dei quattro aspetti che sono tipici di tutti i diritti fondamentali». I diritti fondamentali, secondo l'Autore, si dividono in diritti di difesa, diritti a prestazione, diritti di partecipazione e diritti ad avere. Tutti i diritti fondamentali rientrano in

Allo stesso modo l'art. 97 della Costituzione, che definisce il principio dell'efficienza della Pubblica Amministrazione, potrebbe essere il fondamento del diritto a usufruire dei servizi della P.A. in maniera agevole e veloce, anche attraverso la rete internet. L'art. 3 del Codice dell'Amministrazione digitale (Decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82) che riconosce «il diritto a richiedere ed ottenere l'uso delle tecnologie telematiche nelle comunicazioni con le pubbliche amministrazioni e con i gestori di pubblici servizi statali» ha dato piena attuazione alla prescrizione della Costituzione, rendendo così tale diritto esigibile e azionabile.

È evidente che la ricostruzione dell'accesso a internet come diritto sociale, in quanto strumento sempre più necessario per la partecipazione sociale, è allo stato una proposta *in itinere*, oggetto di riflessione da parte della dottrina; ne consegue che l'eventuale inclusione della prestazione della banda larga tra le prestazioni del S.U. sarebbe un passo importante. Questo perché si realizzerebbe quel passaggio obbligato, cioè l'intervento del legislatore, che rende effettiva l'esistenza di tale diritto sociale.

Il servizio universale infatti, sembra essere uno degli strumenti per garantire questo diritto in alternativa all'intervento pubblico, sempre che il legislatore decida di darvi concreta attuazione in quanto situazione soggettiva di primaria importanza per lo sviluppo della persona. In questo caso la relazione che intercorre tra le generazioni presenti e le generazioni future – che secondo autorevole dottrina¹⁵¹ è la chiave di volta dei diritti sociali che permette di allocare le risorse secondo criteri che non siano meramente individualistici – suggerisce che solo garantendo a tutti l'accesso veloce ad internet in quanto diritto sociale, si potrà avere quel progresso economico e sociale cui l'ordinamento naturalmente deve tendere.

una piuttosto che in un'altra categoria a seconda della prospettiva dalla quale si guarda o dal caso concreto cui si fa riferimento.

¹⁵¹ Cfr. M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit. p. 126.

SEZIONE II

POLITICHE REGOLATORIE E DIGITAL DIVIDE

SOMMARIO: 1. Definizione di digital divide. – 2. Fondamento costituzionale dell'intervento pubblico. – 2.1. Segue: Gli inadempimenti da parte delle regioni. Ipotesi ricostruttive. – 3. Premessa di sistema. Redditività dell'investimento e divario digitale. – (3.1. Le ipotesi regolatorie in corso. – 3.2. Le semplificazioni amministrative. – 3.3. Il finanziamento pubblico sussidiario. – 3.4. L'intervento pubblico nel modello Infratel. – 3.5. Osservazioni critiche. Le sovvenzioni statali: dagli aiuti di Stato alla compensazione per la fornitura di servizi di interesse economico generale? – 3.6. Segue. Verso un modello di finanziamento pubblico-privato? Alcune soluzioni per fronteggiare il rischio da digital divide) – 4. Le «Linee guida per i piani territoriali per la banda larga». – (4.1. Notazioni critiche. – 4.2. Cases study. – 4.2.1. Il modello scozzese nella regione Toscana. – 4.2.2. Segue. La rete Lepida in Emilia Romagna: verso un servizio pubblico «digitale» fra amministrazioni «federate». – 4.2.3. Segue. Il caso della regione Campania: un programma politico ancora incompiuto?) – 5. Conclusioni. Il catasto nazionale delle infrastrutture: dalla varietà regolatoria a una proposta «unificante»?

1. Definizione di digital divide.

Con l'espressione *digital divide*¹⁵² si intende l'esclusione di alcune aree del Paese dalla possibilità di fruire dei servizi offerti dalle nuove reti in ragione

¹⁵² D'ora in poi indicato con l'acronimo *d.d.* Il termine *d.d.* viene utilizzato per la prima volta nel 1995, quando la National Telecommunications and Information Administration (NTIA), organo consultivo degli Stati Uniti sulle politiche nel settore delle telecomunicazioni, pubblica la relazione «A Survey of the «Have nots» in Rural and Urban America», la prima di una serie intitolata «Falling Through the Net». Si veda, in proposito, il sito www.ntia.doc.gov.

La definizione tradizionale di *d.d.*, dunque, è qui intesa come possibilità d'accesso/mancata possibilità d'accesso ai servizi a valore aggiunto, cioè caratterizzati da prestazioni elevate per simmetria (ricezione e invio di informazioni alla stessa velocità), latenza (tempi di risposta della rete) e stabilità (continuità del collegamento), in ragione di una carenza infrastrutturale; ma, tuttavia, si tratta di una espressione che potrebbe incontrare un limite intrinseco, poiché essa omette di riferirsi alla eventuale presenza di altri ostacoli, di tipo sociale, economico e tecnologico. Quindi, oltre alle barriere al potenziale accesso, il *d.d.* potrebbe riguardare anche ad altri fattori, tra cui, per esempio, la

della carenza di investimenti destinati alle infrastrutture di collegamento; conseguentemente, esso rivela una condizione di asimmetria, dovuta alla disparità dell'accesso del cittadino ai vantaggi conseguibili dall'utilizzo del mezzo tecnico, rispetto ad altri che invece ne beneficiano¹⁵³.

disponibilità di informazioni, la qualità dei mezzi tecnici, la capacità di utilizzo personale della tecnologia. D'altronde, oltre al d.d. infrastrutturale sin'ora considerato, va tenuto in conto anche il cd. d.d. sociale, ossia il mancato interesse di parte della popolazione all'utilizzo degli strumenti informatici e ai nuovi servizi. A tal proposito, occorrono iniziative pubbliche finalizzate ad accrescere la conoscenza e l'impiego degli strumenti informatici da parte di quella fascia di popolazione finora sostanzialmente estranea all'evoluzione tecnologica (cd. alfabetizzazione informatica). Sul punto, cfr. l'Audizione del Presidente Corrado Calabrò nell'ambito della «Indagine conoscitiva sull'assetto e sulle prospettive delle nuove reti del sistema delle comunicazioni elettroniche», Camera dei Deputati, IX Commissione Trasporti, Poste e Telecomunicazioni, 16 settembre 2008.

Occorre notare che il tasso di penetrazione della b.l. indica quanta parte della popolazione adotta effettivamente il servizio, mentre la copertura rappresenta la percentuale di territorio che può potenzialmente connettersi alla banda larga, o meglio, la percentuale di centraline connesse con tecnologia a banda larga e che offre la possibilità per il cittadino di scegliere di abbonarsi ai servizi a banda larga. Dall'analisi OECD risalente al Giugno 2008, consultabile dal sito «Broadband Portal» (reperibile all'indirizzo <http://www.oecd.org/sti/ict/broadband>), si evince un netto ritardo dell'Italia rispetto alla media europea, sia per quanto concerne il tasso di penetrazione (l'Italia si trova al 22° posto), e sia per l'ampiezza media effettiva della banda erogata. Il tasso di penetrazione della rete in fibra si attesta attorno al 2,7%. Anche secondo la COM(2009) 140 «Comunicazione della commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni», dal titolo «Relazione sui mercati europei delle comunicazioni elettroniche» (Quattordicesima relazione) del 24.3.2009 (Report annuale 2009 della Commissione europea sulla Società dell'Informazione), l'Italia si pone al di sotto della media europea quanto a percentuale di penetrazione della b.l. D'altronde, lo stesso Rapporto di Francesco Caio, dal titolo «Portare l'Italia verso la leadership europea nella banda larga», pubblicato per la prima volta su www.wikileaks.org, denuncia il fatto che mentre nel periodo 2000-2003 l'Italia conobbe un buon avvio rispetto alle iniziative per lo sviluppo della b.l. in fibra ottica, oggi il tasso di diffusione della b.l. è tra i più bassi d'Europa, con una media di copertura netta che si attesta attorno all'85% rispetto al 90% della media Ocse. In altri termini, «eliminando le zone dove la copertura non è disponibile per problematiche tecniche o dove il servizio è solo marginale (banda minima inferiore a 1Mb) la popolazione in d.d. sale al 12% pari a 7,5 milioni di cittadini». A ciò si aggiunga l'assenza in Italia di significativi programmi di investimento in fibra.

¹⁵³ In Italia, la «Task Force sulla Larga Banda» (Commissione interministeriale di studio istituita dal Ministero delle Comunicazioni e da quello per l'Innovazione e le Tecnologie), ha adottato la seguente definizione: «Per larga banda si intende l'ambiente tecnologico che consente l'utilizzo delle tecnologie digitali ai massimi livelli di interattività. L'ambiente tecnologico è costituito da applicazioni, contenuti, servizi ed infrastrutture. Le applicazioni informatiche distribuite ed i servizi su rete evolvono in modo tale da richiedere una capacità della banda di comunicazione sempre più elevata. Al momento attuale una disponibilità dell'ordine di centinaia di Kbit/s per usi privati può essere considerata sufficiente mentre già nel breve/medio periodo è necessario pensare ad una disponibilità di banda, anche per usi privati, dell'ordine di qualche Mbit/s. Per le imprese e per la Pubblica Amministrazione già oggi vi è la necessità di almeno alcuni Mbit/s, mentre nel futuro saranno necessarie capacità di banda di ordine di grandezza superiore».

Sicché, la mancata opportunità di disporre delle prestazioni essenziali offerte dalle reti di nuova generazione si traduce nel dovere da parte dello Stato di attivarsi con interventi di carattere positivo, strumentali a compensare gli ostacoli strutturali che impediscano la piena equiordinazione sociale, e finalizzati a garantire indistintamente determinate prestazioni rispondenti a canoni minimi di qualità. Secondo l'impostazione qui accolta, dunque, ne deriva una possibile configurazione in termini di diritto soggettivo – cui corrisponde un preciso obbligo statale – della facoltà di accedere a prestazioni essenziali offerte dalla banda larga e ultra larga, a prescindere dalla ubicazione geografica del cittadino utente¹⁵⁴. In altri

Il livello di copertura ADSL (cd. b.l. di prima generazione) è disomogeneo tra regione e regione, ma anche all'interno di una stessa regione. Le zone con i livelli di copertura più elevate, difatti, corrispondono alle aree metropolitane e alle zone del territorio morfologicamente più agevoli da cablare (pianure e zone ad alta densità di popolazione). Inoltre, l'Italia è caratterizzata dalla presenza di molti comuni di dimensioni ridotte, situati in zone la cui morfologia rende finanziariamente onerosa (*market failure*) e tecnicamente complessa la realizzazione delle infrastrutture che garantiscano la disponibilità dei servizi a l.b. Sul punto, cfr. le *Linee guida per i piani territoriali per la banda larga*, approvate dalla commissione Permanente per l'Innovazione Tecnologica negli enti Locali e nelle Regioni e dalla Conferenza Unificata il 20 settembre 2007, p. 7 sgg. Il d.d. infrastrutturale non ricalca, quindi, il classico divario fra Nord e Sud Italia. La ragione per la quale, ad esempio, la Puglia presenta un livello di copertura superiore rispetto al Veneto e al Piemonte dipende dal fatto che essa presenta un territorio molto più piatto, quindi la realizzazione di dorsali e collegamenti appare notevolmente più facile.

¹⁵⁴ Peraltro, il nostro legislatore, pur menzionando l'accesso ad Internet negli articoli del Codice delle Comunicazioni Elettroniche relativi al Servizio universale, non ne prevede l'inclusione obbligatoria. L'articolo 54 dello stesso Codice non impone a carico degli operatori obbligati alla fornitura del Servizio Universale l'obbligo di ricomprendere, al proprio interno, anche i collegamenti a banda larga, e tale esclusione determina che nessun operatore fornisca a prezzi calmierati e controllati l'accesso ad Internet in zone non appetibili commercialmente.

Va detto che la concezione secondo la quale Internet rientrerebbe tra gli obblighi facenti parte del c.d. Servizio Universale viene esclusa, in linea di principio, anche dalle Istituzioni Comunitarie, ritenendo che la connessione a banda larga non rientri fra quelle caratterizzate dalla cd. diffusività, ossia dalla richiesta di accesso al servizio della maggioranza dei cittadini. Soluzione diversa da quella accolta nella sez. I del presente report, dove si ritiene che l'inclusione della b.l. all'interno del Servizio Universale dovrebbe giustificarsi in virtù dell'utilità sociale della connessione veloce, e non dalla sua richiesta, visto che il consumatore finale potrebbe ignorarne i vantaggi. L'acquisizione della prestazioni della banda larga nell'ambito del Servizio Universale determinano la cessazione dell'esercizio della relativa libertà economica: in capo al privato, al suo posto, ne conseguirà un dovere di solidarietà, quello dell'obbligo di fornitura a prescindere dalla convenienza economica, come tale sottratto alla *lex mercatoria*.

Una soluzione diversa da quanto sostenuto in sede comunitaria viene invece adottata in Svizzera, laddove la Commissione federale delle comunicazioni (ComCom), alla fine di

termini, la possibilità di connessione all'internet veloce e rispondente a determinati parametri di qualità si configura come un diritto sociale, ossia diventa prestazione «che il cittadino p[uò] esigere dallo stato ovunque risieda a un prezzo accessibile»¹⁵⁵.

In tal guisa, può dirsi che il principio di eguaglianza sostanziale ex art. 3, co. 2, Cost., orienti anticipatamente l'azione di indirizzo politico statale verso azioni di sostegno in senso correttivo alla inclusione del privato ai servizi offerti dalla Società dell'Informazione. Sicché, l'esclusione dalla possibilità d'accesso determina la discriminazione di chi la subisce, poiché realizza un ostacolo al principio della piena inclusione sociale, ancorché costituzionalmente garantito¹⁵⁶. «La banda larga diventa allora lo strumento

giugno del 2007 ha designato l'operatore Swisscom quale «concessionario del Servizio Universale» a partire dal 2008. Secondo la Commissione federale delle comunicazioni, per i prossimi dieci anni la compagnia «sarà dunque tenuta a fornire le prestazioni del Servizio Universale in materia di telecomunicazioni all'insieme della popolazione e in tutte le regioni del Paese. La nuova concessione obbliga Swisscom, operatore dominante, a offrire, oltre al collegamento analogico e digitale, anche una connessione Internet a banda larga». nel Servizio Universale, ne verrà quindi aggiunto uno nuovo che permette una connessione a Internet ad alta velocità.

¹⁵⁵ G. DE MINICO, *Banda larga e tv digitale: c'è un futuro per i nuovi diritti sociali?*, in Europa, 28 maggio 2009, p. 9. In altro scritto (ID., *Regulation, Banda Larga e Servizio Universale. Immobilità o innovazione?*, cit., nota n. 4), l'A. ben descrive la pretesa d'accesso alla banda larga in termini di diritto sociale. Secondo l'A., «l'azionabilità non assiste questi diritti sin dalla nascita, essa è un tratto successivo ed eventuale, dipendendo dall'attivarsi del decisore politico; quindi *medio tempore* il diritto è privo di assistenza giuridica, salvo quella di genere diverso offerta dalla partecipazione politica. Tale coercibilità variabile – inesistente in assenza dell'atto che ne istituzionalizzi la protezione, piena a titolo intervenuto – è tratto comune a ogni diritto sociale in quanto pretesa a che lo Stato si attivi».

¹⁵⁶ Al contempo, le politiche di investimento atte a fronteggiare il rischio da *d.d.* debbono tenere in conto il fatto che la stessa nozione di b.l. come possibile Servizio Universale è di per sé un concetto dinamico: il suo definirsi si determina in ragione del progresso tecnologico; difatti, il concetto di Servizio Universale potrebbe evolvere verso la banda larga di seconda e terza generazione, perciò la progettazione e la realizzazione delle reti dovrebbe considerare anche gli scenari evolutivi futuri, guardando alle soluzioni tecnologiche che non impediscano a monte possibilità evolutive verso livelli aggiuntivi di prestazioni. In tema, cfr. le considerazioni del GRUPPO ASTRID, *Le telecomunicazioni: problemi di concorrenza e di sviluppo*, luglio 2008, reperibile in www.astrid-online.it. Nel documento si legge che la cd. banda larga di prima generazione offerta dalla tecnologia più diffusa, l'ADSL, assicura una velocità che può arrivare sino a 6 o 7 Mbps. A partire dal 2005 è stata introdotta la tecnologia VDSL (o ADSL 2+), che può definirsi di seconda generazione, in grado di offrire fino a 20 Mbps in *download*, e quindi di realizzare il *triple play* (voce, Internet, TV). Si tratta di una tecnologia che ha raggiunto alla fine del 2007 circa il 60% della popolazione. Ciò significa che la restante percentuale della popolazione si trova

che asciuga le distanze fisiche tra le zone remote del paese, mescola le culture, sovrappone bagagli valoriali, fonde diversità, compensa le diverse fortune iniziali degli uomini, e, non ultimo, obbliga l'amministrazione all'imparzialità. Quindi, la tecnica è concretizzazione storica, cioè nella dimensione del 'qui e ora', dell'uguaglianza sostanziale»¹⁵⁷. La politica regolatoria pubblica, in questo caso, dovrebbe ispirarsi alla logica emergenziale della *fear of law*, intervenendo in via originaria per conformare l'azione dei privati e della Pubblica Amministrazione al fine di scongiurare il realizzarsi del pericolo temuto, quello della disuguaglianza nell'accesso alle prestazioni essenziali.

In conclusione, può ritenersi che il significato del *d.d.* si ricavi argomentando *a contrario*: il destinatario finale non si trova in una situazione di *d.d.* allorché, da parte dei privati o dello Stato, venga garantito l'accesso a una soglia minima di connessione – *cd. entry level* – che assicuri in maniera agevole (per qualità del servizio, cioè per velocità, costi e

in *d.d.* di seconda generazione. Il VDSL (tecnologia mista fibra-rame) presenta una velocità sino a 50 Mbit/s. Tuttavia, per soddisfare le esigenze legate all'applicazione di tecnologie più evolute, come quelle delle aziende o della Pubblica Amministrazione, occorrono velocità molto più elevate, cioè reti in grado di veicolare velocità da 50 Mbps in su (soluzione tecnologica della fibra che raggiunge l'utente, FTTH o FTTB). In questi termini si esprime anche il rapporto Caio, quando parla della necessaria migrazione tecnologica dalla rete in rame a quella in fibra. A tal proposito, le cosiddette reti NGA sono quelle costituite in tutto o in parte da elementi ottici e in grado di fornire servizi d'accesso in banda larga con caratteristiche più avanzate rispetto alle reti in rame o via cavo.

Le soluzioni di cablaggio in fibra ottica sono le seguenti: 1) raggiungere i singoli utenti con un accesso in fibra ottica, la cosiddetta FTTH (*Fibre To The Home*); 2) effettuare il cablaggio ottico fino agli edifici, la cosiddetta FTTB (*Fibre To The Building*) provvedendo al rilegamento dell'edificio con doppini in rame o con cavi elettrici che realizzano una rete locale; 3) effettuare il cablaggio fino alle immediate vicinanze dell'utente, con una soluzione intermedia, indicata in letteratura come FTTC (*Fibre To The Curb*), con l'ultimo tratto, molto breve, coperto dal portante in rame adottando le tecnologie xDSL.

Infine, la possibilità di utilizzare la trasmissione radio nello spazio libero per la realizzazione di porzioni del collegamento tra utente e rete è alla base di molti differenti sistemi che vanno dalle cosiddette reti personali (tecnologia *Bluetooth*), alle reti locali (WLAN - *Wireless Local Area Network*), alle reti cellulari (UMTS) fino alla TV Digitale terrestre. L'utilizzo delle risorse radio ha in generale l'effetto di ridurre i costi per la realizzazione dell'infrastruttura di rete e i tempi di sviluppo del servizio sul territorio. Per contro, la trasmissione tramite onde radio porta intrinsecamente con sé la criticità delle risorse (cioè, delle bande di frequenza limitata).

¹⁵⁷ G. DE MINICO, *Regulation, Banda Larga e Servizio Universale. Immobilismo o innovazione?*, cit.

contenuti applicativi) il godimento di servizi ritenuti essenziali per lo sviluppo socio-economico del Paese¹⁵⁸.

2. Fondamento costituzionale dell'intervento pubblico.

Il diritto dei cittadini-utenti a ricevere prestazioni essenziali connesse a servizi di banda larga, cui, secondo la tesi qui prospettata, corrisponderebbe l'obbligo da parte del decisore politico (nazionale e locale) di attivarsi, può definirsi costituzionalmente fondato – oltre che su l'art. 3., comma 2 Cost. – sui seguenti artt.:

a) L'obbligo di prestazione dei servizi di banda e ultra larga da parte dello Stato potrebbe fondarsi sulla garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni ex art. 117, co. 2, lett. m), Cost.; pertanto, lo Stato sarebbe tenuto a garantire servizi minimi di pari qualità in tutto il territorio nazionale, ancorché rivedibili nel tempo, in quanto intrinsecamente «perfettibili»; le regioni, dal canto loro, potrebbero predisporre le garanzie ultronee, in grado di implementare nel singolo territorio il livello minimo uniforme garantito a livello centrale.

b) L'obbligo di prestazione dei servizi di banda e ultra larga potrebbe trovare un riferimento nella materia di potestà normativa concorrente, ex art. 117, co. 3 Cost., relativa «all'ordinamento della comunicazione». La diffusione della b.l. è, infatti, strumentale all'esercizio delle libertà di informazione e comunicazione, a loro volta costituzionalmente garantite negli artt. 15 e 21 Cost. Ne discende che la regolazione del «mezzo» costituito dalla b.l. avverrà in tempi duplici e consecutivi, in ragione del

¹⁵⁸ Si rinvia, in proposito, alla sez. I del presente lavoro, dove si mette in discussione il criterio utilizzato dalla Comunità Europea per escludere l'inclusione delle prestazioni della b.l. nel Servizio universale, e si propone invece una lettura teleologicamente orientata, quella della equiordinazione sociale dei meno fortunati e della crescita competitiva del Paese, cui corrisponde un ruolo attivo e promotore dello Stato.

criterio del riparto delle competenze normative fra Stato e regioni. Al primo spetterà la definizione dei criteri generali regolatori della materia, le seconde predisporranno la relativa normativa di dettaglio. Quindi, l'uniformità territoriale del servizio di qualità minima sarebbe garantita dall'obbligo di rispetto in ambito territoriale dei principi di derivazione statale.

c) L'obbligo di prestazione dei servizi di b.l. e u.l. potrebbe altresì radicarsi in quello del vincolo del primato del diritto comunitario: Stato e regioni, difatti, ai sensi dell'art. 11 Cost. e della nuova formulazione dell'art. 117 Cost., sono egualmente obbligati a dare attuazione al diritto comunitario, che spinge verso l'implementazione dei servizi connessi con l'utilizzo della b.l.

In conclusione: sembra potersi ritenere che l'obbligo di prestazione dei servizi di banda larga e ultralarga, funzionale rispetto all'esercizio delle prestazioni essenziali e dei diritti fondamentali espressamente previsti, sia costituzionalmente sancito, ancorché in via implicita. Ciò costituisce argomentazione ulteriore a sostegno della tesi qui sostenuta, quella della obbligatorietà del finanziamento pubblico, da configurarsi quale obbligo di risultato rispetto alla pretesa indifferenziata della possibilità d'accesso da parte della collettività¹⁵⁹.

Altro discorso è quello relativo al livello di governo competente. La realizzazione delle infrastrutture necessarie per l'erogazione dei servizi a b.l. e u.l. comporta il coinvolgimento di potestà normative di livello diverso, che trovano di volta in volta diverso fondamento in ambito costituzionale, in ragione delle materie cui esse si riferiscono: la tutela del territorio, lo sviluppo della concorrenza, la garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. Se ne ricava, dunque, che Stato e Regioni sono a diverso titolo chiamate a incentivare la fornitura del servizio di livello minimo uniforme. Lo Stato sarà chiamato a definire gli obiettivi fondamentali e le essenziali modalità procedurali; alle autonomie territoriali spetterà la fase attuativa.

¹⁵⁹ Cfr. la Sez. I del presente lavoro.

2.1. Segue. Gli inadempimenti da parte delle Regioni. Ipotesi ricostruttive. È

lecito interrogarsi sul grado di ampiezza dei poteri statali qualora le Regioni omettessero di individuare e predisporre i mezzi necessari allo sviluppo delle infrastrutture di banda larga e ultra larga. In altri termini, qualora il programma politico regionale restasse inattuato, potrebbero intervenire in soccorso i poteri sostitutivi dello Stato: l'intervento pubblico in via sostitutiva garantirebbe allora i livelli minimi del servizio, in termini di qualità, condizioni eque di fruizione e diffusività territoriale. L'ipotesi rientrerebbe nelle funzioni attribuite *iure proprio* agli enti locali ex art. 118, co. 1 Cost., con potestà dello Stato di provvedervi in sostituzione - in via eccezionale e in presenza di precise ragioni giustificatrici - a causa dell'inadempimento dei primi, ex art. 120, co. 2 Cost.¹⁶⁰ Di fronte a tale eventualità, il potere centralizzato provvederebbe in prima istanza a rispondere a una obbligazione vincolata nell'*an*, anche se, contestualmente, gli spetterebbe il potere di determinare il *quomodo* della prestazione. Quindi, a titolo esemplificativo, se una regione omettesse di predisporre unilateralmente un piano territoriale per lo sviluppo delle infrastrutture di banda larga, potrebbe intervenire lo Stato in via suppletiva, individuando egli stesso il disegno regolatorio più consono a garantire i livelli minimi del servizio alla popolazione residente.

D'altronde, qualora l'inerzia regionale dipendesse dalla scarsità delle risorse economiche disponibili, potrebbe intervenire il meccanismo del fondo perequativo, da ultimo regolato dalla legge sul federalismo fiscale¹⁶¹. Nel

¹⁶⁰ Com'è noto, l'art. 120, co. 2 Cost. Attribuisce al governo il potere di sostituirsi a organi della regione, delle città metropolitane, delle province e dei comuni qualora, fra l'altro, lo richiedano «...la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali...».

¹⁶¹ Il Senato ha definitivamente approvato, nella seduta del 29 aprile 2009, il d.d.l. 1117-B, collegato alla manovra finanziaria, recante [Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'articolo 119 della Costituzione] (legge n. 42 del 2009).

modello di perequazione orizzontale, sono le singole regioni 'più ricche' a dover farsi carico di colmare le sperequazioni finanziarie, attraverso contributi diretti al fondo perequativo; nel modello verticale qui adottato, invece, è lo Stato a garantire, dal centro, i finanziamenti volti alla perequazione, mediante l'assegnazione agli enti beneficiari di quote del fondo perequativo, a favore delle regioni con minore capacità fiscale per abitante (119, comma 3, Cost.). Il fondo, difatti, individua una perequazione per le spese «essenziali», destinata a tutti i livelli di governo sub-statale per garantire l'integrale copertura dei loro rispettivi fabbisogni standard, valorizzati attraverso i cosiddetti costi standard, riferibili alle prestazioni essenziali e alle funzioni fondamentali degli enti locali, rispettivamente riconducibili all'articolo 117, comma secondo, lettere m) e p), della Costituzione.

3. *Premessa di sistema. Redditività dell'investimento e divario digitale.*

La realizzazione delle grandi infrastrutture di b.l. e u.l. presenta un rilevante interesse strategico, in virtù del fatto che esse implementano la competitività del sistema produttivo interno e rappresentano veicolo privilegiato di scambi materiali e immateriali; rafforzano la coesione sociale del Paese, nella misura in cui mettono in contatto persone, luoghi di vita e di lavoro e contribuiscono a far uscire dall'isolamento intere comunità, anche attraverso il dialogo diretto con la Pubblica Amministrazione; integrano il livello di efficienza e sicurezza dei pubblici servizi e della rete, rispetto ai possibili *defeat* di funzionamento e alle illecite intrusioni nelle comunicazioni interpersonali. In altri termini, lo sviluppo capillare delle infrastrutture essenziali, propedeutico alla fornitura dei servizi ad accesso generalizzato, garantisce il soddisfacimento di bisogni essenziali della collettività.

Tuttavia, come confermato dalle ultime analisi¹⁶², emerge che gli investimenti privati nello sviluppo delle reti NGN appaiono del tutto insufficienti, poiché la spesa è considerata ingente e rischiosa, mentre il ritorno economico in capo agli operatori appare incerto, o realizzabile soltanto nel lungo periodo. Il rischio di aggravare lo stato di *d.d.* che caratterizza il nostro Paese - anche con riferimento allo sviluppo delle nuove reti - appare confermato dal fatto che gli investitori privati considerano più redditizio introdurre reti a banda larga quando la domanda potenziale è più elevata, preferendo concentrarsi soltanto in quelle zone caratterizzate da alta densità abitativa. Analogamente, gli alti costi di investimento potrebbero rivelare la presenza di un unico fornitore in determinate aree, quindi di un monopolio localizzato: il che si tradurrebbe in un netto svantaggio per il consumatore finale, costretto a sopportare le condizioni imposte dall'operatore *incumbent*.

Quindi, l'intervento di finanza pubblica in *sensu suppletivo* (destinato alla costruzione e allo sviluppo delle infrastrutture essenziali lì dove gli operatori non investono) e in *via principale* (volto a migliorare tempi di realizzazione e qualità delle prestazioni) diventa indispensabile per estendere uniformemente la rete in tutto il territorio. In proposito, appare evidente che le politiche regolatorie atte a realizzare opere di interesse strategico si traducono in azioni concrete solo allorquando il decisore politico investa le risorse economiche necessarie. Sicché, la costruzione delle infrastrutture essenziali atte a veicolare i servizi di b.l. e u.l. rappresenta una scelta di

¹⁶² Nel rapporto Caio si legge che «Non sembrano esserci motivi perché i gestori accelerino i piani annunciati, e anzi la crisi economica rischia di rallentare domanda e investimenti. Inoltre, secondo il Rapporto suddetto è difficile che Telecom Italia possa decidere di accelerare i suoi piani razionalmente ispirati alla logica economico finanziaria della prudente gestione, a causa della limitata propensione dei clienti a pagare di più per collegamento in fibra, degli obiettivi di riduzione dell'indebitamento, e dell'interesse a allungare la vita utile della rete in rame in presenza di una limitata concorrenza infrastrutturale tra gestori (v. recente accordo Fastweb-TI per condividere infrastruttura di rete). In conclusione, secondo il consulente Caio la fibra ottica italiana ha il tasso di diffusione e di crescita tra i più bassi d'Europa, poiché tra il 2005 e il 2008 tutti i Paesi dell'unione europea hanno aumentato gli investimenti, mentre l'Italia li ha fortemente rallentati.

indirizzo politico, destinata a rispondere a specifiche esigenze di interesse pubblico: il legislatore nazionale è tenuto a intervenire con misure regolatorie atte a incentivare e indirizzare gli investimenti di settore - pur muovendosi nel rispetto delle norme di origine comunitaria - ancorché il suo ingresso produca conseguenze dirette in ordine al rapporto Stato-mercato. In caso contrario, la politica nazionale apparirebbe in netto contrasto con la tesi, in precedenza prospettata, della inclusione della banda larga nel catalogo dei diritti sociali a prestazioni essenziali standardizzate a prescindere dall'ubicazione del cittadino utente. In altri termini, una politica pubblica di sovvenzionamento che resti sulla carta, perché priva dei fondi economici sufficienti, o fondata su investimenti quantitativamente scarsi, o relegata alle zone remote, appare essere in netto contrasto con quella visione, più volte indicata, che intende configurare la banda larga come un «inedito servizio universale funzionale a compensare le asimmetrie economico-sociali del nostro Paese...»¹⁶³.

3.1. Le ipotesi regolatorie in corso. Esamineremo, qui di seguito, le opzioni regolatorie statali destinate a garantire la realizzazione delle infrastrutture necessarie allo sviluppo della banda larga e ultra larga, distinguendo fra quelle atte a introdurre misure di semplificazioni burocratiche, e quelle che, invece, presuppongono interventi statali di tipo diretto e indiretto¹⁶⁴. In quest'ultimo caso, ne verificheremo il possibile inquadramento alla luce delle categorie elaborate in sede comunitaria. Verificheremo, inoltre, la possibilità di un ipotetico *modus operandi* dello Stato conforme con la sua premessa, cioè la b.l. elevata a prestazione essenziale, i cui costi

¹⁶³ Così G. DE MINICO, *Banda larga Governo stretto. Internet aspetta*, in *Il Manifesto*, 04.04.2009, p. 12.

¹⁶⁴ Esula dalla presente schematizzazione, perché non rappresenta una politica regolatoria in senso stretto, ma piuttosto un impegno di indirizzo politico, il «*Piano e-gov 2012*», presentato dal ministro Brunetta a gennaio 2009, che contiene un ampio ventaglio di iniziative per la digitalizzazione e la messa in rete di processi amministrativi, ed ha tra i suoi obiettivi l'aumento della diffusione della banda larga in Italia, raggiungendo la media OCSE entro il 2012.

dovrebbero essere assunti dallo Stato. Ne conseguirebbe la necessità di un intervento pubblico in via principale, cioè non solo nelle zone soggette a «fallimento di mercato», cioè lì dove l'impresa privata non ha interesse a portare la b.l., ma su tutto il territorio nazionale, in modo che ciascun cittadino, ovunque sia, possa connettersi alla rete veloce, e goderne le relative prestazioni.

3.2. Le semplificazioni amministrative. Il Decreto legge 25 giugno 2008, n. 112¹⁶⁵ ha previsto mere misure di carattere procedimentale al fine di contrastare il rischio da *d.d.*: in altri termini, qui il Legislatore ha inteso semplificare le condizioni di intervento degli operatori privati, stabilendo, fra l'altro, che le opere di installazione di reti e impianti di comunicazione elettronica in fibra ottica siano realizzabili mediante denuncia di inizio attività (cd. DIA)¹⁶⁶. Si tratta, quindi, di misure che hanno inteso favorire in via diretta e principale lo sviluppo del mercato delle infrastrutture, facilitando i lavori di scavo per la posa di nuovi collegamenti in fibra, mentre l'accesso diffuso e standardizzato ai servizi essenziali fruibili tramite la banda larga appare essere garantito soltanto in via riflessa ed eventuale.

¹⁶⁵Art. 2, rubricato *Banda larga* del d.l. recante *Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 147 del 25 giugno 2008 - Suppl. Ordinario n. 152/L.

¹⁶⁶ Si tratta di una disposizione di semplificazione, poiché la vigente normativa in materia di infrastrutture per la comunicazione elettronica (decreto legislativo n. 259 del 2003, Codice delle comunicazioni elettroniche), all'articolo 87 prevede che per l'installazione di infrastrutture per impianti radioelettrici e la modifica delle caratteristiche di emissione di questi ultimi deve essere presentata domanda all'Ente locale competente, previo accertamento circa i limiti di esposizione e i valori di attenzione. Salvo che un'amministrazione interessata abbia espresso dissenso, con conseguente convocazione di una conferenza di servizi, l'istanza si intende accolta qualora, entro novanta giorni dalla presentazione, non sia stato comunicato un provvedimento di diniego.

3.3. Il finanziamento pubblico sussidiario a sostegno della banda larga. In questo paragrafo verrà esaminato il modello regolatorio basato sul finanziamento statale a sostegno di interventi privati avente, tuttavia, natura secondaria, in virtù del vincolo di destinazione dei suddetti fondi alle sole aree sottoutilizzate. Il che in termini di compatibilità comunitaria va esaminato alla luce dell'art. 87, par. 3 Tr. Ce.

La legge n. 69 del 2009, recante «Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, per il periodo 2007-2013, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria»¹⁶⁷, all'art. 1, rubricato «Banda larga», attribuisce al Governo il compito di stabilire un programma di interventi strutturali, con duplice finalità: a) destinarli alle aree sottoutilizzate, al fine di ristabilire un equilibrio socio-economico tra le aree del territorio nazionale (superamento del cd. *digital divide*) e b) implementare l'adeguamento delle reti di comunicazione elettronica alle nuove tecnologie. Gli strumenti individuati al raggiungimento di tali fini sono:

1. di natura economica, mediante una dotazione di 800 milioni per il periodo 2007-2013, a valere sulle risorse del Fondo per le aree sottoutilizzate, istituito dall'articolo 61 della legge finanziaria per il 2003¹⁶⁸;

¹⁶⁷Legge approvata dal Parlamento il 26 maggio scorso, pubblicata in G.U. n. 140 del 19 giugno 2009. Nella sua ultima versione, viene accantonata la possibilità di stabilire deleghe legislative per la regolamentazione della materia. Viene invece introdotto, richiamandolo *per relationem*, il principio di neutralità tecnologica contenuto nel Codice delle Comunicazioni elettroniche, all'art. 4, co. 3, lett. H: «...inteso come non discriminazione tra particolari tecnologie, non imposizione dell'uso di una particolare tecnologia rispetto alle altre e possibilità di adottare provvedimenti ragionevoli al fine di promuovere taluni servizi indipendentemente dalla tecnologia utilizzata...».

¹⁶⁸ 168 L'articolo 119, comma 5, della Costituzione prevede che: «per promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona, o per provvedere a scopi diversi dal normale esercizio delle loro funzioni, lo Stato destina risorse aggiuntive ed effettua interventi speciali in favore di determinati Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni». Tale finalità viene perseguita, dopo la fine, nel 1992, dell'intervento straordinario nel Mezzogiorno, attraverso due linee di intervento:

- la politica di coesione comunitaria;
- la politica regionale nazionale.

Quest'ultima, inizialmente attuata con la legge n.208/98 e con l'intervento nelle cosiddette «aree depresse», è stata organizzata con la Legge Finanziaria per il 2003

2. di natura amministrativa, poiché prevede che la progettazione e la realizzazione delle infrastrutture di cui al comma 1 nelle aree sottoutilizzate possano avvalersi dell'istituto della cd. finanza di progetto, ai sensi del Codice dei contratti pubblici¹⁶⁹. Nell'ambito dei criteri di valutazione delle proposte o delle offerte, la legge precisa che venga indicata come prioritaria la condizione che i progetti nelle soluzioni tecniche e di assetto imprenditoriale contribuiscano allo sviluppo di un «sistema di reti aperto alla concorrenza», nel rispetto dei principi e delle norme comunitarie.

Qui il decisore politico ha scelto di coinvolgere il settore privato nella realizzazione e gestione di infrastrutture di pubblica utilità e nell'erogazione di servizi di interesse economico generale: quindi, siamo dinanzi a una forma di Partenariato Pubblico-Privato (*Public Private Partnership* o PPP), espressione con la quale si intende ogni forma di cooperazione tra la sfera pubblica e quella privata, alla quale una Pubblica amministrazione può ricorrere affidando a un operatore privato l'attuazione di un progetto per la realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità e per la gestione dei

unificando tutte le risorse aggiuntive nazionali in due Fondi intercomunicanti per le aree sottoutilizzate (per l'85 per cento nel Mezzogiorno) attivi presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze e presso il Ministero delle Attività Produttive.

I due Fondi, per la comune ispirazione e per la gestione unitaria che li caratterizza, possono considerarsi alla stregua di un unico «Fondo per le Aree Sottoutilizzate», di seguito denominato Fondo o FAS. Il «Fondo Aree Sottoutilizzate» (FAS), istituito con la legge 289/02 (Legge Finanziaria per il 2003) e modificato con la legge 296/06 (Legge finanziaria per il 2007), è lo strumento di finanziamento - con risorse aggiuntive nazionali - delle politiche di sviluppo per le aree sottoutilizzate del Paese. In tali aree queste risorse si aggiungono a quelle ordinarie e a quelle comunitarie e nazionali di cofinanziamento.

Il Fondo, istituito dall'articolo 61 della legge finanziaria per il 2003, è destinato, fra l'altro, al finanziamento degli interventi attuativi del Programma per lo sviluppo della larga banda nel Mezzogiorno da parte dell'ex Ministero delle comunicazioni (soppresso e confluito nel Ministero dello sviluppo economico) per il tramite della Società infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia s.p.a (Infratel Italia). Difatti, l'Art. 6, comma 1, del Decreto Legislativo 1 agosto 2003, n. 259 - Codice delle Comunicazioni Elettroniche -, prevede che «Lo Stato, le Regioni e gli Enti locali, o loro associazioni, non possano fornire reti o servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, se non attraverso società controllate o collegate».

¹⁶⁹ Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, (articoli 152-160-bis del codice).

relativi servizi. La carenza di risorse pubbliche da destinare alla realizzazione di infrastrutture tende a indirizzare le amministrazioni verso forme di PPP: l'amministrazione partecipa finanziariamente attraverso la corresponsione di una contribuzione pubblica alla realizzazione e gestione di una infrastruttura, dietro corretta valutazione della congruità del contributo pubblico rispetto alla redditività che l'infrastruttura stessa produce grazie al suo sfruttamento gestionale. In altri termini, è compito dell'amministrazione saper valutare correttamente il livello ottimale di contributo pubblico da destinare alla costruzione e gestione di infrastrutture da realizzarsi¹⁷⁰.

Secondo la classificazione fornita dalla Commissione Europea¹⁷¹, le forme di PPP si distinguono in due macroaree principali: a) *il PPP di tipo istituzionale*: in questo caso la cooperazione tra i due settori si concretizza in un'entità di nuova costituzione (società, consorzio ecc.) partecipata dalle parti pubblica e privata. Si caratterizza, quindi, per la creazione di società a capitale misto, e quindi di entità *ad hoc* pubblico-private. Nell'ambito delle forme di PPP istituzionale si possono ipotizzare diverse modalità di «fusione» fra il soggetto pubblico ed il soggetto privato. Si può, ad esempio, considerare l'ipotesi della costituzione di una nuova società con una partecipazione pubblica maggioritaria o minoritaria. Un'altra ipotesi è l'ingresso di uno o più *partners* privati nella compagine sociale di società pubbliche già costituite ed operanti: in altri termini, si tratterebbe del passaggio al controllo privato di una impresa pubblica già esistente (privatizzazione). La cooperazione diretta tra pubblico e privato nel quadro di un organismo dotato di personalità giuridica propria permette al partner pubblico di conservare un certo grado di controllo, proporzionale alla sua partecipazione, sullo svolgimento delle operazioni societarie. B) *Il PPP di tipo contrattuale*, nel quale il rapporto fra il settore pubblico e quello privato si basa

¹⁷⁰ Sul punto, cfr. G. FERRANTE – P. MARASCO, *Pf, così la Pa può valutare se il contributo pubblico è adeguato all'investimento*, in *Il sole 24 ore – Edilizia e Territorio*, n. 11, p. 16.

¹⁷¹ *Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, COM 327/2004.

esclusivamente su legami contrattuali tra i soggetti partecipanti all'operazione: quindi, il soggetto pubblico e quello privato restano due parti distinte alla stregua di comuni parti contrattuali. Esso si basa sullo strumento giuridico del contratto di concessione di costruzione e gestione, ovvero il contratto con cui una Pubblica Amministrazione affida a un privato, attraverso una procedura a evidenza pubblica, la progettazione, la realizzazione, la gestione e manutenzione di un'opera. Si tratta di una tipologia contrattuale idonea sia per la realizzazione di cosiddette opere calde (ad esempio, autostrade), in cui i ricavi derivanti dalla gestione sono assicurati direttamente attraverso il pagamento di una tariffa da parte dei cittadini-utenti, che delle cosiddette opere fredde, (es., ospedali, scuole), in cui il principale utilizzatore è l'Amministrazione stessa che assicura i ricavi attraverso il pagamento di canoni al soggetto privato per la disponibilità dell'infrastruttura e i servizi resi. Rientra nella categoria del PPP contrattuale l'istituto della cd. finanza di progetto (*Project Financing*)¹⁷².

Quest'ultimo, a sua volta, rappresenta un sottoinsieme del partenariato pubblico-privato, ossia costituisce una delle sue modalità applicative, in quanto essa designa una tecnica finanziaria che può essere utilizzata in operazioni di PPP per la realizzazione di opere infrastrutturali pubbliche o di pubblica utilità¹⁷³. Qui il finanziamento del progetto è garantito dal settore

¹⁷² Per una interessante disamina sui modelli di PPP, cfr. AA.VV., *I possibili schemi di Partenariato Pubblico Privato*, *passim*. Non è possibile in questa sede riportare una bibliografia esaustiva sulle tecniche di PF: per le problematiche generali dell'istituto e per le citazioni della dottrina si rinvia al documento del Dipartimento per la Programmazione e il Coordinamento della Politica Economica della Presidenza del Consiglio dei Ministri, UNITÀ TECNICA FINANZA DI PROGETTO, *La nuova Finanza di Progetto nel codice dei Contratti*, Gennaio 2009.

¹⁷³ Secondo la definizione data da P. K. NEVITT, *Project Financing*, p. 13, in P. DE SURY (a cura di), 1988, per FP si intende il finanziamento di una specifica unità economica (la società di progetto) mediante un'operazione in cui il finanziatore considera il flusso di cassa e gli utili derivanti dalla gestione del progetto come garanzia per il rimborso del debito. Quindi, mentre nel comune finanziamento d'impresa da parte dell'istituto di credito viene valutata l'insieme delle attività e passività dell'impresa che richiede il finanziamento, nella FP il finanziamento viene erogato in relazione a un singolo e specifico progetto di investimento, e in base alla capacità di provvedere attraverso i flussi di cassa generati dalla gestione, a rimborsare i prestiti contratti e a garantire la remunerazione del promotore. In

privato, cui spesso si aggiungono quote notevoli di finanziamento pubblico. Il nuovo testo dell'articolo 153 del codice dei contratti pubblici¹⁷⁴ tiene conto delle osservazioni della Commissione europea, nonché dell'esigenza generale di semplificazione della procedura, sulla scorta delle segnalazioni degli operatori del settore che hanno denunciato a più riprese la farraginosità della stessa. L'attuazione dell'istituto della finanza di progetto avviene sia ad iniziativa dell'Amministrazione, (si perviene all'individuazione del concessionario mediante una gara, ponendo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa), sia ad iniziativa di soggetti privati, mediante la formulazione di una proposta rivolta all'amministrazione aggiudicatrice.

Si tratta, quindi, di procedure fra di loro distinte¹⁷⁵.

tema, v. G. PASQUINI, *Il project financing e la discrezionalità*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 10, 2006, p. 1112 ss.

¹⁷⁴ Nella Gazzetta Ufficiale n. 231 del 2 ottobre 2008, Supplemento ordinario, è stato pubblicato il d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152 avente a oggetto «Ulteriori disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, a norma dell'art. 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62». Il decreto, denominato «correttivo 3» dopo i correttivi 1 e 2 al Codice dei contratti emanati con d.lgs. n. 6/2007 e n. 113/2007 – prevede una nuova formulazione dell'art. 153 per la necessità di recepire le osservazioni mosse dalla Commissione Europea nel 2008. Il comma 4 del ddl attribuisce al Ministero dello sviluppo economico il coordinamento dei progetti di cui al comma 2, anche attraverso la previsione di stipulazioni di accordi di programma con le regioni interessate.

¹⁷⁵ I modelli qui delineati, quindi, rappresentano le soluzioni adottate dal legislatore al fine di disciplinare specificamente l'istituto della finanza di progetto. Tuttavia, fra i differenti modelli del PPP contrattuale si distinguono altri modelli regolatori: l'appalto di lavori pubblici nelle sue molteplici varianti, in cui l'amministrazione affida al privato, attraverso una gara la sola realizzazione dell'infrastruttura dietro un corrispettivo dell'amministrazione, mentre gestione e finanziamento restano a carico di quest'ultima; il contratto di concessione (previsto dall'art. 143 e ss. della L. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici, art. 3, comma 11), che presenta le stesse caratteristiche di un appalto di lavori pubblici, a eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera, per cui il privato viene remunerato dagli introiti degli utenti (tariffe finali) derivanti dalla gestione (e non dalla pubblica amministrazione), con conseguente assunzione del rischio di gestione in capo al partner privato. Questo modello concessorio, è caratterizzato dal conferimento al soggetto privato della progettazione definitiva ed esecutiva, della realizzazione dell'opera e della sua gestione funzionale ed economica. Dal punto di vista procedurale, l'aggiudicazione avviene sulla base di un bando di gara pubblicato dall'Amministrazione che pone alla base un progetto preliminare predisposto dalla stessa. Successivamente, mediante apposita commissione di gara, l'Amministrazione valuta le offerte pervenute e aggiudica la concessione mediante il criterio dell'«offerta economicamente più vantaggiosa». Il soggetto aggiudicatario, che diventa il Concessionario, stipula con

1) *Modello del promotore monofase (art. 153, commi 1-14)*. In questo modello la riforma prevede una gara unica indetta dalla amministrazione aggiudicatrice per l'individuazione del promotore. In estrema sintesi, la Pubblica Amministrazione, dopo aver pubblicato un bando, aggiudica il contratto al concorrente che abbia fornito la proposta migliore, valutata secondo il criterio dell'offerta economicamente vantaggiosa. La gara unica prevede i seguenti passaggi procedurali:

1) L'Amministrazione stessa redige tutti gli atti da porre a base della gara (studio di fattibilità, progetto preliminare, piano economico finanziario, studio ambientale e territoriale, bozza di convenzione) ed ha, quindi, un controllo maggiore su tutto il progetto.

2) I soggetti privati interessati presentano le proprie offerte.

3) L'amministrazione prende in esame le proposte pervenute¹⁷⁶ e redige una graduatoria in base al criterio dell'offerta economicamente più

l'Amministrazione una convenzione di concessione che regola i rapporti fra le parti durante tutta la durata della concessione. Il Concessionario elabora la progettazione definitiva ed esecutiva e provvede alla realizzazione dell'opera. Terminata quest'ultima, il Concessionario, per la restante durata della concessione, provvede alla gestione della stessa, incamerando i proventi che ne derivano a copertura dei costi sostenuti per la realizzazione. Al termine della concessione, il Concessionario riconsegna l'opera al Concedente che può gestirla in proprio o affidarne la gestione ad altro soggetto privato, scelto mediante gara. Come si può facilmente dedurre, la concessione di lavori pubblici ad iniziativa pubblica vede la pubblica amministrazione farsi parte attiva non solo del procedimento decisionale che porta alla volontà di realizzare l'opera mediante la concessione, ma anche nella fase progettuale, dovendo la stessa svolgere quantomeno la progettazione di livello preliminare e gli studi di fattibilità. Preliminari riflessioni suggeriscono che nella realizzazione delle NGN tali peculiarità potrebbero costituire un ostacolo a causa della probabile inadeguatezza delle amministrazioni di redigere progetti preliminari e PEF da mettere a base di gara. Una non adeguata ponderazione della fattibilità economico-finanziaria della realizzazione della rete mediante concessione potrebbe comportare la messa in gara di progetti non economicamente sostenibili con conseguenti gare deserte o appannaggio di grandi operatori in grado di sfruttare i sussidi incrociati di tratti di rete più profittevoli. Per ovviare a tale eventualità, l'intervento pubblico potrebbe intervenire finanziando adeguati studi di prefattibilità e livelli di progettazione preliminare.

¹⁷⁶ La valutazione delle proposte pervenute mira a individuare fra tutte, la proposta che sia maggiormente in grado di soddisfare l'interesse pubblico. Tale valutazione avviene sotto il profilo costruttivo, urbanistico ed ambientale, nonché della qualità progettuale, della funzionalità, della fruibilità dell'opera, dell'accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e manutenzione, della durata della concessione, dei tempi di ultimazione dei lavori, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento della spesa, del valore economico e finanziario del piano e del contenuto della bozza della convenzione. Secondo C.d.S., sez. V, 10 novembre 2005, n. 6287, la scelta compiuta dall'amministrazione

vantaggiosa. Il soggetto che ha presentato la migliore offerta è nominato promotore. Al fine di un maggior contemperamento degli interessi, nonché di una più forte collaborazione tra le due sfere pubblica e privata, è prevista la possibilità per l'amministrazione di richiedere al promotore prescelto modifiche al progetto preliminare e relativi adeguamenti del piano economico-finanziario. Solo dopo l'accettazione da parte del promotore delle modifiche proposte, l'amministrazione aggiudica la concessione. Qualora, invece, il promotore non accetti le modifiche proposte, l'amministrazione ha facoltà di richiedere le modifiche ai concorrenti successivi in graduatoria alle stesse condizioni proposte al promotore. In caso di accettazione da parte del concorrente, l'amministrazione aggiudica una concessione a quest'ultimo.

Il) Modello bifase (art. 153, comma 15). In alternativa alla procedura sopra descritta, il Codice dei contratti prevede la possibilità di ricorrere ad una procedura di aggiudicazione bifasica. La scelta del concessionario, infatti, avviene in due fasi: a) nella prima viene individuato il promotore che presenta la migliore offerta e b) nella seconda, viene individuata la migliore offerta sul progetto preliminare. Il promotore, ovvero il soggetto vincitore della prima fase, si trova in posizione di vantaggio rispetto agli altri concorrenti in forza di un diritto di prelazione: difatti, questi può divenire concessionario adeguando la sua offerta a quella maturata nella seconda selezione. La procedura bifasica consta quindi dei seguenti passaggi:

- l'amministrazione mediante bando seleziona la migliore offerta attribuendo al proponente la qualifica di promotore;
- il progetto preliminare risultato migliore è approvato dall'amministrazione – dopo aver richiesto eventualmente delle modifiche allo stesso al promotore – ed è posto a base di una seconda gara indetta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

aggiudicatrice è espressione dell'esercizio di discrezionalità amministrativa, anziché tecnica.

- nell'eventualità che non vi siano offerte economicamente più vantaggiose rispetto a quella del promotore, il contratto è aggiudicato a quest'ultimo. Nel caso invece ci siano altre offerte giudicate migliori, il promotore ha facoltà di adeguare la propria offerta a quella giudicata economicamente più vantaggiosa aggiudicandosi il contratto. In caso contrario, la concessione è aggiudicata al migliore offerente.

III) *Modello di finanza di progetto ad iniziativa privata (procedura ai sensi dell'art. 153 commi 16 e 19)*. Le due procedure precedenti sono caratterizzate dall'impulso dell'amministrazione che pubblica il bando di gara per la individuazione del promotore. Un terzo modello previsto dal codice dei Contratti pubblici è quello della finanza di progetto su impulso dell'iniziativa privata. In tale procedimento, tutti gli atti della gara sono predisposti dal promotore. Quindi, qui il ruolo del privato diviene molto rilevante. La valutazione dell'Amministrazione sarà fatta in via comparativa, fino a scegliere quella che l'Amministrazione riterrà più idonea al soddisfacimento del pubblico interesse, e quella prescelta costituirà la base di una gara per l'affidamento successivo del contratto di concessione di costruzione e gestione.

In definitiva, i vantaggi conseguibili dall'utilizzo dei modelli di PPP appaiono duplici. In primo luogo, il meccanismo di co-finanziamento pubblico appare sopperire alla mancanza di investimenti economici da parte privata. D'altronde, l'operatore privato è messo in grado di recuperare il capitale investito: la remuneratività del suo investimento può realizzarsi già in fase di costruzione dell'opera, ma soprattutto in fase di gestione della stessa, attraverso la tariffazione diretta degli utenti che ricevono il servizio (cd. opere calde), nonché il pagamento di un canone da parte dell'Amministrazione per la messa a disposizione dell'infrastruttura e l'erogazione dei servizi resi (opere fredde).

La procedura della finanza di progetto, inoltre, rappresenta anche un vantaggio per l'agire della Pubblica Amministrazione: essa appare

particolarmente idonea per lo sviluppo di opere tecnologicamente avanzate, poiché spesso l'amministrazione pubblica non è in grado di elaborare i piani economici-finanziari e progetti tecnici preliminari. Sicché, «le procedure descritte consentono all'amministrazione di attingere già nella fase della programmazione alle capacità progettuale ed all'iniziativa del privato che può farsi propulsore di interventi mirati alla diffusione delle NGN a vari livelli territoriali».

Se ciò è vero in linea generale, l'applicazione concreta che la legge n. 69 del 2009 fa dell'istituto non appare invece esente da critiche. Anzitutto, il finanziamento degli 800 milioni di euro non viene destinato in maniera specifica a colmare il *d.d.*, ma potrebbe essere utilizzato per altre finalità, dal momento che nel testo approvato si parla genericamente di «adeguamento delle reti elettroniche». A ciò si aggiunga che, qualora l'importo di 800 milioni venisse interamente devoluto agli investimenti per la b.l., sarebbe comunque del tutto insufficiente a coprire le spese per lo sviluppo delle tecnologie necessarie a erogare la banda ultralarga, come la fibra ottica¹⁷⁷, e per i quali gli operatori privati investono poco, data

¹⁷⁷ Il rapporto Caio ha stimato che servono 10 miliardi in 5 anni per collegare 10 milioni di famiglie. In verità, la legge 24 Dicembre 2007, n. 244, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 300 del 28 dicembre 2007 (Legge finanziaria del 2008) aveva previsto all'art. 2, comma 299, le seguenti disposizioni: Al fine di sostenere nuovi processi di realizzazione delle infrastrutture per la larga banda sul territorio nazionale, le risorse del Fondo per le aree sottoutilizzate di cui all'articolo 61 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, destinate al finanziamento degli interventi attuativi del Programma per lo sviluppo della larga banda nel Mezzogiorno da parte del Ministero delle comunicazioni per il tramite della Società infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia S.p.A. (Infratel Italia), di cui all'articolo 7 del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 maggio 2005, n. 80, sono incrementate di 50 milioni di euro per l'anno 2008. Successivamente, sulla Gazzetta ufficiale n. 124 del 28 Maggio 2008 venne pubblicato il decreto legge 27 maggio 2008, n. 93, recante «Disposizioni urgenti per salvaguardare il potere di acquisto delle famiglie». Sulla Gazzetta Ufficiale n.174 del 26 luglio 2008 venne a sua volta pubblicata la legge 24 luglio 2008 n. 126, di conversione, con modificazioni, del D.L. 27 maggio 2008, n.93, recante «Disposizioni urgenti per salvaguardare il potere d'acquisto delle famiglie». La legge 126/2008 conferma le disposizioni fiscali di interesse per il settore già contenute nel D.L. 93/2008, e relative, fra l'altro, all'eliminazione dell'ICI sull'abitazione principale e la detassazione delle prestazioni di lavoro straordinario, supplementare, e dei premi di produttività. Per realizzare ciò, la legge ha operato tagli a finanziaria 2008: in particolare, all'art. 5, comma 12, viene disposto che: Sono abrogate tutte le disposizioni incompatibili

l'incertezza del ritorno economico. La somma, già di per sé esigua, d'altronde potrebbe subire una ulteriore rivisitazione «al ribasso», visto che l'art. 25 del d.l. n. 78/2009, prevede che lo stanziamento destinato a colmare il d.d. consista «fino a un massimo» di 800 milioni¹⁷⁸: disposizione di non poco conto, consegnata «...per consentire in extremis al Cipe di dirottare una parte delle risorse verso altre destinazioni, che rispetto all'internet veloce sono ritenute più urgenti in funzione anticrisi»¹⁷⁹.

Inoltre, gli incentivi pubblici previsti hanno natura sussidiaria, ossia sono destinati alle aree del Paese in cui è accertata la presenza del d.d. (aree sottoutilizzate), per cui soltanto lì dove l'operatore di telecomunicazioni ritenga che l'accesso al mercato risulti economicamente svantaggioso, interviene la sovvenzione statale. Da tanto emerge la natura residuale dell'intervento pubblico, suppletivo e sostitutivo di quello privato, relegato alle cd. zone bianche dove sussiste una situazione di fallimento di mercato. Se il decisore politico ha deciso di esimersi da un intervento di tipo straordinario, cioè riguardante tutte le aree territoriali del Paese, è possibile allora trarre una conclusione contraria a quanto premesso in origine: allo stato, non sussiste un deciso orientamento di indirizzo politico verso la definizione di un obbligo giuridico di realizzazione della b.l., per cui i servizi da essa erogabili non acquireranno il carattere della omogeneità e diffusività in tutto il territorio. In altri termini, non sarà possibile includere la banda larga fra gli obblighi di Servizio Universale.

Secondo parte della dottrina¹⁸⁰, d'altronde, la legge lascia indefiniti i concetti di «sistemi di reti aperto alla concorrenza» e di «partenariato pubblico/privato». Sicché, il decisore politico non specifica quale degli istituti di PPP dovrebbe essere prescelto dalle amministrazioni aggiudicatrici. Ciò

con la rideterminazione delle autorizzazioni di spesa di cui all'elenco 1 allegato al presente decreto.

¹⁷⁸ D. LEPIDO, *La banda larga perde i fondi*, in *Il sole 24 Ore*, 12 luglio 2009.

¹⁷⁹ C. FOTINA, *Banda larga all'esame del Cipe*, in *Il sole 24 Ore*, 14 luglio 2009.

¹⁸⁰ Cfr. G. DE MINICO, *La sfida europea sulle telecomunicazioni: autori, regole, obiettivi*, in PACE A.- ZACCARIA R.- DE MINICO G., *Mezzi di comunicazione e riservatezza*, Napoli, 2008, p. 181.

parrebbe costituire una garanzia posta a presidio dell'esercizio della discrezionalità dell'amministrazione, ma è altrettanto vero che l'utilizzo degli istituti del PPP nel rispetto delle regole sulla concorrenza parrebbe costituire un riferimento diretto alle norme comunitarie in materia di aiuti di Stato. Quindi, affinché l'impresa prescelta non si avvantaggi del finanziamento pubblico a discapito delle altre concorrenti, il modello di co-finanziamento adottato dalle Amministrazioni aggiudicatrici dovrebbe basarsi sull'utilizzo di gare a evidenza pubblica eque, trasparenti e non discriminatorie. In capo all'impresa designata, poi, dovrebbero imporsi le regole dell'*equal access*, di modo tale da garantire l'accesso all'infrastruttura da parte di tutte le altre che ne facessero richiesta.

Il modello delineato nella legge 69/2009, poi, sembra spostare la regia complessiva di sistema nelle mani dell'esecutivo, senza specificare le modalità di coinvolgimento degli enti territoriali (rimesse a generici accordi di programma) e riducendo il ruolo dell'A.G.Com. a quello di mero organo consultivo. A ciò si aggiunga che la procedura delineata appare alquanto farraginoso e complessa: il Governo individua e sottopone al Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE) l'approvazione nel programma per l'individuazione delle risorse necessarie, che integrano i finanziamenti pubblici, comunitari e privati allo scopo disponibili; stipula accordi quadro con le regioni interessate; individua le modalità di realizzazione delle infrastrutture nell'istituto della finanza di progetto.

3.4. L'intervento pubblico nel modello Infratel. L'art. 6, co. 1, del Decreto Legislativo 1 agosto 2003, n. 259 – Codice delle Comunicazioni Elettroniche –, prevede che «Lo Stato, le Regioni e gli Enti locali, o loro associazioni, non possano fornire reti o servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, se non attraverso società controllate o collegate». A tal

proposito, il modello della società Infratel¹⁸¹ realizza una ipotesi di finanziamento pubblico diretto, in cui la proprietà della infrastruttura apparterrà allo Stato, che la rivenderà poi al soggetto privato che ne faccia richiesta: tale intervento si differenzia quindi dal mero sostegno pubblico alla realizzazione di infrastruttura privata¹⁸².

¹⁸¹ In proposito, cfr. la Convenzione del 22 dicembre 2003, sottoscritta tra il Ministero delle Comunicazioni e Sviluppo Italia S.p.A., con la quale il Ministero ha affidato a quest'ultima l'attuazione del «Programma per lo sviluppo della banda larga nel Mezzogiorno». A tale scopo, Sviluppo Italia si impegna ad attuare gli interventi previsti nel Programma per il tramite di una società di scopo controllata, denominata Infrastrutture e Telecomunicazioni per l'Italia S.p.A. («Infratel»). Pertanto, l'Autorizzazione generale del Ministero delle Comunicazioni, ai sensi dell'art. 25, comma 4, del D. Lgs. 1° agosto 2003, n. 259 legittima Infratel, a far data dal 22 dicembre 2004, alla costruzione ed all'offerta di infrastrutture di rete di telecomunicazioni agli operatori e provider di settore ed alla Pubblica Amministrazione. L'Accordo di Programma (e relativo disciplinare di rendicontazione) di regolamentazione delle attività di realizzazione del potenziamento della rete infrastrutturale pubblica per la larga banda in tutte le aree sottoutilizzate del Paese, stipulato tra il Ministero delle Comunicazioni ed Infratel in data 22 dicembre 2005, in aggiornamento ed integrazione della Convenzione del 22 dicembre 2003, regola le modalità d'intervento sui territori, da attuarsi direttamente; o anche per il tramite di società pubbliche controllate o collegate ovvero per il tramite di altre aggregazioni d'impresa appositamente costituite (società di scopo, consorzi, formule di project financing).

Infratel costituisce, pertanto, il soggetto attuatore - per conto del Ministero delle Comunicazioni - degli interventi di sviluppo d'infrastrutture di reti di telecomunicazioni abilitanti alla banda larga. Infratel Italia ha la missione di estendere le opportunità di accesso alla banda larga nelle aree sottoutilizzate del Paese, attraverso la realizzazione e l'integrazione d'infrastrutture di rete di telecomunicazioni abilitanti alla banda larga. Le reti realizzate e integrate, di proprietà pubblica, vengono messe a disposizione di operatori, provider di telecomunicazioni e Pubbliche Amministrazioni. La società, pertanto, mira a realizzare infrastrutture di rete di telecomunicazioni a banda larga organiche ed integrate sul territorio nazionale, nonché di eliminare il d.d. nelle aree sottoutilizzate del Paese, per soddisfare le esigenze di servizio delle pubbliche amministrazioni e per sostenere lo sviluppo delle aree industriali. Il Programma di Infratel per lo sviluppo della Banda Larga si avvale delle risorse finanziarie attribuite da Leggi Finanziarie dello Stato (per 176 milioni di euro circa) e, in termini d'indirizzo programmatico, dal CIPE (nel periodo maggio 2005 - marzo 2006, per 175 milioni di euro) ai sensi della L. 80/2005. Strumentalmente all'esecuzione degli interventi d'attuazione del Programma Banda Larga, alle predette risorse finanziarie si aggiungono quelle apportate dalle Amministrazioni Regionali, in compartecipazione finanziaria degli investimenti¹⁸¹.

¹⁸² L'Accordo di Programma (e relativo disciplinare di rendicontazione) di regolamentazione delle attività di realizzazione del potenziamento della rete infrastrutturale pubblica per la larga banda in tutte le aree sottoutilizzate del Paese, stipulato tra il Ministero delle Comunicazioni ed Infratel in data 22 dicembre 2005, in aggiornamento ed integrazione della Convenzione del 22 dicembre 2003, regola le modalità d'intervento sui territori, da attuarsi direttamente; o anche per il tramite di società pubbliche controllate o collegate ovvero per il tramite di altre aggregazioni d'impresa appositamente costituite (società di scopo, consorzi, formule di *project financing*). A titolo esemplificativo: a seguito dell'espletamento di gara europea, Infratel ha assegnato alle società vincitrici di suddetta gara la realizzazione d'infrastrutture abilitanti alla banda larga in fibra ottica in tutte le

Nella legge n. 69/2009 lo Stato incentiva con co-finanziamenti pubblici la realizzazione di infrastrutture di proprietà privata, tramite forme flessibili di partenariato pubblico-privato; il modello Infratel, invece, comporta che il finanziamento pubblico sia teso alla realizzazione di infrastrutture di proprietà pubblica (statale o regionale), rivendute poi a singoli operatori, che provvederanno poi a erogare il servizio. La missione di Infratel, in altri termini, è quella di ampliare le opportunità di accesso alla rete e la penetrazione della larga banda, realizzando una infrastruttura tecnologicamente «neutra» rispetto agli operatori ed integrando - senza duplicarle - le nuove reti nelle infrastrutture esistenti, lì dove l'operatore privato ritenga economicamente svantaggioso l'investimento, senza discriminazioni ed a condizioni di equità. Pertanto, la «strategia» Infratel è quella di completare la rete installando fibra dove il privato decide di non metterla, perché valuta l'operazione antieconomica. In sostanza, Infratel serve per «completare la rete privata» con denaro pubblico. Ciò significa che la società Infratel non offre servizi agli utenti finali, compito rimesso successivamente all'operatore privato che acquista l'infrastruttura.

Se è vero, quindi, che la società Infratel realizza le infrastrutture nelle aree remote dove il privato non ha interesse a realizzarle, è altrettanto vero che la società dovrebbe essere libera di rivenderle a tutti gli operatori che manifestino la volontà di acquistarle, senza vincoli di priorità nei confronti dell'*incumbent* o di qualsiasi altro OLO. Invece, contrariamente a quanto appena detto, si segnala che in passato il Ministero delle Comunicazioni,

Regioni del Mezzogiorno (Abruzzo, Basilicata, Calabria, Campania, Molise, Puglia, Sardegna e Sicilia); dietro la stipula di Accordo di Programma fra Ministero delle Comunicazioni e la regione Lazio, inteso alla realizzazione di infrastrutture telematiche a «Banda Larga» destinate a superare il divario digitale nelle aree marginali e sottoutilizzate della Regione Lazio, si affida la realizzazione del Programma Banda Larga ai sensi della L. 80/2005, alla società Infratel. Le parti hanno convenuto che le infrastrutture di telecomunicazioni realizzate ed integrate sul territorio regionale del Lazio siano di proprietà Infratel relativamente alle reti finanziate con provvista finanziaria dal CIPE e da Leggi Finanziarie dello Stato ed assegnata al Ministero delle Comunicazioni, di cui all'articolo 6, comma 1, lettera a), e di proprietà dell'Amministrazione Regionale relativamente alle reti finanziate con provvista finanziaria dell'Unione Europea, e relativo cofinanziamento dello Stato, afferenti al Programma Operativo della Regione Lazio (P.O.R. – FESR).

Infratel s.p.a, e i primi due operatori, Telecom Italia (accordo siglato il 18 dicembre 2007) e Fastweb (accordo siglato il 7 aprile 2008), hanno stipulato dei protocolli d'intesa per favorire lo sviluppo di infrastrutture a banda larga su tutto il territorio nazionale. L'obiettivo dell'accordo è quello di individuare le forme perseguibili di sinergia sul territorio per creare un'infrastruttura evoluta ed integrata abilitante alla banda larga. Il Ministero, Infratel e i due operatori si sono impegnati con un *Memorandum of Understanding* a condividere le informazioni circa la pianificazione degli interventi nelle aree di divario digitale, tenendo conto dei programmi di infrastrutturazione attuati e pianificati dal Ministero in accordo con le Regioni e dei programmi di investimento dei due operatori. Il che equivale a costituire un vero e proprio diritto di prelazione nell'acquisto della proprietà delle infrastrutture da parte dei suddetti operatori, a discapito degli altri.

3.5. Osservazioni critiche. Le sovvenzioni statali: dagli aiuti di Stato alla compensazione per la fornitura di servizi di interesse economico generale?

Entrambi i modelli esaminati riguardano le sole zone marginali, cioè lì dove è presente un d.d. dovuto a una pregressa situazione di market failure. In altri termini, non si tratta di intervento pubblico diffuso, ma concentrato a soccorrere il difetto di mano privata. Quindi, dall'analisi sino ad ora condotta, emerge che le politiche regolatorie in corso affidano al mero funzionamento del mercato la realizzazione del diritto a connettersi alla banda larga per ottenere prestazioni di qualità, poiché lì dove l'operatore privato investe spontaneamente, ritenendolo economicamente vantaggioso, lo Stato omette di intervenire, confinando così il suo ruolo all'impiego di misure di natura sussidiaria.

Tale limite all'intervento pubblico si fonderebbe sul fatto che, secondo gli orientamenti comunemente accolti in sede europea, qui troverebbe

applicazione l'istituto degli aiuti di Stato¹⁸³ i quali, a loro volta, finirebbero col disincentivare gli investimenti privati. Difatti, l'intervento pubblico a sostegno della banda larga in aree in cui gli operatori di mercato sarebbero normalmente portati a investire o nelle quali hanno già investito potrebbe incidere sugli investimenti già realizzati e ripercuotersi su quelli futuri, disincentivandoli.

Dalla impostazione in questa sede proposta, invece, ne conseguirebbe *ipso iure* la necessità di un intervento pubblico in via principale, vincolato nel se e nel come: obbligo di intervento statale destinato a garantire non il semplice diritto a connettersi, ma la possibilità di usufruire in maniera equa e diffusa dei vantaggi che la connessione veloce offre. Una tesi contraria contrasterebbe con l'ipotesi ricostruttiva premessa in origine, ossia con la possibile configurazione in termini di diritto soggettivo – cui corrisponde un preciso obbligo statale – della possibilità di accedere alle prestazioni essenziali di determinate qualità offerte dalla banda larga e ultra larga, a prescindere dalla ubicazione geografica del cittadino utente. In altri termini, anche alla luce dei ultimi criteri elaborati dalla Commissione europea , «...gli stati membri possono ritenere che lo sviluppo di rete e la fornitura di servizi a banda larga debbano considerarsi servizi pubblici o di interesse economico generale ai sensi dell'art. 86, paragrafo 2 del Trattato CE»¹⁸⁴. Sicché,

¹⁸³ Com'è noto, ai sensi dell'Art. 87 paragrafo 1 del Trattato Ce, affinché una misura si configuri come aiuto di Stato devono presentarsi cumulativamente i seguenti requisiti: 1) la misura viene concessa mediante risorse statali (sovvenzioni, riduzioni fiscali ecc.); 2) la misura conferisce all'impresa che esercita un'attività economica un vantaggio economico, in quanto essa potrà svolgere la sua attività in presenza di condizioni che - in mancanza dell'intervento pubblico - non si verificherebbero sul mercato; 3) il vantaggio è selettivo (si rivolge a imprese che operano in particolari regioni o in particolari segmenti del mercato) e minaccia o rischia di minacciare la concorrenza; 4) la misura incide negativamente sugli scambi fra gli Stati membri. Pertanto, il controllo della Commissione sugli aiuti degli Stati membri in materia di banda larga è inteso a verificare che gli effetti positivi dell'intervento pubblico siano superiori agli effetti negativi in termini di distorsione della concorrenza. Sul punto, cfr. la Sez. I del presente lavoro.

¹⁸⁴ Cfr. sul punto il Draft della Commissione Europea dal titolo «Orientamenti comunitari relativi all'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato in relazione allo sviluppo rapido di reti a banda larga». Com'è noto, l'articolo 86, paragrafo 2 del trattato CE, riconosce implicitamente agli Stati membri il diritto di imporre specifici obblighi di servizio pubblico agli operatori economici. I prestatori di servizi di interesse generale o di servizi

l'intervento pubblico a sostegno di una impresa privata prescelta dietro gara a evidenza pubblica non potrebbe essere configurato come aiuto di Stato¹⁸⁵: il sovvenzionamento statale atto a rispondere ai bisogni della collettività assumerebbe il carattere di compensazione destinata a fronteggiare i costi di fornitura di servizio economico generale.

Lo stesso modello prefigurato nel Rapporto Caio sembra offrire sostegno all'impostazione suddetta, secondo la quale i servizi di b.l. presuppongono la pretesa di prestazione uniforme per qualità e dislocazione territoriale, allorquando suggerisce di assicurare una velocità minima di 1 Mb per il 99 per cento della popolazione entro il 2011, suddividendo il territorio nazionale in aree in ognuna delle quali mettere a gara la copertura stabilendo un tetto massimo di finanziamento pubblico.

3.6. Segue. Verso un modello di finanziamento pubblico -privato? Alcune soluzioni per fronteggiare il rischio da digital divide. Alla luce dei recenti

pubblici che hanno ricevuto detto incarico con atto dei pubblici poteri sono esentati dal rispetto delle norme del trattato nella misura in cui ciò sia strettamente necessario per l'assolvimento della loro missione di interesse generale.

Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia CE, un intervento statale inteso a compensare la fornitura di un servizio pubblico o di un servizio di interesse economico generale non ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 87, paragrafo 1 del trattato CE, ossia non è considerato aiuto di Stato, purché vengano rispettate le condizioni previste dalla nota sentenza Altmark¹⁸⁴: obblighi di servizio pubblico affidati dietro incarico e chiaramente definiti; parametri per il calcolo della compensazione definiti in modo obiettivo e trasparente; compensazione non eccedente quanto necessario per assolvere gli oneri di servizio pubblico; scelta dell'operatore privato mediante procedura di appalto pubblico che consenta di selezionare l'operatore in grado di fornire i servizi al costo più basso o mediante analisi dei costi che una impresa media avrebbe dovuto sopportare. Malgrado l'ampia discrezionalità di cui godono gli Stati membri nel definire ciò che viene considerato servizio di interesse economico generale o missione di servizio pubblico, la Commissione può mettere in discussione la suddetta definizione in caso di errore manifesto. Sul punto, si rinvia ancora alla Sez. I del presente Lavoro.

¹⁸⁵ Secondo i criteri elaborati dalla Commissione europea, una volta stabilito che una misura a sostegno della banda larga notificata si configura come aiuto di Stato ai sensi dell'art. 87, paragrafo 1, del Trattato CE, la Commissione ne valuta la compatibilità in base al disposto dell'art. 87, paragrafo 3, lettera c): «Possono considerarsi compatibili con il mercato comune...gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse...».

orientamenti della Commissione europea, le politiche regolatorie pubbliche potrebbero prevedere le seguenti misure:

l) *Aree bianche* ¹⁸⁶:

a) Lo Stato interviene fornendo sostegno finanziario alla realizzazione di infrastrutture di proprietà privata da parte di società individuate dietro gara a evidenza pubblica¹⁸⁷. In tal caso, secondo gli orientamenti della Commissione, la misura dovrebbe rispettare le regole comunitarie in materia di aiuti di Stato; d'altro canto, l'operatore privato incaricato di realizzare la rete è tenuto a rispettare le regole asimmetriche dell'*equal access*, con relativo obbligo di separazione strutturale e conseguente messa a disposizione della propria rete agli OLO che ne facessero richiesta, secondo condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie.

b) Realizzazione in via diretta, o sovvenzioni dirette alla realizzazione di infrastrutture essenziali di telecomunicazioni di proprietà pubblica, messe poi a disposizione degli operatori privati al fine di gestire l'infrastruttura e il servizio. In questo caso *ll'equal access* è realizzato *in re ipsa* perché il venditore dell'accesso è il soggetto proprietario della rete che non fornisce il servizio al dettaglio, quindi ha un suo interesse a vendere a prescindere dalla provenienza della domanda soggettiva di acquisto. Questo è il fondamentale pregio: la disintegrazione verticale tra gestore e fornitore. Questo intervento diretto dello stato nell'economia non è aiuto di Stato¹⁸⁸

¹⁸⁶ Ovverosia, aree rurali scarsamente popolate, senza alcuna possibilità di accesso alla banda larga o scarsamente servite. La prassi della Commissione è orientata nel senso di ritenere l'aiuto compatibile con l'art. 87, co. 3. CE.

¹⁸⁷ In altri termini, si tratterebbe di applicare su scala nazionale il noto modello alla scozzese (su cui v. infra, parag. Successivo). D'altronde, è lo stesso Rapporto Caio che, nel suggerire nuovi modelli implementativi, prevede di suddividere il territorio nazionale in più aree (di modo tale da moltiplicare i soggetti fornitori), in cui mettere a gara la copertura dell'area e la fornitura del servizio. Questo modello dovrebbe altresì prevedere un tetto massimo del finanziamento per ogni area, nonché l'obbligo in capo al fornitore di realizzare una rete aperta.

¹⁸⁸ Secondo il *Draft* quando le autorità pubbliche decidono di intraprendere in via diretta parte dei lavori pubblici (scavi, realizzazione di condotte), creando i prerequisiti necessari affinché i gestori di servizi possano sviluppare le proprie infrastrutture, senza restringere l'intervento a un determinato settore ma rivolgendosi a tutti i potenziali utenti, tali interventi non rientrano nel campo di applicazione dell'art. 87, par. 1, del Trattato CE.

perché qui lo Stato non sovvenziona un'attività privata a discapito di un'altra, ma espleta in prima battuta un servizio di interesse economico generale, la cui compatibilità ai sensi dell'art. 86 del Trattato va valutata in termini di assolvimento degli oneri sociali e di proporzionalità dei costi ai vantaggi sociali (cfr. sent. Altamark). Secondo l'impostazione tradizionale della Commissione, invece, in questo caso l'intervento pubblico si configura come aiuto di Stato ai sensi dell'art. 87, comma 3 del Trattato, in quanto, attraverso la procedura di gara gli operatori selezionati potrebbero ricevere un sostegno finanziario che consentirà loro di entrare sul mercato e di fornire servizi a banda larga a condizioni più vantaggiose di quelle altrimenti presenti. In tal caso, quindi, gli operatori di telecomunicazione dovrebbero avere accesso *wholesale* all'infrastruttura sovvenzionata a condizioni non discriminatorie; in base all'appalto gli operatori selezionati sarebbero tenuti a fornire servizi *wholesale* ad altri operatori a condizioni uguali e non discriminatorie che possano riproporre nelle loro offerte *retail*. Le tariffe *wholesale* applicate dai beneficiari non dovrebbero superare una certa percentuale dei loro prezzi *retail*.

II) Aree grigie¹⁸⁹:

Sebbene nella zona considerata sia presente già un operatore di rete, è possibile che tutte o alcune categorie di utenti non vengano adeguatamente servite, a causa della scarsa presenza di servizi offerti o per la mancanza di prezzi abbordabili; oppure, lo svantaggio per il consumatore finale potrebbe essere indiretto, allorquando l'area considerata presenti ostacoli generali tali da impedire l'eventuale ingresso di nuovi operatori nel mercato. L'intervento pubblico potrebbe allora sopperire agli svantaggi connessi alla presenza dell'operatore in situazioni di monopolio: in tal caso,

¹⁸⁹ Sono aree in cui la banda larga è stata già implementata, ma rappresenta ancora un servizio molto costoso e poco competitivo, fornito in condizioni di monopolio. In questi casi, la Commissione valuta più nel dettaglio i progetti presentati per verificarne la compatibilità, come è avvenuto nel caso dell'Irlanda e della Grecia.

secondo gli orientamenti della Commissione, sarebbe necessaria un'analisi più approfondita¹⁹⁰, al fine di verificare la compatibilità degli aiuti con il mercato comune. Quindi, le misure regolatorie pubbliche potrebbero riguardare non solo le zone caratterizzate da fallimento di mercato, dove l'impresa privata non ha interesse a investire, ma anche quelle che, pur essendo state oggetto di precedenti interventi infrastrutturali, necessitano da lungo periodo di lavori di manutenzione e ammodernamento, o della realizzazione di nuove opere per l'utilizzo di tecnologie alternative, o riguardino territori strettamente limitrofi alle cd. zone nere¹⁹¹: di modo tale che l'intervento pubblico non disincentivi l'iniziativa economica privata e ciascun cittadino, ovunque risieda, possa essere messo in grado di usufruire

¹⁹⁰ Nel valutare la proporzionalità delle misure notificate, le condizioni necessarie per minimizzare l'aiuto e le possibili distorsioni della concorrenza sono: esigenza di procedere con la mappatura della zona; garantire l'aggiudicazione tramite gara d'appalto a evidenza pubblica; premiare l'offerta economica più bassa; optare per il principio della neutralità tecnologica; ove possibile, avvalersi delle infrastrutture esistenti; obbligo di concedere l'accesso all'ingrosso dell'infrastruttura; parametrizzazione dei relativi prezzi; garantire meccanismi di recupero per evitare sovracompenzazioni. Cfr. *Draft*.

¹⁹¹ A questo proposito, si v. il Case n. 284/2005, *Regional Broadband Programme: Metropolitan Area Networks («MANs»)*, phases II and III – Irlanda, dell'08.03.2006, in materia di aiuti di Stato. In proposito, il governo irlandese aveva deciso di mettere in atto un programma per aiutare il settore privato a affrontare le carenze esistenti nel settore delle infrastrutture dei servizi in tutta l'Irlanda, ossia nelle zone urbane (aree grigie) e in quelle rurali. In particolare, il Piano di sviluppo 2000-2006, prevedeva l'accantonamento di 200 milioni di euro per realizzare progetti di infrastrutture a banda larga. L'obiettivo principale del programma, denominato «Metropolitan Area Networks» era quello di fornire infrastrutture di comunicazione (canali, fibre) agli operatori nelle città al di fuori di Dublino, al fine di ridurre gli elevati costi fissi di costruzione, tali da rappresentare una importante barriera all'entrata in questo mercato. Pertanto, il programma MAN prevedeva forme di finanziamento pubblico destinati a realizzare il cosiddetto «mezzo miglio» tra rete locale e le reti regionali. Mentre l'infrastruttura passiva MAN era di proprietà dello Stato, gli enti statali non venivano direttamente coinvolti nella gestione delle infrastrutture, ma liberamente accessibile ai privati dietro pagamento di un canone e della corresponsione di una parte dei ricavi. La Commissione, pur non condividendo l'impostazione del governo irlandese, secondo cui l'attività poteva qualificarsi come servizio di interesse economico generale, nel complesso - e in considerazione delle peculiarità del mercato irlandese - concluse nel senso che l'impatto globale del provvedimento sul mercato della banda larga fosse positivo, e che la misura, pur qualificandosi come aiuto di Stato, fosse chiaramente in linea con gli obiettivi di cui all'articolo 87 (3) (c), del trattato CE, in quanto agevolava lo sviluppo di talune attività economiche (commercio all'ingrosso e, indirettamente, al dettaglio ad alta velocità servizi a banda larga) in alcuni settori economici (obiettivo di coesione; città che sono in ritardo rispetto a Dublino e altre grandi città irlandesi). L'intervento, infatti, era stato progettato in modo tale da non falsare la concorrenza o da non incidere le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse.

delle prestazioni essenziali tramite l'utilizzo delle banda larga e ultra larga¹⁹². In altri termini, potrebbe dirsi che il bene-mezzo (infrastruttura) appare essere idoneo al conseguimento del bene-finalità (coesione sociale) quando il modello regolativo autoritativamente imposto ne configuri in anticipo capacità di estensione diffusa nel territorio poiché, altrimenti ragionando, nel lungo periodo potrebbe profilarsi un rischio opposto, quello del realizzarsi di situazioni di «d.d. al contrario».

III) Aree nere¹⁹³:

Secondo l'impostazione tradizionale accolta in sede europea, quando in una determinata zona geografica operano almeno due fornitori di servizi a rete in condizioni di concorrenza delle infrastrutture¹⁹⁴, non sussiste fallimento di mercato. Pertanto, l'intervento pubblico sotto forma di aiuti intesi a finanziare la costruzione di una ulteriore rete sarebbe tale da falsare la concorrenza, e sarebbe pertanto ritenuto incompatibile con le norme in materia di aiuti di Stato.

Questa rigida impostazione iniziale pare stia subendo un correttivo negli ultimi orientamenti della Commissione, secondo i quali, piuttosto, si dovrebbe valutare la conformità degli aiuti alle regole comunitarie alla luce di un ragionevole bilanciamento fra interessi di natura pubblica e privata. Difatti, l'intervento pubblico dovrebbe essere sostanzialmente teso a garantire «[...] che le misure di aiuto pervengano ad una copertura e ad una diffusione della banda larga maggiori, o in tempi più brevi, rispetto alla

¹⁹² Altro poi sarebbe il problema dell'individuazione dell'impresa designata alla prestazione, su cui si rinvia alla sez. I del lavoro.

¹⁹³ Sono zone caratterizzate da almeno due fornitori di servizi a rete a banda larga e la fornitura avviene in condizioni di concorrenza basata sulle infrastrutture, quindi non sussiste la condizione di fallimento di mercato. Qui la Commissione generalmente esclude la possibilità di erogazione di finanziamenti pubblici perché questi rischierebbero di disincentivare la concorrenza, affossandola, conferendo al contempo un vantaggio all'impresa destinataria. Emblematico è il caso della città olandese di Appingendam, in cui il progetto è stato respinto in quanto la Commissione ha ritenuto già sufficientemente sviluppato il mercato regionale della banda larga.

¹⁹⁴ Secondo la tesi tradizionale, è altresì molto probabile che gli operatori delle tradizionali reti a banda larga già esistenti siano incentivati a trasformarli in nuove NGN verso le quali trasferire la clientela.

situazione in assenza di aiuti e che gli effetti positivi dell'intervento pubblico siano superiori agli effetti negativi in termini di distorsione della concorrenza». In tal guisa, gli Stati membri dovrebbero dimostrare che gli operatori di rete a banda larga esistenti non prevedano di investire nel lungo periodo, e che la risposta alle domande degli utenti circa le esigenze di connessione veloce appaia insoddisfacente. La spinta verso una accelerazione qualitativa/temporale delle infrastrutture di NGN giustificherebbe, quindi, l'intervento pubblico anche in quelle aree non soggette a fallimento di mercato, purché il beneficiario degli aiuti garantisca l'accesso all'ingrosso degli OLO nel lungo periodo, secondo regole definite *ex ante* dalle autorità nazionali di regolamentazione, che garantiscano la non discorsività dell'aiuto rispetto alla dinamica competitiva¹⁹⁵.

Altro è lo stato dell'arte. Il Piano Caio per lo sviluppo della banda larga aveva lanciato tre proposte per garantire lo sviluppo della banda larga in Italia¹⁹⁶. Il governo, dopo lunghi mesi di silenzio ne ha individuato una quarta¹⁹⁷: investimenti pari a 1,47 miliardi di euro, di provenienza varia¹⁹⁸. In Italia, ad oggi, risultano stanziati 800 mln di Euro (fondi FAS, il cui impegno è vaglio del CIPE), 264 mln di Euro (già adibiti per il progetto banda larga, provenienza Infratel) e 188 mln di Euro (fondi FESR). Dunque, una consistenza

¹⁹⁵ In tal caso, la regolamentazione *ex ante* imposta all'impresa beneficiaria degli aiuti non assume il carattere proprio della norma asimmetrica, piuttosto l'obbligo di accesso diventa obbligazione che la stessa assume quale contropartita per l'aiuto concessogli, secondo i termini di una relazione sinallagmatica, «...il che potrebbe comportare la risoluzione dell'aiuto e la conseguente restituzione dell'apporto finanziario per grave e reiterato inadempimento dell'obbligazione di accesso». Per queste riflessioni, cfr. G. DE MINICO, *Regulation, Banda Larga e Servizio Universale. Immobilismo o innovazione?*, cit., p. 21.

¹⁹⁶ Una prima proposta prevedeva 10 miliardi di euro di investimenti in 5 anni per collegare in fibra ottica 10 milioni di famiglie italiane; una soluzione intermedia, con investimenti per 5,4 milioni di euro in 4 anni, per collegare alla fibra ottica 4 milioni di famiglie; una soluzione meno ambiziosa, che tentava di far convergere investimenti pubblici e privati in una rete mista a fibra e rame.

¹⁹⁷ Cfr. l'Audizione di P. Romani dinanzi alla IX Commissione Trasporti della Camera, 9 giugno 2009.

¹⁹⁸ In particolare: 800 milioni di euro stanziati con la legge n. 69 del 2009; 264 milioni dai fondi strutturali europei F.A.S.; 188 milioni, di cui 94 milioni di euro comunitari e 94 milioni di euro della quota parte nazionale da investire nelle aree rurali a sviluppo intermedio e rurali con problemi complessivi di sviluppo del Paese; 210 milioni di provenienza privata.

economica minima rispetto alle necessità del Paese, cui si aggiunge la circostanza, di non poco conto, per cui a distanza di mesi non è ancora intervenuta l'approvazione del CIPE. A ciò si aggiunga la considerazione che, in mancanza di adeguati finanziamenti pubblici, vengono meno anche gli impegni di investimento degli operatori privati nelle zone meno profittevoli, dove è indispensabile il soccorso della mano pubblica¹⁹⁹. Valutazioni economiche a parte, occorre considerare anche che il Governo, nell'annunciare al Paese i suoi obiettivi di *policy*, non ha previsto la fissazione degli *standard* minimi di qualità del servizio. Ha preferito adottare un approccio progressivo, che prevede una prima fase orientata all'abbattimento del d.d., e una seconda per lo sviluppo effettivo di infrastrutture, il che non elimina la preoccupazione derivante dal non aver chiaramente stabilito un progetto pluriennale, con scadenze e obiettivi precisi, in merito al perseguimento della seconda fase.

4. Le «Linee guida per i piani territoriali per la banda larga».

In questa parte verranno esaminati i più diffusi modelli di intervento regionale e locale atti a rimediare alle situazioni di *d.d.* presenti nel proprio territorio. Si tratta di modelli che meritano particolare attenzione, poiché potrebbero essere adottati anche a livello nazionale, al fine di avviare una congrua politica di sviluppo della b.l.

In proposito, le Linee Guida per i Piani regionali per la banda larga²⁰⁰ hanno delineato alcuni modelli di adozione di Piani territoriali per la

¹⁹⁹ E. SEGANTINI, *L'internet veloce italiano? È fermo*, in *Corriere della Sera*, 4 Settembre 2009.

²⁰⁰ Nel mese di settembre 2007, durante la scorsa Legislatura, il Governo ha dato vita al Comitato Interministeriale per la diffusione della banda larga, (www.comitatobandalarga.it), con il compito di pianificare gli sviluppi delle reti di b.l. e di destinare a specifici territori le relative risorse stanziare nelle leggi finanziarie. Il Comitato ha emanato le Linee guida per i Piani regionali per la banda larga. Esse sono state

realizzazione delle infrastrutture, che a loro volta si snodano secondo un percorso logico suddiviso in fasi, in quanto scandite da atti formali di adozione: l'ente territoriale dovrebbe anzitutto effettuare una misurazione del livello di *d.d.* presente sul proprio territorio (inteso come percentuale di copertura della popolazione, al netto degli eventuali ostacoli tecnici), per poi procedere alla pianificazione dell'intervento, a sua volta suddiviso nella definizione degli obiettivi²⁰¹, nell'istruttoria con gli operatori²⁰² e nella segmentazione del territorio²⁰³.

Tale sequenza procedimentale sfocerà nell'adozione di un preciso modello di intervento (cd. fase della progettazione). I modelli prevalenti, adottati attraverso atti esecutivi (quali delibere e successivi bandi) sono i seguenti:

a) *Protocolli d'intesa con gli operatori per la realizzazione delle infrastrutture*: il modello prevede l'accordo tra amministrazione e operatori per l'attuazione dei reciproci impegni, secondo il modello negoziato del protocollo d'intesa. Il modello prevede che l'amministrazione e gli operatori presenti sul territorio: a) condividano l'obiettivo di annullamento del *digital divide* infrastrutturale; b) abbiano propri piani di investimento sulla banda larga e li condividano, l'amministrazione con riferimento allo sviluppo di contenuti multimediali e servizi in rete, gli operatori invece con riferimento all'adeguamento della loro infrastruttura TLC verso il superamento del *digital*

successivamente approvate dalla Commissione Permanente per l'Innovazione Tecnologica negli Enti Locali e nelle Regioni, nonché dalla Conferenza Unificata; le Regioni si impegnano a pianificare gli sviluppi delle reti in ottemperanza alle Linee guida emanate dal Governo.

²⁰¹ Gli obiettivi riguarderanno il livello di servizio, cioè la larghezza della banda da garantire, la percentuale di popolazione da coprire e l'orizzonte temporale entro cui raggiungere tale risultato.

²⁰² Il dialogo con gli operatori di telecomunicazioni è destinato a rivelare le aree nelle quali gli investimenti richiesti e le condizioni di mercato non giustificano l'intervento autonomo degli operatori.

²⁰³ La segmentazione del territorio porterà a identificare tre aree all'intervento di un piano di intervento: le aree nelle quali gli operatori saranno in grado di investire autonomamente (aree di mercato); le aree in cui gli operatori non sono disponibili a investire nelle attuali condizioni, ma lo potrebbero fare sulla base di meccanismi incentivanti (aree di incentivazione); le aree in cui il fallimento di mercato è tale che potrà essere previsto soltanto l'intervento pubblico (aree di intervento pubblici diretto).

divide; c) negozino il contenuto dei rispettivi piani, al fine assicurarne la coerenza e la reciproca convenienza; d) concordino sulle modalità di realizzazione e di «governo» dell'accordo (istituzione di strutture di coordinamento e controllo, azioni di monitoraggio, iniziative di comunicazione, e così via). Questo modello appare idoneo perché garantisce il massimo rispetto dei reciproci ruoli²⁰⁴. Ma qual è il valore vincolante di un tavolo tecnico? Perché l'amministrazione dovrebbe decidere di negoziare con alcune imprese e non con altre? E come garantire la rappresentazione degli interessi degli utenti?

b) *Sovvenzione agli operatori per la realizzazione delle infrastrutture strategiche*: si tratta del modello scozzese²⁰⁵, che prevede l'erogazione di un finanziamento pubblico degli operatori, limitato alle zone in cui si verificherà presumibilmente un fallimento di mercato (*market failure*), tramite una procedura ad evidenza pubblica, mirante a selezionare uno o più operatori di telecomunicazioni che intendano investire nel territorio. L'intervento pubblico deve essere preceduta dalla notifica alla Commissione europea secondo la nota procedura sugli aiuti di stato compatibili; l'intervento pubblico deve essere necessario, proporzionale, teso a evitare la distorsione del mercato, e subordinato all'effettivo verificarsi, *ex post*, del fallimento di mercato durante l'arco di validità dell'incentivo. Si tratta di un modello che in Italia ha avuto attuazione, per la prima volta, nell'esperienza della regione Toscana²⁰⁶.

²⁰⁴ Alcune Regioni (Piemonte, Liguria) hanno approvato protocolli d'intesa con gli operatori di telefonia al fine di condividere informazioni circa la pianificazione dei propri investimenti nello sviluppo della rete infrastrutturale e coordinare le azioni reciproche. Per monitorare l'attuazione dei contenuti dell'accordo sarà costituito un tavolo tecnico tra le parti.

²⁰⁵ Definito così a seguito del Progetto *Broadband in Scotland*, valutato dalla Commissione europea come aiuto di stato compatibile con l'art. 87, par. 3, lettera C del Trattato CE (State Aid n. 307/2004). Gli incentivi della regione Scozia allo sviluppo della b.l. sono stati oggetto di un'altra decisione della Commissione, C(2008) 1623 final, State Aid n. 14/2008 – *United Kingdom, Broadband in Scotland - Extending Broadband Reach*, che li ha valutati positivamente.

²⁰⁶ Con lettera registrata il 25 aprile 2006, le autorità italiane hanno notificato alla Commissione, ai sensi dell'art. 88, paragrafo 3 del trattato CE, il suddetto progetto. La

c) La realizzazione di una infrastruttura pubblica di *backhaul* che l'amministrazione concede in affitto a uno o più operatori al fine di rendere possibile la fornitura dei servizi (modello di partenariato pubblico privato). In altri termini, il modello prevede che l'amministrazione locale realizzi l'infrastruttura passiva (cavidotto e fibra spenta) per collegare siti di raccolta di accesso (centrali, antenne base, ecc.) ai *backbone* degli operatori, e conceda in affitto l'infrastruttura a uno o più operatori che in questo caso completano la rete con l'installazione degli apparati per l'attivazione del servizio di connettività. In questo caso, il settore pubblico interviene al livello più basso della catena del valore, ovvero realizza quella parte di intervento che generalmente rappresenta la più grande barriera all'entrata per gli operatori (circa il 70 per cento dei costi da sostenere per implementare una nuova rete *wired* e il 40 per cento per una *wireless*). Questo modello può essere utilizzato per aumentare la capillarità della rete in fibra ottica, che è indispensabile nel medio-lungo periodo per sostenere l'evoluzione incrementale delle velocità di accesso. In Italia questo modello è stato adottato da Infratel per completare alcune tratte di interesse di più operatori e collegare in fibra ottica alcune centrali di Telecom Italia. Non è considerato aiuto di stato purché vengano rispettate le condizioni previste dalla sentenza Altmark. Quindi, l'ingerenza pubblica si ferma al livello della infrastruttura passiva, lasciando agli operatori l'attivazione e l'organizzazione dei servizi.

d) La realizzazione di infrastruttura pubblica di accesso e affidamento in gestione a un operatore, tramite una gara pubblica (altro modello di partenariato pubblico privato). Il modello prevede che l'amministrazione

misura venne valutata positivamente dalla Commissione con la decisione State Aid n. 264/2006 – Italia - Banda larga nelle aree rurali della Toscana. Su casi italiani di tenore analogo, sottoposti all'attenzione della Commissione europea, v. decisione C (2006) 5480 def., N. 222/2006 – Italia, Aiuto per il superamento del digital divide in Sardegna; decisione C(2007) 4538 def.; Aiuto di Stato N 412/2007 – Italia, Aiuto per il progetto «Reduce digital divide» (RDD) in Piemonte, decisione C(2008)846 def.; Aiuto di Stato N 473/2007 – Italia, Connessioni a banda larga per l'Alto Adige; decisione C(2007) 5105 def.; Aiuto di Stato N 442/2007 – Italia, Aiuti a favore delle connessioni a banda larga nelle aree marginali del Veneto.

realizzi l'infrastruttura di rete di accesso ed eventualmente anche di *backhaul* e affidi la gestione ad un operatore, tramite gara pubblica. Tale modello è adatto alle aree più marginali, dove gli operatori presenti con proprie reti di accesso non reputano economicamente conveniente alcun tipo di investimento sulla propria rete o sono presenti dei vincoli tecnici che rendono pressoché impossibile o molto costoso erogare il servizio a banda larga sulla rete di accesso tradizionale (doppino). In questo modello, il settore pubblico interviene ad un livello più alto della catena del valore rispetto al modello precedentemente descritto della realizzazione del *backhaul* pubblico. Utilizzabile per la realizzazione di reti *wireless* in aree rurali o montane, dove è massimo il livello di fallimento del mercato. Anch'essa soggetta alle condizioni previste nella sentenza Altmark.

4.1. Notazioni critiche. *Quanto al valore delle Linee Guida.* Le Linee Guida hanno il valore di raccomandazioni: esse dettano ai destinatari gli obiettivi da raggiungere senza vincolare la condotta degli stessi, descrivendo una molteplicità di modalità per raggiungere il fine stabilito. Pertanto, esse rappresentano dei riferimenti comportamentali che si adattano alle situazioni locali ed in particolare alle disponibilità di risorse materiali ed umane; per definizione, non hanno valore giuridico vincolante ma, piuttosto, orientano le condotte dei destinatari finali verso un impegno programmatico. In ipotesi estrema, la regione potrebbe scegliere di raggiungere gli obiettivi cui essa è costituzionalmente vincolata senza tener conto delle stesse. Atteso che le Linee Guida sono atti politici – che non creano impegni giuridici per nessuna delle parti contraenti, Stato e Enti territoriali – ne consegue che se il piano territoriale non venisse adottato dalla regione, non vi sarebbe alcun inadempimento imputabile, e quindi non scatterebbe neanche il controllo sostitutivo ex art. 120, co. 2, Cost. Di conseguenza, può dirsi che le Linee Guida creino al più una mera

aspettativa in capo al privato, priva di cogenza giuridica, poiché non comporta un obbligo di attivazione da parte dell'Ente territoriale. Ciò determina il pericolo del realizzarsi di una b.l. a macchia di leopardo, stante la non vincolatività dei piani territoriali, rimessi nella loro adozione alle Regioni più virtuose. Invece, se le Linee Guida avessero assunto dignità di fonte giuridica vincolante – si pensi, ad esempio, all'ipotesi di un decreto legislativo o di un regolamento – esse avrebbero potuto imporre modelli di Piani territoriali obbligatori nel «se» e nel «come», promosse a descrivere la misura di essenzialità della prestazione.

Quanto alle modalità di intervento regionale. Dall'osservazione della prassi è possibile dedurre che ogni regione ha deciso di andare per conto suo. Questa moltitudine disordinata di interventi a livello di Regioni, Province e Comuni evidenzia uno scarso coordinamento tra le iniziative, obiettivi e criteri non condivisi delle reti e dei servizi da implementare, duplicazioni di reti esistenti, scarsa capacità di pianificazione progettuale. A tal proposito, il Rapporto Caio suggerisce di affidare al Ministero dello Sviluppo Economico – Dipartimento delle Comunicazioni, la regia della definizione degli obiettivi di copertura del d.d. e di qualità della rete a banda larga in Italia, cui si affianchi un forte presidio centrale sul monitoraggio del raggiungimento degli obiettivi di copertura²⁰⁷. Il tutto dovrebbe avvenire secondo un processo di coordinamento Stato – regioni, che individui il modello regolatorio nello strumento del Project Financing Pubblico-Privato; alle Regioni spetterebbe il compito di definire obiettivi di copertura/qualità delle reti locali coerenti con il piano nazionale, e di gestire il processo esecutivo di allocazione dei fondi (es. definizione specifiche bandi di gara e timing, ...).

²⁰⁷ In particolare, il Rapporto suggerisce al Ministero di operare attraverso la creazione di un database centralizzato della copertura di rete (rame, fibra ottica, radiomobile, WiMax, WiFi Hyperlan); la definizione delle aree a fallimento di mercato sulla base di criteri oggettivi; la valutazione delle tecnologie ottimali per la copertura delle aree a fallimento di mercato, da definire con il contributo dei principali gestori, allo scopo di definire il perimetro di investimento massimo; la raccolta dei dati di spesa pubblica già allocata e/o investita; la definizione di un ordine di priorità per gli investimenti.

4.2. Cases study. L'analisi procederà con lo studio di alcune esperienze territoriali poste a confronto.

4.2.1. Il modello scozzese nella regione Toscana. La Regione Toscana ha adottato un modello di finanziamento pubblico destinato alla realizzazione di infrastrutture di reti e servizi di proprietà privata; ne deriva il conseguente obbligo asimmetrico degli operatori prescelti di garantire l'equal access nei confronti degli OLO.

In proposito, la Legge regionale n. 1 del 26 gennaio 2004²⁰⁸ individua come elemento essenziale per lo sviluppo della società dell'informazione, la rimozione degli ostacoli che di fatto impediscono la piena parità di accesso alle informazioni e alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione; l'abbattimento del *digital divide* in ambito territoriale presenta una duplice finalità: favorire il processo di innovazione organizzativa e tecnologica delle pubbliche amministrazioni del territorio regionale in un contesto organizzato di cooperazione istituzionale; promuovere lo sviluppo della società dell'informazione e della conoscenza in ambito regionale a fini di progresso sociale e miglioramento della qualità della vita, favorendo la realizzazione personale e professionale nonché forme di cittadinanza attiva.

Con il Progetto «Banda larga nelle aree rurali della Toscana» la Regione si propone di abbattere significativamente, nel periodo 2006-2010, il *digital divide* presente sul territorio regionale.

La misura è finalizzata a sostenere ed incoraggiare l'adozione e la diffusione delle tecnologie di informazione e comunicazione nei territori e nel contesto produttivo rurale – ossia nelle aree dove è dimostrato il fallimento di mercato – per migliorare la competitività del sistema delle imprese e delle

²⁰⁸ Dal titolo «Promozione dell'amministrazione elettronica e della società dell'informazione e della conoscenza nel sistema regionale». Disciplina della «Rete Telematica Regionale Toscana», pubblicata in www.e.toscana.it/bandalarga.

aree rurali. Per assicurare il suo successo, la misura prevede azioni rivolte all'abbattimento del *digital divide*, al fine di includere la popolazione rurale nella Società dell'Informazione e della Conoscenza, assicurando le infrastrutture tecnologiche necessarie a tale scopo²⁰⁹.

Una prima azione prevede, entro il 2007, il potenziamento e la diffusione delle infrastrutture in banda larga, così da assicurare i servizi di connettività erogati dagli operatori ad almeno il 50% della popolazione e delle imprese che oggi ne sono privi. L'azione interesserà almeno 200.000 cittadini e 15.000 imprese, collocati nelle aree individuate durante la rilevazione sullo stato della banda larga nel territorio regionale. In un secondo momento, verrà assicurata la copertura ai restanti cittadini e alle imprese non servite, mediante interventi mirati ed anche grazie all'utilizzo delle nuove tecnologie nel frattempo resesi disponibili.

Più specificamente, l'intervento proposto dalla Regione Toscana intende diffondere la banda larga sul territorio, mediante due fasi:

a) in una prima fase, un Avviso pubblico selezionerà tramite gara più operatori di telecomunicazioni che intendano coinvestire sul territorio, al fine di fornire servizi di connettività a cittadini ed imprese (fra questi Telecom Italia, Nettare, Eutelia e Publicom, si sono già aggiudicati alcuni importanti lotti), sostenendone l'azione tramite incentivi, ove sia confermato per ciascun intervento un saldo negativo tra ricavi e costi stimati. Tale Progetto prevede la selezione e l'individuazione, mediante Avviso pubblico, degli operatori di telecomunicazione che, in ciascuna provincia della Toscana, siano in grado di coprire con banda larga gli utenti attualmente non serviti. Con tale iniziativa, si intende perciò risolvere definitivamente il problema dell'accesso alla connettività, riconosciuto oramai come un servizio di carattere universale.

²⁰⁹ Cfr. il Supplemento al Bollettino Ufficiale della Regione Toscana n. 48 del 28.11.2007 (2379).

b) successivamente, i fondi verranno destinati alle realtà rurali a forte marginalizzazione che non saranno raggiunte dalla banda larga, in seguito alla pubblicazione di tale Avviso. Esse consentiranno di estendere le infrastrutture telematiche, così da completare la rete regionale della banda larga e la messa in rete della PA, delle famiglie, delle attività produttive, delle famiglie e dei distretti toscani.²¹⁰

Al fine di aumentare il livello di concorrenza fra le imprese partecipanti, la gara pubblica dovrà seguire la procedura dell'offerta economicamente più vantaggiosa, a fronte della maggiore quantità di popolazione servita con servizi di livello minimo definito e in aree nelle quali il rapporto tra ricavi e costi sia comunque negativo. La gara prevede le seguenti regole: il progetto prevede l'attivazione di una o più gare (a seconda delle risorse disponibili). Ogni gara sarà suddivisa in lotti corrispondenti ad una provincia della Toscana, al fine di aumentare il livello di concorrenza complessivo. La gara dovrà rispettare le regole comunitarie definite in materia di appalti. Per ciascuna provincia verrà indicato un elenco di città interessate dall'azione di supporto. Gli offerenti saranno invitati a presentare la loro migliore soluzione di copertura del servizio ed un piano economico-commerciale adatto allo sviluppo del mercato della banda larga nel territorio provinciale. Tali piani dovranno indicare l'importo necessario per assicurare l'equilibrio tra i costi stimati del progetto (costi di investimento, costi operativi) e i ricavi attesi (da utenti residenziali, utenti *business* e utenti *wholesale*). Al termine del processo di gara, verrà scelto un unico operatore per ciascun lotto.

Il capitolato di gara non indica né assegna una priorità a una tecnologia rispetto ad un'altra, e rimette all'offerente la presentazione di una soluzione tecnica e di un piano di *business* in grado di raggiungere l'obiettivo indicato dalla Regione (principio della neutralità tecnologica dell'intervento), purché

²¹⁰ È stato attivato inoltre, un numero verde, attraverso il quale i cittadini possono segnalare la mancanza di copertura della banda larga riempiendo il modulo allegato o telefonando al numero verde 800-860070.

vengano rispettati i livelli minimi del servizio (assistenza al cliente, tempistica, disponibilità del servizio). I criteri da rispettare nel processo di selezione sono i seguenti:

(a) massimizzare il numero di potenziali utenti residenziali e *business* interessati dall'azione;

(b) massimizzare il numero di città a bassa densità di popolazione interessate dall'azione;

(c) preferire tecnologie modulabili nel lungo periodo;

(d) consentire la redistribuzione *wholesale* dei servizi;

(e) minimizzare il numero di distretti industriali esclusi a causa del divario digitale.

I criteri saranno applicati mediante un sistema di punteggio e verrà scelto l'operatore con il punteggio più elevato.

Il contributo pubblico andrà a coprire i costi dell'intervento (infrastrutturali, manutentivi e gestionali della rete) e non potrà essere superiore all'80% del valore complessivo della rete stessa. In particolare, il cofinanziamento è limitato alle infrastrutture ed alle attrezzature necessarie all'erogazione dei servizi. Inoltre, verrà assicurato l'accesso alla infrastruttura di rete a tutti gli altri operatori, secondo un modello *open access*, e garantendo altresì l'interoperabilità delle reti. L'operatore che risulterà aggiudicatario della gara, quindi, è tenuto a rispettare la normativa nazionale in tema di accesso e interconnessione (artt. 40-52 del D. lgs. N. 259/2003), non opponendo ostacoli all'utilizzo della rete da parte di altri operatori interessati all'ingresso nel mercato.

Infine, la gara prevede le seguenti regole: 1. Viene richiesto all'offerente di garantire che il prezzo all'utente sia comparabile con quello medio presente nelle aree dove il servizio è già esistente; 2. La Regione Toscana riconosce all'operatore un giusto profitto sulla rete realizzata. Esso è in effetti rimesso alla libera concorrenza e la sua minimizzazione, al pari degli altri costi, contribuisce alla selezione della migliore offerta. In ogni caso viene

definito un limite massimo pari al 10% del valore della rete; 3. L'utente finale non deve essere costretto a sottoscrivere contratti per pacchetti di servizi aggiuntivi rispetto alla connettività; 4. L'aggiudicatario dovrà attivare un sistema contabile trasparente e controllato, relativamente all'intervento finanziato, in grado quindi di evidenziare la necessità di qualunque compensazione, con riferimento alle norme comunitarie in materia di concorrenza. L'OPT deve dichiarare la disponibilità a controlli sulla qualità dei servizi erogati per la durata di almeno 3 anni. Qualora, a seguito dell'analisi della rendicontazione annuale, venissero riscontrati introiti maggiori rispetto ai previsti da parte dell'operatore aggiudicatario, o costi minori rispetto a quelli previsti dall'aggiudicazione, la procedura pubblica prevede un meccanismo di rientro dei capitali. In particolare, il meccanismo prevede che l'investimento pubblico per la realizzazione della rete venga ridotto in misura proporzionale al valore dei contratti che superano la soglia prevista durante la gara. Infine, la misura prevede un sistema di monitoraggio del *roll-out*, monitorando a campione il livello di servizio erogato dall'operatore, attraverso l'osservazione svolta da un soggetto neutrale opportunamente individuato che svolge su mandato della regione anche l'attività di osservatorio sulla b.l. (obbligo in capo all'operatore di comunicare semestralmente lo stato di attivazione delle infrastrutture, nonché di comunicare trimestralmente la quantità di richieste di accesso alla rete).

Il modello di gara pubblica delineato dalla regione Toscana osserva gli elementi già valutati positivamente dalla Commissione europea nelle precedenti sentenze in materia di aiuti di stato per la diffusione della b.l.²¹¹

²¹¹ In particolare, il progetto della Regione toscana segue l'impostazione già adottata dal Regno unito nel progetto «Broadband in Scotland», valutato dalla Commissione Europea come aiuto di stato compatibile ai sensi dell'art. 87, paragrafo 3, lettera c del Trattato Ce (State Aid n. 307/2004). Gli incentivi della regione Scozia allo sviluppo della b.l. sono stati oggetto di un'altra decisione della Commissione, C(2008) 1623 final, State aid N 14/2008 – United Kingdom, Broadband in Scotland - Extending Broadband Reach, che li ha valutati positivamente.

La decisione della Commissione Europea del 13 settembre 2006²¹² riguarda l'approvazione delle procedure previste sulla notifica n. 264/2006 sul Progetto «Banda larga nelle aree rurali della Toscana»; essa ritiene che la misura costituisca un aiuto di stato compatibile con il Trattato dell'UE, garantendo la concorrenza del mercato ed il raggiungimento d'obiettivi di coesione sociale.

Per essere compatibile con l'articolo 87, paragrafo 3, lettera c), un aiuto di stato deve perseguire un obiettivo di interesse comune, in misura necessaria e proporzionata.

Quanto alla prima condizione, lo sviluppo economico regionale trae chiaramente beneficio dalla maggiore diffusione della banda larga, includendo la creazione e la conservazione di posti di lavoro nonché migliori servizi nel campo della sanità e dell'istruzione. Nel migliorare l'accesso dei cittadini e delle imprese alla banda larga nelle zone della Toscana ove detti servizi non sono ancora disponibili, la misura contribuisce a realizzare una maggiore coesione e quindi è conforme con l'interesse comune. Pertanto, le autorità della Regione Toscana, nel concedere un supporto finanziario per l'installazione di un'infrastruttura destinata a fornire servizi di base in banda larga *wholesale* e *retail* in siffatte zone della Toscana, perseguono autentici obiettivi di coesione e di sviluppo economico.

Quanto alla seconda condizione, coincidente col requisito della necessità, si rileva che l'intervento risponderà esclusivamente all'esigenza di apportare nuovi servizi ai nuclei residenti e alle imprese, in presenza di fallimenti di mercato.

Quanto alla terza condizione, quella della proporzionalità, la regione ha concepito la misura in modo tale da minimizzare l'aiuto di Stato e le relative

²¹² Con lettera registrata il 25 aprile 2006, le autorità italiane hanno notificato alla Commissione, ai sensi dell'art. 88, paragrafo 3 del trattato CE, il suddetto progetto. Di casi di tenore analogo sottoposti all'attenzione della Commissione europea, v. decisione C (2006) 5480 def., N. 222/2006 – Italia, Aiuto per il superamento del digital divide in Sardegna; decisione C(2007) 4538 def., Ogg.: Aiuto di Stato N 473/2007 – Italia, Connessioni a banda larga per l'Alto Adige; decisione C(2007) 5105 def. Oggetto: Aiuto di Stato N 442/2007 – Italia, Aiuti a favore delle connessioni a banda larga nelle aree marginali del Veneto.

potenziali distorsioni di concorrenza, poiché il finanziamento pubblico sarà limitato esclusivamente alla quota necessaria a raggiungere l'equilibrio costi/ricavi per ciascuno degli intereventi infrastrutturali necessari.

Complessivamente, la Commissione ha concluso nel senso che l'effetto globale della misura è da considerarsi positivo. La misura è chiaramente conforme agli obiettivi dell'articolo 87, paragrafo 3, lettera c), del trattato CE in quanto promuove lo sviluppo di talune attività economiche (servizi di banda larga *retail* e, indirettamente, *wholesale*) in determinate zone rurali ed isolate.

4.2.2. Segue. La rete Lepida in Emilia Romagna: verso un servizio pubblico «digitale» fra amministrazioni «federate».

La società Lepida S.p.A. rappresenta un esempio di realizzazione e gestione delle infrastrutture di reti e servizi affidata all'iniziativa pubblica. Si tratta di un ente che non opera in regime di concorrenza con gli altri operatori, né si presenta come un competitor dei fornitori di servizi e di connettività. Nell'ambito del mercato delle nuove tecnologie, Lepida S.p.A. è piuttosto un «partner facilitatore» dell'altrui iniziativa: siamo quindi al di fuori dell'applicazione del principio dell'iniziativa economica proveniente dalla solitaria decisione privata, qui piuttosto è il decisore politico locale²¹³ che stimola le politiche private di sviluppo delle nuove tecnologie e delle NGN promuovendo la realizzazione

²¹³ La realizzazione del progetto è stata promossa dal piano telematico 2002-2005, del piano telematico 2007-2009 e della legge regionale n. 11/2004. Il Piano Telematico Regionale 2002-2005 ha avviato l'ammodernamento tecnologico della rete telematica delle Pubbliche Amministrazioni dell'Emilia-Romagna, prevedendo la costituzione della Società quale struttura operativa destinata al suo sviluppo (art.10 della L.R. 11/2004); si tratta della più grande rete telematica a banda larga tra Pubbliche amministrazioni mai realizzata in Italia e tra le più significative in Europa. La nuova rete collegherà tra loro la Regione, i 341 Comuni, le 9 Province, le 18 Comunità montane, Università, Aziende sanitarie, ospedali e scuole. Saranno connessi ad alta velocità 43mila dipendenti delle Pubbliche amministrazioni, favorendo la realizzazione di servizi interattivi *on line* per cittadini e imprese, oltre alla razionalizzazione ed allo snellimento delle pratiche.

di un sistema integrato di servizi a banda larga da parte degli enti locali della Regione.

Sicché, la società Lepida diventa lo strumento operativo della regione volto alla omogenea pianificazione, allo sviluppo e gestione delle infrastrutture di TLC (fibre ottiche e *wireless*) utilizzate degli Enti Pubblici nonché dei servizi forniti dagli stessi, al fine di costruire un «sistema integrato» di reti e servizi alla cittadinanza (*e-government*). In altri termini, Lepida promuove l'implementazione di una *community network* pubblica, destinata alla fornitura di pubblici servizi ai cittadini²¹⁴. Cambia dunque la modalità di somministrazione del servizio reso dalla P.A. al cittadino, poiché viene meno il contatto diretto, che cede il passo di fronte a quello che nasce per via telematica; si tratta di un servizio pubblico digitalizzato, a raggio diffuso, omogeneo nelle sue caratteristiche, perfettibile nel tempo²¹⁵.

Occorre, tuttavia, individuare il soggetto garante della tipologia e dei livelli essenziali di qualità dei servizi resi all'utente. In proposito, è necessario anzitutto evidenziare il fatto che esistono modalità di realizzazione dell'infrastruttura, di pubblica proprietà, differenziate in ragione della tipologia della stessa.

Prima fase - Lepida geografica: la Regione è proprietaria delle fibre ottiche che costituiscono le dorsali geografiche della rete che collegano i Comuni; si tratta della cd. infrastrutturazione primaria – che ha realizzato un punto di presenza della rete in ogni territorio comunale – finanziata direttamente dalla regione, che quindi ne diventa proprietaria. In questa fase, l'iniziativa pubblica funge da traino per l'iniziativa economica privata. Difatti, tutta la prima fase di attività viene realizzata in collaborazione con le

²¹⁴ Lo Statuto della Società, all'art. 4, co. 2, recita che la «...società espleta il servizio pubblico d'interesse regionale e locale concernente l'impianto, lo sviluppo, la manutenzione e la gestione delle reti e dei sistemi di cui all'art. 9 della legge regionale n. 11/2004 e delle ulteriori tratte di rete complementari nonché l'erogazione degli inerenti servizi alle amministrazioni pubbliche collegate alle reti stesse [...]».

²¹⁵ Il modello è dunque quello del finanziamento di derivazione pubblica, con proprietà pubblica della infrastruttura (Regioni, enti locali ed enti pubblici soci) (cfr. cd. modello Yorkshire, *State Aid* n. C4/05, *State Aid* n. 157/2006).

Aziende multiservizi, cui la regione affida la costruzione della rete Lepida e la gestione dei servizi di rete attiva. Ancorché la regione resti proprietaria della rete, quest'ultima verrà conferita al capitale sociale di Lepida²¹⁶. Inoltre, accanto alla costruzione della rete, le Aziende multiservizi realizzano una rete complementare, di loro proprietà, e che sarà utilizzata per fornire servizi ai cittadini e alle imprese. Negli stessi cavidotti utilizzati da Lepida, quindi, sono posati anche migliaia di fibre ottiche delle Aziende multiservizi, a disposizione per sviluppo di servizi e connettività a larga banda nei territori comunali raggiunti.

Seconda fase - Reti Man (Metropolitan Area Network): progressivamente, la rete primaria si espanderà stabilendo interconnessioni con le sedi urbane della Pubblica Amministrazione, intervento finanziato *pro quota* da tutti gli Enti che partecipano al progetto²¹⁷. Quindi, il modello adottato è quello del cofinanziamento di tutti gli enti che collegano la propria sede alla rete principale, i quali, pur essendo proprietari dell'infrastruttura, successivamente conferiranno la stessa alla società. Per evitare sovrapposizioni e ridurre i costi di realizzazione, tutti gli Enti condividono un progetto unitario, stipulando a questo scopo un accordo istituzionale (Convenzione) che approva il progetto di massima, indica le sedi da collegare e il modello di rete. Con questo Accordo, gli Enti nominano la Regione mandataria: in nome e per

²¹⁶ Nel diritto societario il conferimento è l'operazione mediante la quale un soggetto, detto conferente, apporta beni o diritti a titolo di capitale in una società, detta conferitaria. A seguito del conferimento, la conferitaria aumenta il proprio capitale sociale e assegna le nuove azioni o quote al conferente, che sostituisce in tal modo il bene/servizio trasferito con la partecipazione ricevuta in cambio. Tramite l'operazione in esame, quindi, viene riorganizzato l'assetto societario, modificando la relazione con il bene trasferito: da proprietà diretta alla detenzione filtrata tramite il possesso della partecipazione. La Regione Emilia-Romagna ha conferito ad inizio 2009 la rete radiomobile regionale R3; completerà il conferimento della rete Lepida entro il primo semestre 2010. I successivi interventi di ampliamento della rete Lepida nella sue componenti geografiche, urbane e radio e della rete R3 saranno parte del patrimonio di Lepida SpA. Così come la Regione ha conferito le proprie reti, si prevede che i nuovi soci, a seguito dell'entrata nella società avviata nel 2009 con la sottoscrizione di un'azione, conferiscono le eventuali reti MAN ed altre infrastrutture di telecomunicazione già di loro proprietà.

²¹⁷ La realizzazione della rete Lepida è avvenuta in più fasi; allo stato, la società è al 100% pubblica e la regione manterrà la maggioranza, con relativo controllo; gli altri soci pubblici (Comuni, Province, Università) entrano progressivamente nella società tramite sottoscrizioni di azioni.

conto di tutti, la Regione individua il soggetto realizzatore e coordina le attività fino al collaudo finale.

Terza fase - Lepida wireless: infine, è prevista la fase dell'espansione della rete a banda larga della P.A. nei comuni appenninici (aree in d.d.) tramite tecnologie wireless, da finanziarsi in quota percentuale con risorse pubbliche (fondi della regione, degli enti locali e del Cipe) e nella restante parte con risorse private. In altri termini, la rete wireless viene realizzata in collaborazione tra Regione Emilia-Romagna e Aziende multiservizi, incaricate della realizzazione delle tratte fisiche. Le tratte realizzate saranno poi fatturate e quindi inserite nel patrimonio della regione e degli enti locali cofinanziatori, per essere poi conferite alla società. Inoltre, gli enti pubblici non erogano direttamente il servizio, affidato invece a società private, cioè a fornitori esterni che erogano servizi oggetto di bandi di gara attraverso la rete. Dal canto loro, i soci pubblici acquistano i servizi sottoscrivendo contratti specifici, mentre la società garantisce la gestione applicativa, la manutenzione e il monitoraggio dei livelli di servizio.

Il modello delineato, presenta notevoli vantaggi: la proprietà pubblica della rete, come già notato in altri esempi, garantisce la neutralità del gestore rispetto alla scelta del soggetto attuatore dell'infrastruttura e del servizio reso²¹⁸. Lepida, a sua volta, è la società a partecipazione pubblica, cui viene conferita la proprietà delle infrastrutture, deputata a garantire l'erogazione di servizi di livello efficienti, a minor costo, e secondo una ordinata e omogenea evoluzione: l'ottimizzazione dei livelli di prestazione, quindi, è il compito affidatole dal decisore politico locale. In tal guisa, la società orienta, promuove, concorda la soluzione più ragionevole e proporzionata rispetto al caso concreto, senza entrare in regime di competizione con gli operatori privati. Non a caso, la società si apre anche alle proposte e alle osservazioni degli *stakeholders* al fine di progettare

²¹⁸ Altro è il discorso relativo alle modalità di svolgimento della gara per l'individuazione del soggetto attuatore.

soluzioni tecnologiche e di sperimentarle, per trovare risposte alle esigenze di servizio delle pubbliche amministrazioni. La modalità di comunicazione e di rapporto tra gli *stakeholders* e Lepida si può articolare in tre modi: il tavolo aperto, cui tutti i membri del tavolo tecnico partecipano, propongono e discutono gli uni di fronte agli altri; il tavolo chiuso, in cui viene limitata la partecipazione ai soli che si occupano di un determinato ambito; il tavolo garantito, in cui viene mantenuta la massima riservatezza per la singola impresa e il rapporto è *one-to-one* tra l'azienda e la società, che funge da collettore unico della comunicazione.

Il valore aggiunto della costruzione di una rete telematica unitaria a gestione pubblica, in sintesi, sta nell'obiettivo finale: questo nuovo modello di fruizione dei servizi della Pubblica Amministrazione consentirà di accorciare i tempi delle pratiche, permetterà ai cittadini di rivolgersi agli uffici pubblici, ottenere un certificato, chiedere un'autorizzazione, semplicemente accedendo dal computer di casa. In altri termini, si realizza una inedita forma di «contraddittorio *on line* tra cittadino e P.A.»: la rete metterà in contatto le singole amministrazioni, secondo un modello a circuito chiuso, ma si aprirà al contempo alle istanze dei cittadini, fornendo i servizi di cui essi necessitano in maniera più efficiente in termini di velocità e risparmio economico collettivo. Si tratta di una nuova forma di procedimento amministrativo, che sceglie la via telematica per stabilire un dialogo destinato al benessere aggiunto dell'utente finale.

Qui la diversità del mezzo incide sulla modalità di erogazione del servizio: questo «patto federativo» che nasce tra le varie amministrazioni garantirà la fornitura di servizi a valore aggiunto quanto ai tempi e modalità di somministrazione. Regioni ed enti locali rinunciano a parte della loro autonomia, pur costituzionalmente riconosciuta, in favore di un ulteriore ente pubblico, al fine di coordinare sinergicamente il campo d'azione: ciò si traduce in una limitazione a monte della relativa discrezionalità in ordine alla scelta della soluzione ottimale.

Ma la limitazione è apparente, essendo tesa a raggiungere un bene ultroneo. A ben riflettere, l'applicazione della tecnica nell'ambito del procedimento amministrativo aprirà la strada verso una inedita forma di semplificazione. Così, la realizzazione della piattaforma di autenticazione federata (una sorta di «magazzino dei codici») consentirà di dotare ogni cittadino di una unica *login*, con cui identificarsi per usufruire dei servizi forniti da amministrazioni diversi, dall'anagrafe fino alla sanità o all'istruzione. Allo stesso modo, la «piattaforma unica dei pagamenti» consentirà di utilizzare molteplici forme e di accedere tramite molteplici canali per procedere a qualunque tipo di pagamento ad enti pubblici.

La regione, quindi, attraverso al società Lepida, implementa quel «livello minimo di comunicazione», cioè l'individuazione di quei servizi che è opportuno diventare patrimonio di tutti i residenti, poiché garantiscono la disponibilità per tutti i cittadini e le imprese del territorio di una connessione a Internet a banda larga di caratteristiche adeguate. Dunque, il modello Lepida potrebbe fornire un esempio di quanto all'inizio si proponeva: le autonomie locali implementano i livelli essenziali delle prestazioni definiti in ambito nazionale, offrendo servizi pubblici a valore aggiunto a tutti i cittadini localmente residenti. In altri termini, si realizza un collegamento diretto tra applicazione della tecnica e principio di imparzialità e buon andamento della P.A., ai sensi dell'art. 97 Cost.

4.2.3. Segue. Il caso della regione Campania: un programma politico ancora incompiuto? Il d.d. è un fenomeno che caratterizza gran parte del territorio della Campania, con conseguenti disparità in termini di possibilità di fruizione per via telematica dei servizi di pubblica rilevanza. A tutt'oggi, tuttavia, l'impegno della regione pare essersi concretizzato soprattutto in proposte di indirizzo politico-programmatico, prive di valore immediatamente vincolante, e limitate quanto a raggio d'azione, perché i

finanziamenti pubblici locali atti a ostacolare l'aggravarsi del divario appaiono concentrati esclusivamente nelle aree territoriali marginali.

In primo luogo, la Regione Campania ha inteso pianificare la realizzazione diretta delle infrastrutture attraverso la conclusione di Accordi di programma con il Governo²¹⁹, con i quali sono stati definiti obiettivi, modalità di finanziamento, e strumenti d'intervento. L'intenzione è quella di potenziare la rete nelle aree marginali privilegiando la tecnologia in fibra ottica e *wireless*, attraverso la realizzazione diretta di infrastrutture. Ciò comporta che i lavori vengano finanziati in parte da fondi statali e in parte da fondi regionali; l'allocatione della proprietà delle reti è basata sulla fonte del finanziamento, per cui allo Stato spettano le reti realizzate con i finanziamenti statali, le quali vengono concesse, tuttavia, in tutto o in parte, in comodato d'uso alle Regioni che assumono l'onere della manutenzione ordinaria.

In tale prospettiva, la Giunta Regionale deciso di stanziare²²⁰ la somma di euro 2.229.000 per il finanziamento di progetti informatici finalizzati a creare uniformità di interventi per il superamento del d.d. nelle aree più periferiche dei capoluoghi di Provincia. Il finanziamento²²¹ servirà, dunque, a sostenere progetti informatici che vedranno coinvolti i capoluoghi di Provincia, in quanto conoscitori delle esigenze manifestate nelle aree più periferiche, meno servite dai servizi messi a disposizione dalle stesse Amministrazioni. I progetti saranno presentati dai capoluoghi di provincia quali beneficiari finali del finanziamento, e saranno analizzati tenendo conto del loro impatto

²¹⁹ L'Intesa Istituzionale di Programma tra il Governo e la Regione Campania, sottoscritta in data 16 febbraio 2000, costituisce il quadro di riferimento degli atti di programmazione negoziata e lo strumento con il quale sono stabiliti, congiuntamente tra il Governo e la Giunta della Regione, gli obiettivi da conseguire per i quali è indispensabile l'azione congiunta degli organismi predetti; la suddetta Intesa Istituzionale di Programma ha individuato i programmi di intervento nei settori di interesse comune, da attuarsi prioritariamente attraverso la stipula di Accordi di Programma.

²²⁰ Delibera pubblicata sul Bollettino Ufficiale del 20 aprile 2009.

²²¹ Disposto nell'ambito dell'Accordi di Programma Quadro in materia di «E-Government e Società dell'Informazione nella Regione Campania - I Atto Integrativo intervento SAX-P».

sulla riduzione territoriale del d.d. e sull'obiettivo miglioramento dell'inclusione sociale.

In altri termini, siamo dinanzi a finanziamenti pubblici relegati alle cd. zone bianche, cioè lì dove difetta l'intervento di iniziativa privata, secondo una visione politica che appare lontana da quella nuova concezione che, come innanzi accennato, pare si stia affermando in sede europea, e che delinea un modello di intervento pubblico atto a garantire il godimento del servizio in maniera diffusa e omogenea²²².

Nel perseguimento dei suoi programmi, la regione Campania ha di recente approvato un «Avviso di manifestazione di interesse per l'acquisizione di informazioni sulla copertura dei servizi in banda larga in aree a digital divide della Regione Campania e ricognizione del fabbisogno sul territorio»²²³. Si tratta di una azione propedeutica alla pianificazione degli interventi per il superamento del *d.d.*, attraverso il potenziamento di infrastrutture che potranno garantire l'ampliamento dell'attuale copertura di servizi in banda larga. L'Amministrazione intende individuare con precisione lo stato dell'arte delle reti di telecomunicazione e della copertura in banda larga di tutti gli operatori del territorio regionale. Quindi tutti gli *stakeholders* che, a vario titolo, sono a conoscenza delle condizioni di *d.d.* ed i fornitori di connettività in banda larga sul territorio regionale forniscono i dati richiesti, relativamente alla propria area di business, per dare modo alla regione di garantire interventi sul territorio che rispettino criteri di razionalità, ottimizzazione e non interessino, invece, aree territoriali nelle quali sono già erogati (o pianificati) servizi di connettività in banda larga²²⁴.

²²² Iniziative specifiche: Capsda centri Accesso Pubblico ai Servizi Digitali avanzati; Spicca; CUP.

²²³ DECRETO DIRIGENZIALE N. 6 del 12 marzo 2009 dell'AREA GENERALE DI COORDINAMENTO RICERCA SCIENTIFICA, STATISTICA, SISTEMI INFORMATIVI ED INFORMATICA SETTORE CENTRO REGIONALE ELABORAZIONI DATI, Burc n. 20 del 23/03/2009 – Approvazione Manifestazione di interesse per acquisizione di informazioni su copertura dei servizi in Banda Larga in aree a digital divide della Regione Campania e ricognizione del fabbisogno sul territorio.

²²⁴ Altre informazioni sono di tipo tecnico come il tipo di infrastruttura di backhaul (rame, fibra, microwave); capacità di banda aggregata (in Megabit per secondo); tipo di

Anche tale iniziativa pare avere valore giuridico debole o nullo: i soggetti interessati non sono vincolati a rispondere all'iniziativa della regione; né, qualora fossero così solerti da attivarsi, può dirsi che le informazioni da essi fornite rispondano a criteri di verità e completezza. In altri termini, la pubblicazione di una manifestazione di interesse aperta alla mera condizione potestativa di chi voglia esserci appare inidonea allo stesso scopo che l'Amministrazione si prefigge, quello di ottenere una mappatura della zona territoriale in grado di evidenziare le aree marginali, oggetto poi di un futuro, eventuale intervento di provenienza pubblica.

Eppure, la manifestazione di interesse fungeva da fase propedeutica per lo studio di fattibilità volto alla realizzazione del progetto «Allarga la rete: sviluppo digitale in Campania» previsto dal FESR, Fondo europeo per lo sviluppo regionale 2007-2013²²⁵. Difatti, la Regione Campania intende incentivare lo sviluppo della società dell'informazione nelle aziende, nella Pubblica Amministrazione e nell'ambito dei servizi rivolti ai cittadini²²⁶. Tale

infrastruttura di connettività di accesso (rame, fibra, wireless); tipologia di connettività di accesso ai servizi in banda larga (lsdn, Hdsl, Adsl, Wdsl). Le informazioni dovranno fare riferimento alla copertura esistente o prevista in un arco temporale di sei/dodici mesi. La scadenza per la trasmissione dei dati non dovrà essere inviata dopo il 27 aprile prossimo.

²²⁵ La DGR 1286/07 prevede lo studio di fattibilità «*Analisi delle condizioni di digital divide in Regione Campania*» per la futura realizzazione di un «Piano Tecnico Territoriale» e di un «Piano regolatore della banda larga», che consenta di verificare le condizioni morfologiche ed economiche del territorio regionale in modo da implementare ed agevolare in modo più ampio lo sviluppo della banda larga e la riduzione del *d. d.*

²²⁶ La pubblicazione della sintesi del Programma Operativo FESR 2007-2013, adottato dalla Commissione Europea con decisione dell'11 novembre 2007, risponde all'esigenza di rendere pubblico quanto la Regione Campania ha in programma di realizzare per il prossimo settennio con le risorse finanziarie messe a disposizione dall'Unione Europea. Il documento offre dunque un riepilogo del complessivo processo di programmazione per il periodo 2007-2013, della struttura e dell'articolazione del Programma Operativo FESR e della strategia di crescita regionale che l'ha ispirato, in modo da illustrare gli elementi concreti delle politiche di coesione a favore delle regioni, delle città e dei cittadini e del modo in cui tali politiche, attraverso la concreta realizzazione degli interventi programmati, contribuiscono a fornire risposte tangibili ai bisogni dei territori. Il PO FESR 2007-2013 prevede tra gli Obiettivi specifici ed operativi, l'obiettivo specifico 5.a, Sviluppo della società dell'informazione, ed i relativi obiettivi operativi di competenza dell'Assessorato alla Ricerca scientifica e Innovazione. La Deliberazione della Giunta Regionale n. 26 del 11 gennaio 2008 ha approvato il piano finanziario per obiettivo operativo suddividendo la dotazione totale dell'Obiettivo specifico 5.a, di competenza dell'Assessorato alla Ricerca scientifica e Innovazione, pari ad 305 M€, nel seguente modo: 170 M€ all'Obiettivo operativo 5.1 – E-

processo di innovazione sarà esteso anche al settore politico-istituzionale attraverso azioni di trasformazione e valorizzazione delle competenze e di potenziamento infrastrutturale in grado di velocizzare, qualificare e promuovere l'operato della Pubblica Amministrazione Locale. L'intervento prevede l'ampliamento dell'attuale copertura di servizi in larga banda in aree già parzialmente servite da Primari Operatori e da Operatori Locali del settore con la realizzazione graduale della copertura in larga banda in aree attualmente non raggiunte da servizi internet adeguati alle esigenze della popolazione e delle aziende. L'intervento sarà modulato sulle caratteristiche dei seguenti territori: nelle aree intermedie si provvederà ad avviare stimoli alla domanda, in modo da rendere competitive quelle zone rispetto alle esigenze degli operatori di mercato; nelle zone più marginali (Sannio, Cilento ed Irpinia) si realizzeranno interventi di carattere infrastrutturale, che permetteranno la copertura in larga banda del territorio regionale. Le tecnologie utilizzate dipenderanno dalla struttura del territorio e dal livello di domanda da servire e saranno sia *wired*, con strutture fisiche in rame o in fibra ottica, che *wireless*, con collegamenti radio punto-punto e punto-multipunto²²⁷.

Ancora una volta, dunque, ci troviamo dinanzi a dichiarazioni politiche di natura programmatica, eventuali quanto a tempi e modalità della loro realizzazione. Ne consegue che nella regione Campania il disegno

government ed E-inclusion; 135 M€ all'Obiettivo operativo 5.2 – Sviluppo della società dell'informazione nel tessuto produttivo.

²²⁷Gli obiettivi dichiarati nel Programma sono: sostenere le imprese che investono in nuove tecnologie e sperimentano processi organizzativi e produttivi innovativi; attivare i Centri di servizio territoriali per supportare i piccoli Comuni nell'attivazione e gestione dei servizi informatici; completare le infrastrutture per la diffusione della banda larga nelle aree geograficamente ed economicamente marginali al fine di ridurre il divario tecnologico ed assicurare a tutti i cittadini campani l'accessibilità agli strumenti e ai servizi digitali; aumentare – nelle strutture sanitarie – le dotazioni informatiche e tecnologiche di alta qualità medico-scientifiche ed implementare le piattaforme di telemedicina e teleassistenza per ridurre le liste di attesa e migliorare la qualità dei servizi sanitari. Potranno accedere ai finanziamenti la Regione Campania, Province, Comuni, Enti Pubblici e Territoriali, Pubbliche Amministrazioni centrali con sede sul territorio regionale, Enti di ricerca, Parchi Scientifici, Imprese, Consorzi, Confederazioni e Associazioni di categoria, Fondazioni, Ambiti territoriali, Aziende Ospedaliere, Agenzia Regionale Sanità, Società a prevalente capitale regionale.

regolatorio destinato ad arginare il rischio da d.d. a tutt'oggi appare debole nelle premesse e nelle sue possibilità attuative. Ciò significa, in via di fatto, concedere alla mera iniziativa economica privata lo sviluppo e l'implementazione delle nuove tecnologie e dei servizi da essi resi. Significa, in altri termini, disattendere la premessa posto all'inizio, che considera i servizi resi tramite le infrastrutture di banda larga e u.l. come rientranti in una inedita nozione di Servizio Universale²²⁸.

5. Conclusioni. Il catasto nazionale delle infrastrutture: dalla varietà regolatoria a una proposta «unificante»?

L'analisi della prassi ha evidenziato una molteplicità di modelli regolatori adottati in ambito nazionale e locale destinati a contrastare il d.d.: alcune

²²⁸ La tecnologia «Tooway: the new way to broadband», consentirà connessioni in Campania tramite i satelliti di Eutelsat. L'accesso alla banda larga via «spazio» rappresenta la soluzione immediata per chi risiede nelle zone scoperte dalla linea Adsl e per tutte le zone considerate in digital divide. Ciò consentirà di accedere a Internet veloce da tutta la Campania, in particolare dai piccoli paesini delle montagne irpine o salernitane. Telecom Italia ha firmato un accordo con Aria per estendere l'accesso a Internet veloce. L'intesa prevede il diritto d'uso delle frequenze Wimax di Telecom Italia da parte dell'operatore Aria per offrire il servizio a banda larga, oltre che in Campania, in Abruzzo, Umbria, Lazio, Molise, Puglia, Basilicata, Calabria e Sardegna. L'accordo, si legge in una nota, ha l'obiettivo di superare il digital divide (divario digitale) ed «estendere l'accesso a Internet veloce anche in quelle zone del territorio non ancora raggiunte dal servizio Adsl, consentendo a un numero sempre maggiore di cittadini e di imprese di utilizzare i servizi on-line». Secondo l'intesa, Aria provvederà ad assicurare il raggiungimento della copertura minima prevista, garantendo così gli impegni presi con il Dipartimento Comunicazioni del ministero per lo Sviluppo economico. Il Consorzio Infotel, società di riferimento per il Centro servizi territoriali (Cst) di Capaccio (Sa) in ambito di trasferimento tecnologico, innovazione e gestione progetti, e centro di ricerca riconosciuto dal ministero dell'Università e della Ricerca (Miur) ha scelto WiFi-Company, società specializzata in soluzioni contro il digital divide, come partner tecnologico per la sperimentazione di servizi telematici e connessioni veloci in modalità Wi-fi nelle province di Salerno e di Potenza per i comuni che ne faranno richiesta. Vodafone Italia, prevede di investire in Campania nei prossimi 5 anni circa 55 milioni per arrivare entro il 2013 al 98% della popolazione. Progetto partito dalla Campania per contribuire alla riduzione del digital divide grazie alla banda larga mobile, e che verrà poi esteso a tutto il territorio nazionale. Olevano sul Tusciano, in provincia di Salerno è stato il primo Comune in Italia, finora totalmente scoperto dalla linea adsl e servito solo con il doppio telefonico analogico, dove la società ha reso disponibile la connessione fino a 7,2 megabit al secondo in download.

realità territoriali hanno deciso di importare modelli appartenenti all'esperienza straniera, altre hanno impostato una politica di intervento inedita e personale. Eppure, non tutte le soluzioni analizzate sembrano idonee a conseguire il risultato che si prefiggono, quello della implementazione della banda larga e ultralarga in maniera equamente diffusa e nel rispetto delle regole concorrenziali. A conti fatti, emerge la scarsa presenza di una regia complessiva di sistema, cioè la prassi consolidata è ben lontana dall'aver adottato una *policy* regolatoria coordinata, ossia concertata fra centro e periferia nell'ottica del principio di leale collaborazione. Quindi, il rischio di d.d. fra regioni virtuose e non rischia di acuirsi nel lungo periodo. La situazione delineatasi in Italia, in definitiva, contrasta con l'ipotesi premissa in origine, cioè con la possibilità di includere i servizi fruibili attraverso la b.l. in una inedita nozione di Servizio Universale; ne deriva che l'obbligatorietà della prestazione minima avente efficacia soggettiva diffusa e territorialmente indifferenziata, strumentale al godimento dei diritti sociali, resta nella sostanza inattuata.

Questo «divario normativo» fra realtà territoriali, causa di notevoli asimmetrie fra cittadini sulle possibilità d'accesso all'internet veloce, suscita nuovi interrogativi sul ruolo che in un futuro non remoto potrebbero rivestire il decisore politico e l'Autorità, e sui poteri eventualmente riconosciuti a quest'ultima per facilitare l'*equal access* del singolo ai vantaggi offerti dalla tecnica.

In proposito, un rimedio adottato già da tempo da parte di alcuni governi stranieri è quello di orientare le politiche regolatorie verso la realizzazione su scala nazionale di un «catasto delle infrastrutture NGN». Si tratta di una sorta di banca dati contenente la descrizione dettagliata delle infrastrutture esistenti sull'intero territorio nazionale - cavi, fibre, *wireless* -, onde ottenere una mappatura che descriva in maniera più dettagliata possibile il quadro complessivo della rete di tlc. Tale mappatura potrebbe realizzarsi grazie a un intervento regolatorio di livello centrale, che obblighi

tutti i proprietari delle reti – operatori privati e P.A. locali – a un obbligo di comunicazione dei dati relativi alla rispettiva consistenza proprietaria: il risultato finale, quindi, evidenzerebbe le zone ad alta densità di investimenti rispetto a quelle caratterizzate da scarsa copertura.

In termini pratici, i vantaggi conseguibili sarebbero molteplici.

La creazione del database favorisce l'incontro tra domanda e offerta di investimenti per interconnessione e accesso degli OLO, messi in grado di individuare in maniera capillare le zone ritenute economicamente appetibili, e di evitare costi inutili di duplicazione; inoltre, gli operatori privati potrebbero scegliere di utilizzare le infrastrutture civili e i cavidotti di altre reti (elettricità, gas, acquedotto, rete semaforica, illuminazione pubblica, ecc...) per posare la fibra ottica, con ulteriore riduzione dei costi di investimento e ottimizzazione delle risorse disponibili, qualora il database fosse concepito come multidatabase, in cui far convergere non solo gli operatori di TLC, ma anche gli attori dello sviluppo locale del territorio fosse esteso.

D'altronde, la mappatura delle infrastrutture preesistenti consentirebbe di conoscere localizzazione ed estensione delle zone bianche, grigie e nere: ciò costituirebbe un grande vantaggio anche per le politiche di investimento pubblico che, in vista della funzione di promozione sociale delle NGN, potrebbero concedere finanziamenti ai privati destinati a realizzare nuove infrastrutture o a potenziare la velocità di banda di quelle già esistenti, nel rispetto delle regole sugli aiuti di Stato, o decidere di intervenire in prima persona mantenendo la proprietà degli investimenti²²⁹.

²²⁹ In proposito, può ritenersi che gli orientamenti della Commissione – ancorché nello specifico non riguardino la realizzazione del catasto – si dirigano in questa direzione, allorquando raccomandino agli Stati membri di incoraggiare gli investimenti nelle NGN imponendo obblighi di accesso e interconnessione alle infrastrutture preesistenti e a quelle di nuova costruzione.

Altro, invece, è il discorso sulla regolamentazione dei prezzi d'accesso che le ANR dovrebbero adottare. La prima bozza di Raccomandazione ... era basata sul principio del cd. *risk premium*, per cui il prezzo dell'accesso dell'OLO alla nuova infrastruttura di NGN doveva essere orientato al costo, cioè comprensivo del costo del capitale investito addizionato col rischio dell'investimento sopportato; la seconda bozza di Raccomandazione, ... invece, è basata sul principio del *risk sharing*, per cui lì dove vi è condivisione dell'investimento da parte degli OLO e dell'*incumbent*, quest'ultimo sarà

Se dunque i vantaggi ricavabili dalla costruzione di una *inventory mapping* nazionale convergono tutti verso l'abbattimento del d.d., altro è il discorso relativo al fondamento normativo cui ancorare la realizzazione della stessa: occorre verificare se esiste una norma che legittimi la realizzazione del catasto, e conferisca la tenuta dello stesso nelle mani del regolatore indipendente, quasi fosse una estensione del Registro degli Operatori di Comunicazione.

L'Autorità può imporre un obbligo di comunicazione dei dati nei confronti degli operatori privati e della P.A? Esiste, in proposito, una base normativa di livello nazionale che legittimi tale potere? L'Autorità dovrebbe adottare uno specifico regolamento che ne disciplini la tenuta? E in caso di risposta affermativa, l'Autorità dovrebbe procedere all'adozione del regolamento dietro previa consultazione pubblica? Nel caso in cui si configurasse un potere dell'Autorità in merito, quali gli strumenti per costringere il proprietario dell'infrastruttura a rendere una informazione in via obbligatoria, oppure a renderla in maniera completa, cioè non mendace? Questo eventuale potere sanzionatorio dovrebbe essere di tipo amministrativo (es., interdizione dall'accesso alla banca dati per un certo periodo di tempo, dietro previo richiamo), oppure pecuniario?

esonero dall'adottare un prezzo orientato al costo per l'accesso *wholesale* all'infrastruttura, in quanto il rischio verrà egualmente ripartito fra più partecipanti. Il che significa che anche terzi operatori che vorranno accedere alla rete condivisa dovranno sopportare un prezzo imposto in via solitaria dall'operatore proprietario.

SEZIONE III: L'ESPERIENZA COMPARATA: IL SISTEMA ANGLOSASSONE E QUELLO FRANCESE.

A) Il Regno Unito: il piano di sviluppo della banda larga e ultralarga

SOMMARIO: 1. *Lo sviluppo della banda larga nel Regno Unito in comparazione con la situazione italiana.* – 2. *Posizione del Governo Inglese. Digital Britain - The Interim Report. Un primo passo verso la digitalizzazione del Regno Unito.* – (2.1. *Gli aiuti di Stato nel settore della banda larga (art. 87, par. 3, lett. c. Casistica Inglese).* – 3. *La posizione dell'O.F.COM.: il difficile equilibrio tra competizione e investimenti.* – 4. *La disciplina del Servizio Universale nel Regno Unito.* – (4.1. *Il problema della connettività universale).* 5. *Digital Britain: Final Report. Continuità e discontinuità con l'Interim Report.*

1. Lo Sviluppo della banda larga nel Regno Unito in comparazione con la situazione italiana.

La banda larga è divenuta una piattaforma essenziale per lo sviluppo di informazioni, conoscenza e servizi su scala globale. Le recenti elezioni americane hanno rappresentato un solido banco di prova dell'importanza che le nuove tecnologie di comunicazione hanno assunto quale strumento di partecipazione democratica e mezzo di inclusione sociale. Gli investimenti in infrastrutture, poi, sono considerati volano per una significativa ripresa dello sviluppo economico soprattutto in una fase di profonda recessione quale quella attuale²³⁰.

Mentre negli Stati economicamente più avanzati e nei paesi cd. emergenti la banda larga è sensibilmente cresciuta, con un alto grado di

²³⁰ Così la dottrina economica si v., in particolare, L. WAVERAMN, *Economic Impact of Broadband: An Empirical Study*, in www.connectivityscorecard.org/images/uploads/media/Report_BroadbandStudy_LECG_March6.pdf, p. 9.

concorrenza fra piattaforme alternative, in Italia la situazione è complessa. Sebbene l'accesso alla *broadband* è aumentato negli ultimi sei anni ci collochiamo solo al tredicesimo posto nell'Unione Europea. Il mercato non può ritenersi effettivamente concorrenziale in ragione di una quota ancora rilevante detenuta dal dominante (Telecom Italia) e in assenza di effettiva diversificazione tra le reti²³¹. L'*upgrade* del *network* è stata programmata solo dall'*incumbent*, mentre gli altri operatori stanno completando la parte di «consolidamento degli investimenti e con attenzione particolare alle aree che presentano maggior potenziale di mercato»²³². Discorso a parte merita, poi, il problema della diffusione delle reti di nuova generazione nelle aree rurali, in quanto, data la particolare topografia italiana, circa il 25% dei comuni è considerato in zona montana. Per assicurare la copertura in queste aree sono stati predisposti numerosi piani a livello locale (regionale e provinciale)²³³.

Prima di esaminare le possibili soluzioni da adottare nel nostro paese al fine di favorire lo sviluppo delle tecnologie innovative e per assicurare un corretto funzionamento del mercato, nonché per garantire la massima inclusione sociale dei cittadini, è opportuno verificare quali indicazioni emergono da altri ordinamenti europei che hanno già avviato, da tempo, politiche strategiche finalizzate allo sviluppo delle reti di nuova generazione.

Il presente lavoro intende analizzare, in particolare, la recente posizione assunta dagli attori istituzionali inglesi, governo e regolatore, su come realizzare la massima diffusione possibile di nuove tecnologie in grado di veicolare servizi utili per la collettività.

La nostra indagine parte da un dato statistico: la penetrazione della *broadband* di prima generazione, intesa come possibilità effettiva

²³¹ A.G.COM., *Relazione annuale sull'attività dell'Autorità*, Roma, 15.07.2008, in http://www.agcom.it/rel_08/index.htm, pp. 50-51.

²³² RICERCA BETWEEN, *Analisi sulle determinati del processo di sviluppo della banda larga*, Rapporto finale realizzato per l'Autorità per le Garanzie nella Comunicazioni, Giugno 2008, in http://www.agcom.it/studi/BTW_BandaLarga08.pdf, pp. 110-113.

²³³ Per un'analisi approfondita della tematica si rinvia alla Sezione II della Parte I del presente lavoro.

dell'utente di connettersi alla rete, nel Regno Unito è di circa il 60% in tutto il territorio nazionale, mentre la copertura del DSL ha raggiunto il 99,6% con una velocità di 5,9 Mb/s. Tale ampia diffusione pone la Gran Bretagna al quinto posto nella graduatoria tra i paesi appartenenti all'Unione Europea e tra i primi posti nella classifica mondiale dell'OECD²³⁴. Nel mercato inglese della banda larga, caratterizzato da un'estrema vivacità e da un notevole grado di sviluppo della concorrenza, operano due *competitors* maggiori: British Telecom (d'ora innanzi B.T.) che è l'*incumbent* sulla rete fissa e Virginia Media che è, invece, operatore su cavo. Esistono anche altri competitori minori che, in ragione del principio dell'*equal access* sono riusciti a conquistarsi una posizione nel mercato al dettaglio. Le infrastrutture utilizzate sono una combinazione della rete esistente di rame e le reti via cavo per la TV. È, invece, scarsamente sviluppata quella basata su fibre, che è usata principalmente per le imprese di media grandezza, non trovando adeguata utilizzazione nella connessione a privati²³⁵. Nel Regno Unito quindi, non vi è un significativo *structural gap* che, invece, qualifica i mercati di molti paesi europei²³⁶. Anche in Gran Bretagna è, tuttavia, sentito il problema della copertura nelle aree rurali – caratterizzate o da una bassa densità abitativa o da particolari conformazioni territoriali morfologiche – che rendono economicamente svantaggiosi gli investimenti privati.

²³⁴ OECD, *Five largest broadband market Broadband statics*, in <http://www.oecd.org/dataoecd/22/16/39574815.xl>.

²³⁵ Cfr. F.CAIO, *The Next Phase of Broadband U.K. Action now for long term competitiveness. Review of Barriers to Investment in Next Generation Access, Final Report*, September 2008, in <http://www.berr.gov.uk/files/file47788.pdf>, p.7.

²³⁶ *Ivi*, p. 26 «proper comparison of the UK with other countries does not highlight a structural gap. UK consumers and businesses benefit from broadband industry and a rich choice of digital communications and a competitive d entertainment platforms».

2. Posizione del Governo Inglese. *Digital Britain. The Interim Report. Un primo passo verso la digitalizzazione del Regno Unito.*

Nel documento pubblicato nel gennaio 2009 – *Digital Britain - The Interim Report* – vengono tracciate le prime indicazioni sulle scelte che il Regno Unito intende portare avanti per favorire l'adeguamento delle strutture esistenti o la creazione di infrastrutture alternative in grado di veicolare servizi su banda larga e ultra larga assicurando, nel medesimo tempo, competizione e inclusione sociale.

Un progetto ambizioso che non vede, però, quale attore principale lo Stato. Il governo inglese ha, infatti, escluso – in questa fase in cui i due maggiori operatori di settore, B. T. e Virginia Media, hanno già annunciato piani di ammodernamento del segmento di accesso del *network* – una propria partecipazione finanziaria diretta. Quest'ultima avrebbe l'effetto di raffreddare o, comunque, di duplicare gli investimenti programmati²³⁷. Compito, quindi, del soggetto pubblico è quello di stimolare e di aiutare il mercato senza, tuttavia, abdicare al proprio ruolo di regolatore, laddove gli interventi a regia privata non siano in grado di soddisfare adeguatamente i bisogni degli utenti finali ovvero quando i cd. fallimenti del mercato possano produrre situazioni di discriminazione e ingiustizia nei confronti dei soggetti svantaggiati.

Primo obiettivo del decisore politico inglese è garantire la massima diffusione di tutte le tecnologie capaci di fornire servizi utili alla collettività. Partendo dalla constatazione che l'*upgrade* della sola rete fissa non è in grado di assolvere alla futura richiesta di banda larga e ultra larga è

²³⁷ *Ivi*, cit., p. 27; e ancora BRITISH GOVERNMENT, cit., p. 23 «*The Government is not persuaded that there is a case now for widespread UK-wide public subsidy for Next Generation Network deployment, since such widespread subsidy could simply duplicate existing private sector investment plans or indeed chill such plans*».

necessario procedere a un programma di modernizzazione dello spettro radio²³⁸ per incrementare lo sviluppo del *mobile network*.

Due i passi necessari per il raggiungimento di tale fine.

Ai titolari di licenze *wireless*, è stato chiesto di trovare un accordo per la riallocazione razionale delle frequenze 2G, in modo da permettere un riutilizzo dello spettro e consentire il passaggio ai servizi mobili di nuova generazione²³⁹. La procedura negoziata è un tipico strumento di *soft law* anglosassone con cui le parti private stringono impegni giuridicamente vincolanti. Tale schema regolatorio è adoperato per ridurre la presenza statale in economia e per garantire effettività alla misura, poiché gli

²³⁸ Lo sviluppo dei servizi *multiple play* (che cioè combinano Internet, video e servizi voce) e la convergenza fisso mobile hanno trasformato il contesto competitivo. L'introduzione, infatti, dei servizi integrati ha imposto agli operatori di telefonia e quelli via cavo di recuperare le perdite sui settori tradizionali, dovuti all'aumentata competizione, consolidando la propria posizione nei mercati della banda larga. Così S. BISMUT, *Competition In European Telecom Market*, in *Communications Strategies*, n. 64, 4th quarter 2006, p. 28. L'Autrice sottolinea fra l'altro che la convergenza, quindi non ha solo comportato una competizione fra operatori di telefonia versus quelli via cavo, ma ha determinato una concorrenza fra imprese che utilizzano reti *wirline* e reti *wireless*. Analogamente D. LEWIN - B. WILLIAMSON- M. CAVE, *Regulating next-generation fixed access to telecommunications, services*, in <http://ssrn.com/abstract=1313704>, p.5.

²³⁹In tal modo il valore economico dello spettro radio aumenterebbe determinando la necessità di variare le basi di calcolo dell'*Administrative Incentive Pricing* (d'ora innanzi A.I.P.) cioè dei prezzi incentivanti per il diritto d'uso di tutte quelle frequenze non assegnate attraverso meccanismi di mercato. L'A.I.P. si basa sulla definizione di un prezzo di uso dello spettro in ragione del costo opportunità sottostante. In pratica il calcolo è effettuato tenendo conto di quale dovrebbe essere l'alternativa migliore se quelle particolari frequenze di spettro non fossero utilizzabili. Questo costo - opportunità è calcolato come la variazione dei costi degli *inputs* che verrebbero sostenuti qualora a un utilizzatore dello spettro venisse negato l'accesso a una piccola frazione di spettro. I costi aggiuntivi vanno posti in relazione al tipo di applicazione e tecnologia utilizzata e sono calcolati come il costo minimo stimato delle possibili alternative di uso da parte dell'utilizzatore dello spettro. Se l'A.I.P. di una frequenza è considerato troppo elevato, chi detiene la risorsa potrebbe essere indotto a rilasciare le frequenze; tali frequenze potranno così essere rimesse nel mercato e attribuite a chi è in grado di utilizzarle in modo più efficiente e quindi presumibilmente a chi è disposto a pagare di più. Cfr. C. CAMBINI, *Alcuni passi importanti per una corretta gestione dello spettro frequenziale*, in http://www.larete.net/Regole/2008/Alcuni_passi_importanti_per_una_corretta_gestione_dello_spettro_frequenziale.html. Tuttavia, tale meccanismo di calcolo è stato oggetto di critiche, poiché si basa su informazioni poco certe con margini di incertezza metodologica notevoli. Cfr. E. LIE, *Radio Spectrum Management For Converging World*, in www.itu.int/osg/spu/ni/spectrum/presentations/01-Lie.pdf.

operatori sono più disponibili a rispettare accordi liberamente accettati²⁴⁰. Nel caso in cui, però, l'intesa non dovesse essere raggiunta, come chiarito nell'*Interim Report*, l'esecutivo interverrà, con un provvedimento coercitivo, che, è eventuale, successivo e suppletivo, come detto, al mancato conseguimento dell'intesa fra gli operatori²⁴¹. Accanto al riallineamento delle frequenze 2G sarà, poi, necessario procedere al piano di espansione della rete 3G a 2,6GHz, già proposto da OFCOM²⁴², e reso possibile dalla riassegnazione delle frequenze liberate grazie al passaggio dalla televisione analogica a quella digitale (cd. *digital dividend*). Attualmente, in Gran Bretagna, le licenze 3G sono rilasciate a tempo determinato, ragione per la quale le società di settore non hanno interesse a investire capitali per assicurare lo sfruttamento ottimale dello spettro, potenziando, cioè, la capacità di trasmissione e la copertura del segnale. Minor utilizzazione della tecnologia 3G significa minor possibilità di fornire servizi di nuova generazione sul mobile e conseguentemente minor opportunità di sviluppare una rete in grado di veicolare banda larga. Per ovviare a tale inconveniente il rapporto governativo ha prospettato la possibilità di una modifica della regolazione sulle licenze convertendo la loro durata da limitata a illimitata. La strategia mirata a incrementare l'importanza della rete *wireless* potrà essere completata sostenendo le proposte degli operatori finalizzate a una condivisione del *network*, dello spettro o del *carrier*, soprattutto laddove tali forme di partecipazione siano in grado di massimizzare la copertura e svolgere un ruolo determinante nella

²⁴⁰ Per un'analisi completa della *soft law* nell'ordinamento anglosassone cfr. G. DE MINICO, *Regol. Comando e Consenso*, Torino, 2004, p. 220 ss: ma anche Id., *A hard look at self-regulation in the UK*, in *E.B.L.R.*, 17, 2006, dove l'Autrice individua una terza via per l'autoregolazione, che non è né trasferimento di funzione regolativa dal soggetto pubblico ai governi privati di interesse, né delega della medesima funzione, bensì "A third route: the autopoietic model", che sappia tenere insieme l'apporto privato a titolo complementare rispetto al compito regolatorio dello Stato con la responsabilità politica di quest'ultimo per l'ideazione del progetto normativo, pp. 194 ss.

²⁴¹ BRITISH GOVERNMENT, cit. Action 6, pp. 8-9, e più ampiamente pp. 29-30.

²⁴² O.F.COM *Award of available spectrum: 2500-2690 MHz, 2010-2025 MHz*, 4 aprile 2008, in <http://www.ofcom.org.uk/consult/condocs/2ghzrules/statementim/statement/statement.pdf>.

realizzazione dell'impegno per la fornitura del Servizio Universale, di cui si parlerà più diffusamente nel par. 4 del presente lavoro.

Oltre a promuovere un adeguato sviluppo della tecnologia senza fili l'intervento pubblico sarà diretto a sostenere la rimozione delle barriere normative che impediscono il potenziamento di reti alternative *wired*, facilitando ad es. l'utilizzazione di infrastrutture già esistenti (rinnovamento di parti della metropolitana o la costruzione di nuove case per consentire il passaggio di dotti o cavi della rete²⁴³) e assicurando una maggiore chiarezza nella determinazione dell'imposta (cd. *non domestic rate*²⁴⁴) gravante sugli operatori di telecomunicazioni. In sintesi, una partecipazione economica diretta da parte dello Stato viene considerata residuale; il governo inglese, infatti, intende attendere l'esito degli apporti privati diretti all'*upgrade* delle tecnologie esistenti o alla creazione di nuove reti per l'offerta di servizi di banda larga per, poi, decidere se e in che misura completare l'azione privata.

2.1. Gli aiuti di Stato nel settore della banda larga (art. 87, par. 3, lett. c).

Casistica Inglese. Ad oggi, l'intervento finanziario statale nel Regno Unito, come detto, non è previsto come strumento di sostegno volto a completare il programma di investimenti a regia privata, mentre sussidi

²⁴³ Cfr. F. CAIO, cit., p. 12 «*The Government has a target of up to 240,000 new homes to be built per year up to 2020. It would be a missed opportunity not to equip them with NGA. The government should drive forward an agreed specification generated by the construction and communications sector to raise awareness of NGA in the minds of the construction industry and help NGA connectivity begin to emerge as a valuation criterion for homes*», nonché OFCOM, *Regulatory challenges posed by next generation access networks*, 23.11.2006, p. 2 «*The prospects for competition in provision of wireline next generation access, particularly through the use of alternative wayleaves, including sewers or utility ducting, to reduce the cost of wireline network deployment*».

²⁴⁴ La *National Non Domestic Rate* è una tassa applicata sulle proprietà immobiliari non utilizzate come abitazioni. Ad esempio nel caso delle telecomunicazioni i cavi, le fibre, i cambi, i macchinari sono oggetto di questa imposta. L'unità di calcolo è l'*hereditament*, variabile a seconda della tipologia di proprietà da tassare, ed è stabilita secondo due differenti parametri o sulla base del valore attuale dell'affitto pagato o sulla base della comparazione degli affitti pagati per proprietà equivalenti. Scopo di tale tassazione è il finanziamento delle autorità locali. F. CAIO, cit., p. 77.

pubblici sono stati utilizzati in aree remote o a scarsa densità abitativa dove, per la non remuneratività dell'investimento, gli operatori di telecomunicazioni non hanno programmato la realizzazione di infrastrutture che consentano la trasmissione di servizi su banda larga.

La partecipazione dello Stato al mercato potrebbe porsi in contrasto con la disciplina europea. È appena il caso di ricordare che l'art 87, par. 1, del Trattato CE pone un espresso divieto agli aiuti di Stato, salvo le deroghe contenute nel par. 2 e nel par. 3. Quest'ultimo alla lettera c) ritiene compatibili con il mercato comune tutti quegli aiuti finalizzati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, secondo le indicazioni contenute nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e dalle Linee Guida della Commissione Europea.

Affinché un aiuto di Stato con finalità regionale, sia ammissibile è necessario che esso rispetti i seguenti parametri: l'intervento pubblico deve essere necessario, proporzionale, volto a impedire la distorsione della concorrenza e condizionato al verificarsi del fallimento di mercato.

Ai fini della nostra indagine è, quindi, interessante esaminare le decisioni europee che hanno autorizzato, in Gran Bretagna, misure per la costruzione di *network* di nuova generazione in tratti del paese caratterizzati, come detto, da una bassa concentrazione di residenti o da condizioni geografiche particolari attraverso l'utilizzazione di finanziamenti pubblici.

Il primo provvedimento, del febbraio 2007, prendeva avvio dalla notifica di un progetto di aiuto di Stato per la realizzazione del segmento di *backhaul* che collegasse il territorio del North Yorkshire con un punto di connessione con le reti ad alta velocità presenti nell'area di Leeds o York²⁴⁵. La zona considerata poteva essere qualificata come una «*grey zone*», cioè un'area in cui la banda larga è stata già implementata, ma rappresenta ancora un servizio molto costoso e poco competitivo.

²⁴⁵ EUROPEAN COMMISSION, C (2007) 471 final, *State aid N 746/2006 – United Kingdom NYNET North Yorkshire Advanced Broadband Project*, in http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2006/n746-06.pdf.

La misura prevedeva una procedura di evidenza pubblica per selezionare l'impresa costruttrice, beneficiaria del finanziamento e poi proprietaria del *network*. La gestione della rete sarebbe stata, però, affidata a un organismo di diritto pubblico lo *Special Purpose Vehicle* (d'ora innanzi S.P.V.). Quest'ultimo avrebbe acquistato dalla società aggiudicataria i diritti per l'utilizzazione della nuova rete (che includeva anche il diritto di subaffittare la capacità dell'infrastruttura a tutti i fornitori di servizi compresa l'impresa costruttrice) ancorché per un periodo limitato di tempo (10 anni) praticando prezzi vantaggiosi per gli utilizzatori terzi²⁴⁶.

Le motivazioni che hanno indotto la Commissione a ritenere conforme alle prescrizioni comunitarie il finanziamento statale sono state le seguenti.

La Comunicazione e-2010 «*A European information Society for growth and employment*»²⁴⁷ ha indicato tra gli obiettivi prioritari dell'azione comunitaria la massima diffusione dei servizi di banda larga quale strumento di sviluppo economico e coesione sociale. Generalmente i sussidi pubblici in aree isolate o con limitati raggruppamenti abitativi tendono, come detto, a compensare l'assenza di investimenti degli operatori privati che non si assumono il rischio di sborsare ingenti capitali per coprire i costi infrastrutturali, in presenza di una domanda di servizi assai incerta.

Inoltre, in tali zone, altre tipologie di intervento, quali la regolazione asimmetrica *ex ante*, sono, solitamente, inidonee a stimolare investimenti per la creazione di infrastrutture di nuova generazione. Infatti, i fornitori alternativi, qualora decidessero di finanziare la costruzione della parte di rete mancante, dovrebbero sopportare sia i costi per l'uso dei prodotti all'ingrosso forniti dall'*incumbent* – che praticherà prezzi alti in ragione della distanza – sia le spese di investimento nel *network* senza alcuna garanzia di recupero di quanto speso. Altri strumenti – come i vantaggi fiscali –

²⁴⁶ *Ivi.*, e specificamente punti 9-13, pp. 2-3.

²⁴⁷ EUROPEAN COMMISSION, C (2005) 229 final, «*2010 – A European Information Society for growth and employment*», in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0229:FIN:EN:DOC>.

risolverebbero i problemi dell'offerta, ma non quello della domanda che rimarrebbe comunque poco elevata in assenza di un mercato effettivamente concorrenziale e degli alti prezzi praticati²⁴⁸.

Infine le autorità del North Yorkshire avevano disegnato l'intervento pubblico in modo da minimizzare il potenziale distorsivo dell'aiuto sulla competizione. La procedura di evidenza pubblica per selezionare il miglior offerente era improntata a criteri di trasparenza, concorrenza e obiettività. L'utilizzazione di infrastrutture già esistenti permetteva di evitare duplicazioni non necessarie. L'esistenza di un organismo pubblico quale lo S.V.P., che garantiva l'accesso a tutti i soggetti fornitori di servizi pubblici e privati a prezzi convenienti, assicurava il raggiungimento del duplice fine della concorrenza e dello sviluppo economico. La misura era, in linea con le indicazioni comunitarie, neutrale per quel che riguardava la tecnologia prescelta, in quanto l'infrastruttura poteva essere migliorata in ragione delle differenziazioni tecnologiche garantendo, così, il passaggio della banda larga e larghissima. Infine ogni *surplus* generato dall'utilizzazione degli operatori terzi sarebbe stato usato per compensare i fondi versati dallo Stato; per supportare le previsioni di servizi digitali nel settore pubblico; per sovvenzionare altri progetti che prevedono l'utilizzazione di fondi statali²⁴⁹. In ordine, poi, al criterio del bilanciamento fra valori comunitari in gioco la misura risultava essere compensativa di un notevole *gap* commerciale e geografico che è presente nell'area considerata e comunque gli effetti dell'aiuto non sono tali da ripercuotersi sul commercio intracomunitario.

Prendiamo ora in esame il secondo caso.

Con decisione n. 14/2008 del 30.4.2008²⁵⁰ la Commissione ha autorizzato un aiuto di Stato per finanziare la realizzazione di impianti per la fornitura di servizi di *broadband* in Scozia.

²⁴⁸ *Ivi*, e specificamente punti 41-42, p. 9.

²⁴⁹ EUROPEAN COMMISSION, C(2007) 471 final, cit. e specificamente punto 44 lett. a)- g), p. 10.

²⁵⁰ EUROPEAN COMMISSION, C(2008) 1623 final, *State aid N 14/2008 – United Kingdom*.

Il territorio presenta una bassa densità abitativa e assenza di qualsiasi infrastruttura idonea alla fornitura di servizi di banda larga, senza possibilità di investimenti da parte di operatori privati. Si tratta quindi di una «white area» secondo la definizione comunitaria. Il governo scozzese, prima di decidere se investire nella costruzione della rete, aveva proceduto a una valutazione di fattibilità articolata in tre *steps*. Una prima fase aveva avuto la finalità di individuare le aree di *digital divide* oggetto dell'intervento. Una seconda era servita a verificare se le zone prescelte potevano essere ricomprese in una precedente autorizzazione all'utilizzazione di aiuti di Stato. Una terza era stata, invece, indispensabile per consultare tutti i soggetti coinvolti - pubblici e privati - e verificare se vi fosse la disponibilità di imprese di settore a investire in quelle zone, garantendo servizi a prezzi abbordabili. Una volta accertato che non vi era la volontà di società di telecomunicazioni a finanziare la costruzione di un *network* in quel territorio del paese, il governo locale aveva provveduto a stanziare € 4.32 milioni. La misura aveva quali beneficiari gli operatori di telecomunicazioni, con un finanziamento della durata di 5 anni che non avrebbe superato il 60% della base d'asta. Le autorità inglesi avevano garantito che i prezzi al dettaglio sarebbero stati comparati con quelli praticati nell'area urbana in modo da assicurare servizi abbordabili a una velocità di 512 kbps *download* e di 256 kbps *upload*²⁵¹. La procedura di evidenza pubblica obbligava il beneficiario del contributo statale a garantire l'*equal access*. Un ammontare proporzionale dei ricavi conseguiti sarebbe servita a compensare l'aiuto di Stato.

Anche in tale ipotesi la Commissione Europea ha ritenuto che la misura adottata dall'autorità scozzese fosse in linea con le politiche di sviluppo della banda larga.

Analogamente a quanto affermato nel caso dello Yorkshire la regolazione *ex ante* non è, generalmente, strumento appropriato ad

Broadband in Scotland - Extending Broadband Reach, in http://ec.europa.eu/competition/sectors/telecommunications/broadband_d.

²⁵¹ Ivi, e specificamente punti 9-13, p. 3.

assicurare la domanda nelle regioni scarsamente popolate e quindi a potenziare gli investimenti privati. Pertanto l'unico strumento in grado di salvaguardare lo sviluppo in aree a bassa densità abitativa è proprio l'utilizzazione di fondi pubblici.

Relativamente al requisito della proporzionalità la Scozia aveva disegnato l'intervento statale in modo da minimizzare il potenziale distorsivo dell'aiuto sulla competizione. Tra gli elementi positivi andavano segnalati l'approccio delle tre fasi e la procedura di consultazione, che avevano limitato al massimo la possibilità di alterazione del mercato. Inoltre la mappatura precisa delle aree effettivamente bisognose dell'intervento pubblico e la scelta della procedura di evidenza pubblica erano strumenti in grado di circoscrivere ogni possibilità di un'utilizzazione impropria del finanziamento. L'obbligo per il beneficiario dell'aiuto di offrire *equal access* a tutti gli altri operatori era meccanismo idoneo a promuovere un mercato competitivo. I prezzi al dettaglio sarebbero stati offerti alle stesse condizioni alle quali sono offerti nelle aree urbane. La misura, infine, era neutrale in ordine alla tecnologia prescelta²⁵². Per quel che atteneva al bilanciamento fra valori comunitari in gioco l'aiuto di Stato era effettivamente compensativo di un notevole *gap* commerciale e geografico presenti nell'area considerata.

Le differenti discipline regolatorie adottate dalle autorità regionali sono spiegabili dal differente livello di competizione raggiunta nel mercato geograficamente considerato.

Il governo locale del North Yorkshire, come detto, ha affidato la gestione della rete ad un soggetto pubblico indipendente²⁵³ che praticherà prezzi convenienti nella fornitura dei servizi sulla rete veloce. L'applicazione di una

²⁵² EUROPEAN COMMISSION, C(2008) 1623 final, cit. e specificamente punti 50-58, pp. 11-14.

²⁵³ Sulla necessità di separare la rete laddove non vi sia un mercato competitivo affidando a un soggetto pubblico – quindi indipendente e imparziale rispetto agli interessi in gioco – la gestione del *network* si v. nella dottrina italiana G. DE MINICO, *La sfida europea sulle telecomunicazioni: autori, regole, obiettivi* in A. PACE A – R. ZACCARIA – G. DE MINICO (a cura di), *Mezzi di comunicazioni e riservatezza. Ordinamento comunitario e ordinamento interno*, Napoli, 2008, p. 175.

misura asimmetrica, che non proviene dall'Autorità Indipendente di settore, ma è parte integrante del progetto di finanziamento statale, è giustificabile in considerazione del fatto che, in assenza di un mercato concorrenziale sviluppato, il soggetto beneficiario dell'aiuto avrebbe potuto sfruttare esclusivamente a proprio vantaggio l'abbattimento dei costi per la costruzione dell'infrastruttura garantendo l'accesso solo a quegli operatori in grado di pagare prezzi più alti, con il rischio che non sarebbe stata raggiunta un'adeguata competizione nel territorio oggetto della misura. La limitazione temporale del rimedio è un chiaro segnale della volontà del soggetto pubblico di essere presente nel mercato esclusivamente per il tempo necessario a promuovere una corretta competizione fra i soggetti in gioco. Nel caso scozzese trattandosi di un'area bianca caratterizzata, quindi, da una totale assenza di un mercato relativo ai servizi della banda larga, l'autorità pubblica ha imposto una regola asimmetrica *ex ante* quale parte integrante dell'aiuto – obbligo di *equal access* imposto al beneficiario del contributo pubblico e quindi futuro proprietario della rete – in modo da prevenire la possibile formazione di situazioni di monopolio evitando così che vi fosse un'alterazione significativa della concorrenza nella zona considerata.

3. La posizione dell'O.F.COM. Il difficile equilibrio tra competizione e investimenti.

Il regolatore inglese ha avviato una consultazione pubblica sul tema della *broadband* conclusasi nel dicembre 2008 per individuare le possibili opzioni regolatorie necessarie ad assicurare gli investimenti privati nella banda larga e larghissima. È noto, infatti, come rileva da tempo la dottrina più accreditata, che la previsione di misure asimmetriche *ex ante*, al pari di

una rinnovata presenza dello Stato nell'economia, può divenire fattore disincentivante degli investimenti privati²⁵⁴.

Alla consultazione del dicembre 2008 è seguito, poi un documento definitivo²⁵⁵ nel quale l'O.F.COM. ha indicato l'approccio che intende seguire in questa fase tenendo presente che la difficoltà maggiore, nell'attuale momento, è garantire contemporaneamente investimenti e competizione .

Infatti se per la banda larga di prima generazione una competizione effettiva e sostenibile ha rappresentato un motore per gli interventi finanziari a regia privata, il miglioramento dell'infrastrutture in grado trasmettere *broadband* di seconda generazione comporterà un impegno economico notevole per gli operatori a fronte di un'incertezza della domanda. Compito dell'autorità sarà, quindi, quello di favorire la diffusione di tutte le tecnologie capaci di veicolare banda larga e assicurare l'abbattimento di tutte le barriere in entrata; prescrivere *l'equivalence of inputs* all'operatore con significativo potere di mercato – B.T. – in modo da evitare che sull'*upgrade* del segmento di accesso si ricrei la situazione di *bottleneck* dell'ultimo miglio del doppino di rame.

Sotto il primo profilo, analogamente a quanto già anticipato dal Governo, O.F.COM. intende portare avanti la propria strategia sullo spettro radio, favorendo liberalizzazione e la vendita delle frequenze²⁵⁶. La possibilità di investimenti condivisi, soprattutto per migliorare la tecnologia F.T.T.H., sulla rete dell'*incumbent* eviterebbe la duplicazione delle infrastrutture e permetterebbe la suddivisione dei costi. In questo senso procedure di consultazione fra gli operatori e chiarezza sulla quantità di rete inutilizzata da

²⁵⁴. Così H. GRUBER, *European sector regulation and investment incentives for broadband communication networks*, in papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=976887, 2007, p. 22.

²⁵⁵ O.F.COM, *Delivering superfast broadband*, 3.3.3008, *Stament*, in http://www.ofcom.org.uk/consult/condocs/nga_future_broadband/statement/statement.pdf.

²⁵⁶ Si v. nota 13 del presente lavoro.

parte di B.T. potranno essere un utile supporto alla valorizzazione di queste strategie concordate²⁵⁷.

Sotto il secondo profilo, invece, il regolatore inglese ha già avviato una consultazione pubblica sia per modificare l'oggetto dell'*Undertaking* sottoscritto da B.T. nell'ottobre 2005, ora limitato alla rete fissa in rame, in modo da estendere la disciplina della separazione funzionale tra *Openreach* e le divisioni commerciali anche alle reti di nuova generazione. Ne conseguirà che anche sul mercato all'ingrosso della banda larga, come *update* del mercato n 5, le richieste di acquisto dei prodotti saranno equiordinate dinanzi all'unico venditore e coperte dalle medesime garanzie dell'accordo²⁵⁸, sia per imporre a *Openreach* una standardizzazione degli equipaggiamenti tecnici necessari per la connessione degli O.L.O. nel momento in cui effettuerà l'*upgrade* delle cabine posizionate nelle strade, sia per la realizzazione di un'infrastruttura F.T.TC.²⁵⁹.

Riguardo alla fissazione dei prezzi sembra chiaro che il Regolatore britannico intende disciplinare solo quelli all'ingrosso, distinguendo tuttavia, fra prodotti attivi e passivi. La tariffazione dei primi sarà infatti improntata al criterio delle flessibilità del prezzo tenendo conto sia delle caratteristiche del prodotto sia dell'impatto sugli investimenti. Prezzo flessibile indica, infatti, una modalità di determinazione non rigida in ragione dell'incertezza della domanda e dell'impossibilità di prevedere costi e ricavi in presenza di un livello di competizione non ancora alterato. Ci sono vari modelli di prezzo flessibile ed O.F.COM. nel documento citato ne ha individuati tre: a) libertà di determinazione del prezzo in ragione degli sviluppi del mercato. La differenziazione del prezzo avviene in ragione del tempo di applicazione della tariffa e/o in base alla differenza geografica dell'area; b) *volume discounts* si realizza, quando a un acquirente è offerto un prezzo unitario più

²⁵⁷ O.F.COM, cit., p. 43.

²⁵⁸ *Ivi*, p. 47.

²⁵⁹ O.F.COM, *Proposed variation to BT's Undertakings under the Enterprise Act 2002 related to Fibre-to-the-Cabinet*, in <http://www.ofcom.org.uk/consult/condocs/fttc/>.

basso se acquista un certo volume di prodotti all'ingrosso. Questa modalità di determinazione del prezzo se da un lato consente un abbattimento del costo unitario e, quindi, può incoraggiare un miglioramento dei prodotti forniti sulla rete di nuova generazione, è altrettanto vero che esso può determinare barriere all'entrata danneggiando la concorrenza soprattutto nei confronti dei piccoli fornitori di servizi; c) prezzi all'ingrosso a scalini rappresenta, invece, il prezzo determinato in ragione della differente qualità dei prodotti²⁶⁰.

Riguardo ai prodotti passivi – offerti generalmente da B.T.- l'*incumbent* su rete fissa e che ha lanciato, come detto, un programma per l'*upgrade* della propria rete di accesso – OFCOM ritiene che la determinazione dei prezzi orientati ai costi sia ancora uno strumento efficiente per assicurare sia il recupero dei già sostenuti sia per implementare investimenti futuri²⁶¹.

4. La disciplina del Servizio Universale nel Regno Unito.

Lo scopo del Servizio Universale è definito a livello dalla Direttiva 2002/22/CE²⁶². Basterà ricordare che in virtù del principio di sussidiarietà gli Stati membri sono tenuti a individuare il soggetto tenuto alla prestazione del Servizio Universale, il criterio del finanziamento dell'obbligo, la possibilità di prevedere prestazioni ulteriori rispetto a quelle stabilite a livello comunitario.

Tre le tappe fondamentali della disciplina relativa all'*Universal Service Obligation* (d'ora innanzi U.S.O.) in Gran Bretagna.

Una prima fase che può essere temporalmente fissata dal 1984 al 1993, nella quale l'obbligo del Servizio Universale rientrava nelle prestazioni connesse alla licenza rilasciata a B.T.

²⁶⁰ *Ivi*, p. 58.

²⁶¹ *Ivi*, p. 60.

²⁶² Per un approfondimento sulla disciplina del Servizio Universale si rinvia alla Sezione I del presente lavoro.

Infatti, nel periodo iniziale di liberalizzazione delle telecomunicazioni il governo temeva un ritiro dell'*incumbent* dovute al rischio di investimenti in attività poco remunerative. Due categorie di prestazioni vennero imposte a B.T. la previsione di servizi *standard* e agevolazioni specifiche per soggetti svantaggiati. L'operatore dominante non aveva un preciso obbligo di installazione delle cabine pubbliche. Tuttavia alle autorità locali spettava un potere veto sullo spostamento o l'eliminazione dei telefoni pubblici.

Tali obblighi furono confermati nella modifica alla licenza rilasciata a B.T. nel 1993²⁶³.

Con l'affermarsi di un mercato competitivo l'obbligo dell'U.S.O. venne esteso prevedendo che B.T. dovesse fornire, in aggiunta alla prestazione del servizio di linea fissa, un accesso funzionale ad *Internet* e praticare tariffe agevolate per i soggetti con un basso reddito, nonché garantire la prestazione di servizi speciali per le persone non udenti. I costi del Servizio Universale venivano sopportati solo dall'*incumbent* che dalla prestazione dell'obbligo ricavava consistenti vantaggi sia diretti sia indiretti.

Nel 2006 B.T. ha chiesto al regolatore una revisione degli obblighi di prestazione del Servizio Universale: a) una limitazione del potere di veto da parte di tutte le autorità locali sulla collocazione delle cabine pubbliche, poiché tale potere rappresentava una restrizione ingiusta ed eccessiva, anche in ragione della minor necessità di utilizzo da parte della popolazione di postazioni pubbliche di telefonia fissa; b) una possibilità di differenziare il prezzo soprattutto nelle aree rurali dove i costi sono più alti; c) un finanziamento del Servizio Universale distribuito anche sugli altri operatori di telefonia fissa in ragione delle mutate condizioni di mercato.

O.F.COM. ha, in parte, accolto le richieste di B.T.

Riguardo al potere di veto è stato limitato al solo consiglio di distretto dell'area. In ordine alla diversificazione dei prezzi per la prestazione dei

²⁶³ Cfr. P. STRICKLAND, *B.T. and Universal Service*, in *Computer and Telecommunications Law Review*, 1996, pp. 89-93.

servizi base di *Internet* l'autorità inglese ha stabilito che B.T potrà richiedere un sovrapprezzo qualora il costo del servizio prestato sia superiore a 3,400 sterline. I costi del Servizio Universale invece, dovevano gravare, ancora sull'operatore verticalmente integrato poiché i vantaggi di immagine e di sfruttamento degli spazi pubblicitari sulle cabine telefoniche pubbliche assicuravano così ritorni indiretti comunque economicamente significativi²⁶⁴.

²⁶⁴ O.F.COM, *Review of the Universal Service Obligation*, 14.03.2006, in http://www.ofcom.org.uk/consult/condocs/uso/uso_statement/.

4.1. Il problema della connettività universale. Da più parti è sottolineato come l'impossibilità di utilizzare la banda larga rappresenti un fattore di esclusione sociale e un *gap* per tutti coloro che per ragioni economiche o per la collocazione geografica non siano in grado di sfruttare appieno le grandi potenzialità dei servizi a banda larga. Come è stato sottolineato nella recente Conferenza Ministeriale sull'*e-inclusion* di Vienna: «Broadband is becoming an «essential commodity» like water or electricity. It is today an indispensable service for the effective participation in the global trade, economy, education, culture, politics and society. As new broadband services are developed and new and more capable infrastructures are made available old gaps may get entrenched and new gaps may arise between those who have access and can successfully exploit it and those who do not have access or lack the ability to exploit it. The Commission and the Member States are called upon to put in place measures aimed at ensuring an adequate participation to the information society, by enabling citizens to access and exploit ICT irrespective of location or socio-economic background, in particular in convergence regions and remote and rural areas of the European Union»²⁶⁵.

L'opzione di configurare la banda larga come U.S.O. è una scelta del decisore politico. L'individuazione dei requisiti affinché un servizio possa rientrare nella prestazione del Servizio Universale viene fatta per tutelare e garantire il godimento di diritti fondamentali - quali l'uguaglianza sostanziale - quindi ben oltre le ragioni economiche che regolano il mercato delle telecomunicazioni. Oggi avere accesso alla banda larga significa poter utilizzare servizi quali la telemedicina, l'*e-learning* (i cd. *e-public services*, volendo utilizzare una terminologia anglosassone) che rappresentano una nuova modalità di realizzazione dello stato sociale.

²⁶⁵ THE PRESIDENCY OF THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, Vienna «e- inclusion» ministerial conference Conclusions, in ec.europa.eu/information_society/events/e-inclusion/2008/doc/conclusions.pdf, p. 3.

Il governo inglese si è assunto l'impegno (*commitment*) a garantire l'accesso alla banda larga quale Servizio Universale entro il 2012. L'utilizzazione del termine «impegno» non deve trarre in inganno. Esso può, qualificarsi come un obbligo *pro futuro* del decisore politico, cui, in maniera speculare, corrisponde un diritto soggettivo del cittadino - utente a esigere la prestazione, anche questa futura, della connessione a banda larga. Ciò che, tuttavia, allo stato non risulta chiaro sono i contenuti dell'obbligazione futura cioè quali i servizi oggetto dell'obbligo, chi sarà il destinatario tenuto alla prestazione e i criteri di assunzione del costo del finanziamento di tale impegno.

Il modello di U.S.O. sperimentato sino ad oggi, è stato strutturato, da un punto di vista oggettivo, facendo riferimento ad un'unica tecnologia esistente - comunicazione su rete fissa - mentre, da un punto di vista soggettivo, tenuto alla prestazione era l'operatore ex monopolista avvantaggiato sul mercato in ragione della sua posizione d'*incumbent*²⁶⁶. Oggi la realtà tecnologica è più complessa e l'apertura al mercato non consente più di affermare che esista un'unica impresa con significativo potere di mercato su tutto il territorio nazionale.

La problematica del Servizio Universale, secondo l'*Interim Report*, merita un approccio diverso rispetto al passato. In primo luogo bisogna individuare i livelli di velocità di banda larga più comunemente utilizzati da tutta la popolazione nel suo complesso, la tipologia di servizi *online* che i consumatori vogliono e si aspettano; la velocità da garantire per assicurare la fornitura di alcuni servizi pubblici, quali la tele educazione e la medicina a distanza; il punto a livello del quale un servizio può essere fornito ubiquamente ad un costo proporzionato e ragionevole. Il tutto però sempre tenendo conto dell'evoluzione tecnologia e dell'andamento del mercato per evitare di chiudersi in livelli minimi di prestazione che in realtà potrebbero divenire obsoleti entro un breve periodo di tempo. Su tali premesse il

²⁶⁶ BRITISH GOVERNAMENT, cit., p. 55.

decisore politico ha proceduto a un'analisi sulla corrispondenza fra servizi prestati e livelli di velocità di trasmissione. Un'ampiezza di banda di 512 Kbs consente una fornitura circoscritta di servizi. Ad esempio con tale velocità non è possibile, per l'utente, usufruire di un servizio di telemedicina. Una velocità, invece, che permetta una trasmissione di 1 Mb/s comporterebbe oneri finanziari maggiori per le imprese, ma consentirebbe la fornitura più ampia di servizi. Nel breve periodo potrebbe rappresentare anche una soluzione percorribile, ma nel lungo periodo non consentirebbe ai consumatori l'utilizzo di servizi quali i contenuti video. La prestazione di servizi a 2 Mb/s di velocità sembrerebbe soddisfare il punto di equilibrio tra costi, esigenze del consumatore e benefici per la collettività²⁶⁷.

Ugualmente aperto è, come detto, il problema del destinatario del futuro obbligo di Servizio Universale. Il rapporto governativo pare escludere l'omologabilità della precedente disciplina di U.S.O. alla banda larga e quindi l'ascrivibilità della prestazione imposta esclusivamente all'*incumbent*. Sembrerebbe, quindi, passare l'idea che dovrebbe trattarsi di un obbligo condiviso fra più operatori in ragione della posizione di dominanza assunta nei vari mercati²⁶⁸.

In ordine poi alla modalità di finanziamento de Servizio Universale. non è, *a priori*, esclusa la possibilità di utilizzare contributi pubblici. Tuttavia, il governo inglese, timoroso sempre dell'effetto distorsivo che i finanziamenti statali hanno sulla competizione, sarebbe più orientato a trovare soluzioni diverse, quale, ad esempio, un'attribuzione di frequenze addizionali per tutti gli operatori *wireless* che consentano di raggiungere l'impegno della connettività universale. Né, d'altro canto, sembra essere scartata l'ipotesi che oltre un certo limite il costo venga sopportato dagli utenti finali²⁶⁹. Sin qui gli aspetti tecnici della questione che tuttavia non esauriscono la tematica del Servizio Universale.

²⁶⁷ *Ivi*, p. 56.

²⁶⁸ Come ad esempio accade in Italia. Cfr. Sez. I di questo lavoro.

²⁶⁹ BRITISH GOVERNAMENT, cit., p. 58.

Di uguale e non minore importanza è l'azione che il decisore pubblico può compiere per stimolare la domanda, soprattutto rendendo facilmente accessibili quei servizi che il settore pubblico può fornire con un'appropriata politica di alfabetizzazione digitale. In tale prospettiva anche il regolatore inglese ha aperto una consultazione per individuare le ragioni che spingono gli utenti a non adottare le nuove tecnologie e comprendere attraverso quali strumenti è possibile supportare l'azione governativa tesa a promuovere una maggiore confidenza dei cittadini con i servizi di nuova generazione²⁷⁰.

5. Digital Britain. Final Report. Continuità e discontinuità con l'Interim Report.

Come annunciato nell' *Interim Report*, nel giugno 2009, il Governo Britannico ha indicato nel documento *Digital Britain. Final Report*, in maniera circostanziata il piano strategico per la diffusione della banda larga e conseguentemente i passi indispensabili per assicurare nel più breve tempo possibile la connessione attraverso le reti di nuova generazione²⁷¹.

Secondo i dati emersi durante l'indagine conoscitiva, seguita alla pubblicazione del Rapporto Intermedio, l'azione del decisore politico deve essere indirizzata principalmente a un allargamento della domanda e dell'offerta della *broadband*.

Per raggiungere tale obiettivo è necessario rendere abbordabili sia i prezzi della connessione a banda larga (su cui ci si soffermerà meglio in seguito) che i costi di acquisto dei computer. Ciò che risulta evidente, infatti, è che le famiglie a basso reddito non possiedono un P.C. pur se potenzialmente in grado di connettersi ad internet. Per ovviare a tale

²⁷⁰O.F.COM, *Access and Inclusion. Digital communications for all, Consultation*, in <http://www.ofcom.org.uk/consult/condocs/access/access/>.

²⁷¹ DEPARTMENT FOR CULTURE, MEDIA AND SPORTS, *Digital Britain. Final Report*, June 2009, in www.culture.gov.uk/what_we_do/.../6216.aspx/.

inconveniente non è sufficiente affidarsi esclusivamente al dinamismo del mercato che, se ha consentito un considerevole abbassamento dei prezzi al dettaglio dei personal computer, non è comunque in grado di soddisfare le richieste dei soggetti meno abbienti. Il Governo inglese ha elaborato un progetto di fornitura di PC a soggetti indigenti riciclando i vecchi personal oppure i telefonini mobili con scheda prepagata e connessione a banda larga. Nel documento del giugno 2009 emerge in maniera più chiara rispetto al Rapporto Intermedio la necessità di un'azione che, da un lato, assicuri un ammodernamento delle infrastrutture e, dall'altro, garantisca l'alfabetizzazione digitale intesa quale possibilità per tutti dell'acquisto degli strumenti idonei a connettersi alla banda larga²⁷².

Secondo un recente studio indipendente commissionato proprio dal Governo, la fascia d'età compresa fra i 40-60 anni non conosce le applicazioni fornite da computer e mobili. È stato avviato un programma di inclusione digitale con l'istituzione di un'apposita agenzia ed è stato predisposto un Piano nazionale per assicurare la *digital participation* anche attraverso l'uso di fondi pubblici e privati. In tal modo si intende diffondere la cultura dell'utilizzazione di *internet* e, quindi, favorire l'aumento della domanda di connessione *online* tra i giovani e gli studenti, ma anche anziani e disabili che sono categorie ad alto rischio di esclusione sociale²⁷³.

È indispensabile, poi, garantire la disponibilità della connessione alla banda larga. Rispetto all'*Interim Report* il Governo ha chiarito che tale aspetto del problema presenta due componenti fondamentali: il diritto di connettersi alla rete oggi e il diritto di connettersi alla rete domani. Quanto all'oggi si conferma l'intenzione del Governo inglese di fornire un'infrastruttura in grado di veicolare banda larga a 2 Mbps entro il 2012. Invece, per quel che riguarda la connessione di domani è molto probabile

²⁷² *Digital Britain. Final Report*, cit. e in particolare p. 11 punto 19 e più ampiamente pp. 34-36 punti 24-32.

²⁷³ *Digital Britain. Final Report*, cit., e in particolare p. 11 punto 20 e, più dettagliatamente, pp. 37-40, punti 33-41.

che il mercato non riesca a garantire la copertura dell'ultimo terzo della popolazione del Regno Unito con la banda larga di nuova generazione. È compito dell'Esecutivo Britannico assicurare la connessione alla banda larga come obbligo di Servizio Universale entro il 2012 attraverso un *mix* di tecnologie (DSL, FTTC, *wireless* e possibilmente satellite). Sebbene come detto, i due maggiori operatori del settore hanno già programmato investimenti in modo da garantire l'*upgrade* dei propri *networks*, è altamente probabile che non sia possibile assicurare la fornitura della banda larga a 2 Mbps, o meglio che gli investimenti privati non siano sufficienti alla costruzione di un'infrastruttura capace di veicolare servizi di *broadband* di nuova generazione in tutte le aree del territorio, comprese quelle in cui le reti sono comunque sviluppate. Questo, in particolare, nella rete fissa dove le recenti analisi hanno mostrato una certa resistenza dell'*incumbent* a investire nella costruzione di dorsali di collegamento fra il *core network* e le centrali di smistamento del segnale, ovvero investimenti nelle aree di congestione del segnale che determinano, come effetto finale, una cattiva qualità del servizio.

L'intervento statale sarà quindi indipendente dal fatto che si tratti di *black area* o *white area*, divenendo, invece, priorità l'effettiva possibilità dell'utente di poter usufruire di una connessione veloce²⁷⁴. Come già annunciato nel documento del gennaio 2009, il decisore politico britannico ha già preventivato un fondo iniziale per l'U.S.C., laddove la mano privata fallisca, di £ 200 milioni, ricavato dal passaggio dall'analogico al digitale, che sarà implementato con 5 ulteriori diverse risorse: ricavi ottenuti dalle vendite ottenute da aste nel settore delle tlc, contributi provenienti da *partners* privati, contributi regionali o nazionali di organizzazione che beneficiano della connettività, contributi provenienti dai consumatori che effettuino l'*upgrade* direttamente a casa loro, dal contributo versato dagli

²⁷⁴ *Digital Britain. Final Report*, cit., p. 54, punto 34.

operatori di mobile per l'ampliamento dello spettro radio²⁷⁵. Si tratta, quindi, di un intervento mirato e comunque non sostitutivo degli investimenti privati. Al fine di garantire una fornitura veloce il *Final Report* ha, anche, individuato un soggetto, «lunga mano del Governo centrale», il *Network Design e Procurment Group* che è responsabile di strutturare l'intervento, verificare a che punto sia la fornitura e assicurare la corretta spesa dei fondi pubblici impiegati per la realizzazione dell'U.S.C.²⁷⁶. Come si diceva innanzi, tuttavia, la modernizzazione delle infrastrutture non è limitata ad assicurare una connettività universale a 2 Mbps, ma anche a favorire il massimo sviluppo possibile della tecnologia in fibre. Secondo quanto emerge dalle indagini svolte dal Governo, soprattutto nelle aree rurali vi è assenza totale di investimenti. In tal caso la costruzione ex novo di infrastrutture in grado di veicolare banda larga è l'oggetto dell'azione statale, a differenza della strategia volta a garantire l'U.S.C. La realizzazione, sebbene parziale, di un nuovo *network* richiede la creazione di un fondo pubblico, il c.d. *Next Generation Fund*. Tale Fondo sarà realizzato con il pagamento da parte degli utenti finali di 50p al mese, dal 2010, su tutte le linee fisse di rame. L'importo, a giudizio Governo britannico, è sembrato il giusto ed equilibrato costo che i cittadini sostengono per finanziare un'infrastruttura strategica come quella delle T.L.C.²⁷⁷. Tale importo tuttavia non sarà gestito direttamente dagli operatori, bensì da O.F.COM. secondo il modello dei

²⁷⁵ Tale Fondo è già stato stanziato nel Bilancio 2009. Secondo quanto annunciato dal Governo: «the Government will pursue Universal Service in broadband, at a speed of 2 Megabits per second, by no later than 2012. This target will allow virtually everyone to experience the benefits of broadband, including the increasing delivery of public services online...The Government will consult with the BBC Trust on how the emerging underspend from the Digital Switchover Help Scheme can be drawn on to fund Universal Service and take-up. If necessary, the cost would also be met through additional funding mechanisms, as set out in the Digital Britain Interim Report». Cfr. *Digital Britain... Final Report*, cit., p. 52.

²⁷⁶ *Digital Britain. Final Report*, cit., p. 58 punto 40.

²⁷⁷ Tale modello può essere considerato l'equivalente della cd. *Renewable Obligation*, che è pagata dai singoli e dalle imprese sulla bolletta relativa alla fornitura di energia elettrica per raggiungere un obiettivo che il mercato non è in grado di realizzare. La scelta di applicare tale prezzo aggiuntivo è stato limitato alla sola linea fissa e non a quella mobile poiché gli operatori di settore già contribuiscono con il pagamento delle licenze comprensive della fornitura di servizi di telefonia mobile e banda larga. Cfr. *Digital Britain. Final Report*, cit., p. 64 punto 54.

pagamenti di AIP. Emerge dunque in maniera chiara che l'intento del decisore politico inglese è duplice. Assicurare a tutti, indipendentemente dalla propria collocazione geografica la banda larga 2 Mbps, anche laddove siano intervenuti investimenti privati, incapaci di assicurare la connettività universale. Laddove, invece, l'intervento privato sia totalmente assente la spesa per la creazione di infrastrutture verrà sostenuta interamente dallo Stato con il progetto *Final Third*.

Diversi dal diritto (in astratto) a collegarsi alla rete sono gli obblighi ad avere prestazioni minime, discendenti dal diritto alla connessione secondo quanto stabilito dalla regolazione comunitaria. In questo senso il Governo Inglese avvierà una consultazione per individuare la modalità più opportuna di fornitura della prestazione del Servizio Universale. Come già anticipato, l'impegno assunto dal Governo inglese nel *Final Report*, si configura come un obbligo *pro futuro*, la cui realizzazione si concretizza attraverso un procedimento a fattispecie progressiva. Depongono a favore di questa conclusione il fatto che nel documento del giugno 2009 sia stato già individuato l'oggetto dell'obbligazione futura a carico del Governo, la modalità di finanziamento per la sua realizzazione, nonché i tempi di attuazione di tale impegno. Del resto la differente terminologia – *Commitment* anziché *Obligation*²⁷⁸- è giustificata proprio dal fatto che l'U.S.O., così come sino ad oggi considerato, ha ad oggetto la garanzia della prestazione del servizio (voce fissa e dati) su un'infrastruttura già esistente; l'obbligo, invece, assunto nel Rapporto Finale riguarda l'ammodernamento o la realizzazione della rete medesima (qualcosa cioè che non esiste ancora), nel caso in cui le imprese private non siano in grado

²⁷⁸ Conferma la nostra interpretazione il significato letterale che viene attribuito al termine *commitment* dal *Random House Dictionary 2009* secondo il quale tale termine è traducibile come obbligo. La distinzione con il termine *obligation* deriverebbe dal fatto che il *commitment* è appunto un obbligo futuro. Cfr. *Dictionary.com*, <http://dictionary.reference.com/browse/commitment>, nonché *Merriam Webster Dictionary online*, in <http://www.merriam-webster.com/dictionary/commitment>.

di garantire la fornitura di banda larga (cd. diritto a connettersi cui si faceva prima riferimento) a 2 Mbps.

L'azione del decisore politico inglese è, inoltre, indirizzata a uno sviluppo per le infrastrutture *wireless*. Tre sono i passi fondamentali a realizzare tale obiettivo.

La liberazione tempestiva dello spettro di banda a 800 MHz è stato realizzata attraverso il passaggio alla TV digitale (il cd. *digital dividend*). Su tale aspetto è in corso un ulteriore approfondimento da parte del regolatore britannico, che nel giugno 2009 ha annunciato una prossima consultazione su tale questione²⁷⁹.

La liberalizzazione dello spettro esistente del 2G mobile attualmente attribuito a due operatori Vodafone e O2 per consentire il passaggio, su tali frequenze, della tecnologia 3G, in linea con quanto disposto di recente anche dalla Comunità Europea²⁸⁰. Al fine di garantire un'adeguata concorrenza sarà necessario individuare la quantità di frequenze da affidare a ciascun operatore e i requisiti tecnici necessari per ottenere licenze su 900MHz. Come si ricorderà il Governo Britannico nell'*Interim Report* aveva invitato Vodafone e O2 a trovare un accordo con le altre imprese di settore per suddividere lo spettro²⁸¹. Tuttavia la procedura consensuale non

²⁷⁹ O.F.COM *Digital Dividend: clearing the 800 MHz band*, in <http://www.ofcom.org.uk/consult/condocs/800mhz>.

²⁸⁰ La Direttiva 87/372/EEC del 25 giugno 1987, in GUCE del 17.7.1987, p. 85, vietava espressamente la liberalizzazione dello spettro GSM. Con risoluzione del Parlamento Europeo del 9.5.2009 è stata accolta la modifica di detta Direttiva rimuovendo il limite di esclusiva attribuzione delle frequenze a 900 Mhz agli operatori GSM ed estendendo quindi l'utilizzazione di detto spettro alla tecnologia 3G. Il testo del *draft* della modifica della Direttiva si v. Proc. 2008/0214(COD) che può essere in <http://www.europarl.europa.eu/oeil/file.jsp?id=5718632>.

²⁸¹ In realtà una proposta era stata già avanzata da O.F.COM, che aveva paventato la possibilità di una rassegnazione coatta delle frequenze. A tal proposito si v. O.F.COM, *Opening up mobile spectrum to support innovation and competition*, in http://www.ofcom.org.uk/media/news/2007/09/nr_20070920. Attualmente si è conclusa un'ulteriore consultazione sul punto si v. ID, *Application of spectrum liberalisation and trading to the mobile sector*, in <http://www.ofcom.org.uk/consult/condocs/spectrumlib/spectrumlib/>. Per quanto riguarda l'Italia in data 11.02 2009 è stata emanata una determinazione del Ministero dello Sviluppo Economico nel quale è stato approvato il piano di razionalizzazione delle frequenze a 900

ha avuto esito positivo, ma l'Esecutivo Inglese ha evitato la soluzione imposta benché preannunciata, sia per la particolarità degli interessi coinvolti, sia per le probabili pressioni che le imprese titolari di licenze stanno facendo sul decisore politico. E, dunque, il *Final Report* ha adottato una soluzione intermedia, nominando un organismo tecnico con funzioni arbitrali per trovare una mediazione fra posizioni degli *stakeholders*.

In continuità con quanto già annunciato nel documento del gennaio 2009, il Governo ha previsto la conversione delle licenze 3 G da tempo determinato a indeterminato in modo da poter incentivare le imprese di settore a investire. Sebbene lo sviluppo del mobile consentirà un'ampissima copertura e deve, quindi, essere considerato strumento fondamentale per raggiungere l'obiettivo della connettività universale, la velocità di banda garantita da tale tecnologia non sarà di 2 Mbps ma di 1-1,5 Mbps. Qualora gli operatori di mobile avranno un ruolo attivo nella realizzazione dell'U.S.C., l'A.I.P. sarà rivisto in proporzione al contributo dato. Le sfide poste dallo sviluppo della banda larga comportano la necessità del riconoscimento di un ruolo più incisivo dell'organismo di regolazione. In questa ottica è stata resa nota la volontà di modificare il *Communication Act* del 2003 al fine di chiarire i compiti di l'O.F.COM. funzionali ad assicurare investimenti, concorrenza e tutela dei consumatori, ma anche di assegnargli un nuovo potere: segnalare al *Secretary of State*, competente tutte le volte in cui l'Autorità di regolazione sia venuta a conoscenza di inefficienze delle infrastrutture di tlc²⁸².

Infine, il Governo dovrà affrontare altre tre importanti questioni direttamente collegate allo sviluppo della banda larga: la digitalizzazione dello spettro radio; l'implementazione dell'industria con particolare attenzione alla tutela della proprietà intellettuale; il rafforzamento delle

Mhrz proposta da Vodafone, Telecom Italia s.p.a e Wind. Il testo integrale è reperibile in <http://www.sviluppoeconomico.gov.it/>.

²⁸² Si tratta di un potere analogo a quello che spetta al Governatore della Banca di Inghilterra relativamente al funzionamento dei mercati finanziari.

garanzie per i dati personali²⁸³. Non è mancata una particolare attenzione al tema dell'uso della *broadband* per la realizzazione dell'*e-government*. In particolare il discorso dell'U.S.C. è direttamente connesso con la volontà del decisore politico inglese di trasformare la P.A. inglese in un'amministrazione completamente digitalizzata. Vari sono i problemi, tuttavia, da risolvere. Innanzitutto al momento non è possibile calcolare la spesa per procedere a tale innovazione, dato il pericolo di una duplicazione dei servizi e quindi dei costi; sarebbe necessario, inoltre, evitare che il soggetto pubblico abbia difficoltà di accesso ai servizi dell'*incumbent* in ragione di barriere all'entrata. E sarebbe, infine, indispensabile evitare una rigida struttura dei contratti di servizio in modo da consentire al settore pubblico di essere al passo con le innovazioni tecnologiche²⁸⁴.

²⁸³ Si veda ampiamente *Digital Britain. Final Report*, cit., pp. 105-205.

²⁸⁴ Cfr. *Digital Britain. Final Report*, cit., pp. 211-212 e specificamente punti 20-29.

B) La Francia: finalità e regolazione della banda larga e ultra larga

SOMMARIO: 1. *La programmazione francese sui futuri obiettivi dell'economia digitale: il piano France numérique 2012 e il parere del Conseil Economique, Social et Environnemental.* – 2. *Banda larga e ultra-larga nell'ordinamento francese: lo stato dell'arte dell'haut débit e della très haut débit.* – 3. *Il quadro regolamentare.* – (3.1. *L'infrastruttura orizzontale e i nuovi obblighi «asimmetrici» sul génie civil.* – 3.2. *L'infrastruttura verticale: mutualità della parte finale della rete in fibra ottica e regolazione «simmetrica»).* – 4. *Intervento delle collettività territoriali, obblighi di informazione sulla localizzazione delle reti esistenti e finanziamento pubblico delle infrastrutture di comunicazione.*

1. La programmazione francese sui futuri obiettivi dell'economia digitale: il piano France numérique 2012 e il parere del Conseil Economique, Social et Environnemental.

L'esame dell'esperienza comparata francese in materia di banda larga e di servizi di pubblica utilità è di particolare interesse per le posizioni prese – a seguito dell'approvazione di specifici piani programmatici, di consultazioni pubbliche avviate dall'*Autorité de régulation des communications électroniques et des postes* nonché di recenti interventi normativi – per la soluzione degli omologhi problemi con cui si sta attualmente confrontando l'ordinamento italiano.

Il riferimento è, fra l'altro, alla questione dell'inclusione dell'accesso alla banda larga nella categoria del Servizio Universale di matrice comunitaria, alla regolazione dei servizi ad alta e altissima velocità (*haut débit* e *très haut débit*), al ruolo dell'autonomie territoriali nella gestione e sviluppo delle infrastrutture di rete, al finanziamento degli investimenti necessari.

Da questo punto di vista, il governo francese si è recentemente dotato di un piano di sviluppo dell'economia digitale, depositato nell'ottobre 2008²⁸⁵, con cui sono state messe in luce le priorità dell'esecutivo per i prossimi 4 anni e il ruolo che dovranno assumere le istituzioni pubbliche chiamate – come già anticipato nella premessa di metodo della presente ricerca²⁸⁶ – a valorizzare l'utilità della connessione veloce a Internet, a promuovere l'incremento dell'offerta di contenuti digitali con nuovi servizi, a favorire l'alfabetizzazione informatica di tutti cittadini.

Il documento citato – partendo dal presupposto generale che lo sviluppo delle comunicazioni elettroniche e l'accesso alle reti informatiche costituisce una risorsa economica di decisiva importanza per la crescita e lo sviluppo del Paese – adotta una visione progressista rispetto agli altri paesi europei fissando come obiettivo, da raggiungere entro il 2012, la copertura pari al 100% del territorio nazionale con reti digitali a banda larga. In altre parole, si manifesta la volontà di configurare l'accesso a Internet come un diritto fondamentale garantendo, di conseguenza, a tutti gli abitanti del territorio francese la possibilità di connettersi a una velocità di almeno 516 Kb/s, a una tariffa ragionevole, eliminando progressivamente il *digital divide*²⁸⁷.

Dall'esame generale delle 154 opere previste nel piano emerge la volontà di valorizzare la diversificazione dell'utilizzo delle tecnologie digitali e di favorire la diffusione di tutti i nuovi servizi informatici accessibili tramite le reti telematiche.

²⁸⁵ Il riferimento è al documento *France Numérique 2012. Plan de développement de l'économie numérique*, in www.francenumerique2012.fr, 20/10/2008, curato dal Segretario di Stato all'economia digitale Éric Besson.

²⁸⁶ Vd. *supra* p. 4-5.

²⁸⁷ Cfr. *France Numérique 2012*, cit., p. 10 che nell'*action n. 1* prevede che: «Chaque Français, où qu'il habite, bénéficiera avant 2010 d'un droit d'accès Internet haut débit. [...]. Les opérateurs seront invités à proposer des offres garantissant à l'ensemble des Français, où qu'ils habitent, un accès à Internet haut débit (>512 kbit/s), à un tarif abordable, inférieur à 35 euros/mois». Sempre nell'obiettivo n. 1 è stabilito che la velocità minima e la tariffa massima saranno aggiornate ogni due anni e che l'invito a presentare la domanda per offrire tale servizio avverrà a livello locale.

In tal senso, fra le azioni più interessanti vanno ricomprese quelle volte a sviluppare l'utilizzo di carte identità elettroniche, il diritto di petizione *on line*, la firma elettronica, nonché tutti i diversi servizi di pubblica utilità legati al telelavoro, all'amministrazione digitale, al processo telematico, alla telemedicina²⁸⁸.

Un altro dato del piano, attento ai profili concreti, è la lucida consapevolezza che la scarsità della richiesta dei servizi telematici da parte di potenziali utenti è legata, a doppio filo, sia con il problema della bassa fiducia dei cittadini sulla reale sicurezza della rete, sia con il deludente livello di conoscenza dell'utilizzo delle nuove tecnologie che – insieme – frenano lo sviluppo della domanda.

Alla luce di queste constatazioni, la Francia punta non solo sulle azioni volte a contrastare la cybercriminalità e a proteggere i dati personali che viaggiano in rete, ma anche su quelle volte a sviluppare l'alfabetizzazione informatica²⁸⁹. Sotto tale ultimo profilo, è di particolare pregio l'impegno di fornire fin dalla frequenza alla scuola l'«*éducation numérique*» nonché tutte le «*compétences qui sont devenues aujourd'hui indispensables pour réussir son insertion professionnelle et sociale*»²⁹⁰. Sempre in questa logica si propone la costruzione di università informatizzate – con connessioni telematiche senza fili, spazi e aule virtuali di lezioni e di lavoro, digitalizzazione di tutto il materiale delle biblioteche, di insegnamento e di studio²⁹¹ – e l'educazione all'utilizzo delle ICT delle piccole e medie imprese attraverso l'istituzione di nuove figure professionali come gli «ambasciatori

²⁸⁸ Cfr. *France Numérique 2012*, cit., pp. 47-48 (per le carte di identità elettroniche, il diritto di petizione e la firma elettronica); pp. 59 ss. (per il telelavoro); pp. 62 ss. (per l'amministrazione digitale); pp. 64 ss. (per il processo telematico); pp. 65 ss. (per la telemedicina).

²⁸⁹ Cfr. *France Numérique 2012*, cit., pp. 48 ss. nonché pp. 52 ss.

²⁹⁰ Ivi, p. 52.

²⁹¹ Ivi, pp. 53 ss.

digitali» che saranno chiamati a fornire alle società diagnosi sull'utilizzo delle nuove tecnologie «per migliorare la loro produttività»²⁹².

Al fine di conseguire gli obiettivi indicati nel *Plan de développement de l'économie numérique*, appena descritto nelle sue linee generali, servono ingenti investimenti atti a completare lo sviluppo della rete e assicurare la connessione alla velocità di almeno 516 Kb/s a tutti, nonché a promuovere lo sviluppo delle reti di nuova generazione che consentono di raggiungere le velocità ulteriori necessarie per veicolare i moderni servizi di pubblica utilità. Deve aggiungersi che, in tale quadro, un ruolo decisivo è svolto dagli interventi degli enti territoriali²⁹³ che suppliscono alle carenze del mercato in quelle zone dove gli operatori non hanno interesse ad investire.

Il *Conseil Economique, Social et Environnemental* (CESE) ha reso un recente parere²⁹⁴ sull'ambiziosità degli obiettivi prefissati nel piano, sui soggetti istituzionali destinati a farvi fronte, sull'importanza dei compiti delle autonomie locali, proponendo interessanti suggerimenti sulla qualità e quantità delle risorse economiche da impiegare.

Rispetto al piano *France numérique 2012*, il CESE prende una posizione ancora più avanzata evidenziando che l'obiettivo strategico prioritario del governo francese debba spingersi oltre la mera attività di copertura del territorio nazionale con le reti ad alta velocità (*haut débit*) e investire, altresì, sullo sviluppo delle reti ad altissima velocità (*très haut débit*) come la fibra ottica²⁹⁵. A tal fine, si invitano i poteri pubblici a non lasciare che lo sviluppo

²⁹² Ivi, p. 57, dove l'*action n. 104* prevede che si debbano istituire degli «ambassadeurs du numérique pour les PME» pour fournir aux entreprises diagnostics et bilans sur leur utilisation des TIC, afin de les inciter à améliorer leur productivité. Ces ambassadeurs auront vocation à constituer des points d'entrée pour les PME afin de bénéficier d'un diagnostic d'une demi-journée à deux jours».

²⁹³ Sul punto si rinvia *infra amplius* par. 4.

²⁹⁴ CONSEIL ECONOMIQUE, SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL, *Avis*, 16/2/2009, in <http://www.conseil-economique-et-social.fr/rapport/docton/09021603.pdf>.

²⁹⁵ Cfr. CONSEIL ECONOMIQUE, SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL, *Avis*, 16/2/2009, cit., p. 38, p. 61, nonché p. 44 dove si afferma testualmente che «La mise en oeuvre du plan France numérique 2012 va prendre du temps. Compte tenu de la rapidité des évolutions et du montant des investissements nécessaires pour les suivre, le plan ne pourra seul et au même

delle reti di nuova generazione sia affidato alle sole leggi di mercato, ma a intervenire con politiche mirate a incrementare la sinergia complementare di tutti gli attori istituzionali – Stato e collettività territoriali, soggetti pubblici e soggetti privati – attraverso piani di gestione che favoriscano una «coerenza delle azioni», investendo le opportune risorse finanziarie²⁹⁶.

2. Banda larga e ultra-larga nell'ordinamento francese: lo stato dell'arte dell'*haut débit* e della *très haut débit*.

Nel sistema francese il concetto di banda larga e ultra-larga è sostituito dalla distinzione fra servizi *haut débit* e *très haut débit*, ossia fra servizi ad alta e altissima velocità.

L'*haut débit* corrisponde a una velocità uguale, o superiore, a 512 kb/s e la tecnologia più utilizzata per usufruirne è l'ASDL che copre il 98% della popolazione²⁹⁷. Poco diffusi sono, invece, il cavo coassiale, il wi-fi, le onde radio, il satellite o, la rete elettrica. Sotto questo profilo, il panorama francese è simile a quello italiano dove esiste un operatore storico dominante (i.e. France Télécom) a cui sono state imposte regole asimmetriche per favorire l'ingresso di altri operatori nel mercato al dettaglio²⁹⁸. In tal senso, si è obbligato l'*ex incumbent* a far accedere alla propria rete di rame gli

rythme assurer le déploiement du très haut débit sur l'ensemble de nos territoires. La fracture numérique risque donc de s'amplifier».

²⁹⁶ Cfr. CONSEIL ECONOMIQUE, SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL, *Avis*, 16/2/2009, cit., p. 61.

²⁹⁷ Dati e definizioni sono presi dal documento AUTORITE DE REGULATION DES COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES ET DES POSTES, *Décision*, 24/7/2008, n. 835, in www.arcep.fr, p. 5.

²⁹⁸ Il mercato cui si fa riferimento, in questo caso, è quello relativo all'«accesso all'ingrosso (fisico) alle infrastrutture di rete (ivi compreso l'accesso condiviso o pienamente disaggregato) in postazione fissa» individuato al n. 4 dell'allegato alla Raccomandazione della Commissione europea del 17/12/2007 «relativa ai mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche che possono essere oggetto di una regolamentazione *ex ante* ai sensi della Direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica», in GUCE 28/12/2007, n. L 344, che modifica la precedente Raccomandazione della Commissione europea dell'11/2/2003, in GUCE 8/5/2003 n. L 114.

operatori terzi attraverso il frazionamento (*dégroupage*) della parte finale della rete (cd. *boucle local*²⁹⁹).

La *très haut débit* è la velocità usufruibile attraverso le reti di nuova generazione, come quelle fibra ottica, che permettono di accedere ai servizi digitali più innovativi come il *video on demand*, il *peer to peer* ad alta velocità o la televisione ad alta definizione³⁰⁰. Tuttavia, è difficile operare una distinzione chiara fra alta e altissima velocità poiché esiste un *continuum* di velocità tra le offerte al dettaglio dell'adsl (fino a 18 Mb/s in *download*), il cavo e la fibra³⁰¹. Nessuna applicazione specifica della *très haut débit* sembra per ora suscettibile di indurre di per sé a una spaccatura nel comportamento dei consumatori nel breve periodo³⁰². Tuttavia, i principali operatori che forniscono comunicazioni elettroniche ad alta velocità hanno annunciato dei piani di investimento sulla fibra ottica per un milione di abitazioni concentrando il proprio interesse nelle zone residenziali e in quelle in cui esiste una maggiore facilità di accesso all'infrastruttura civile (*génie civil*) per la posa dei cavi³⁰³. Per tale motivo, esiste il rischio di una frattura digitale all'interno del Paese se non si decide di attuare delle politiche pubbliche atte a stimolare gli investimenti in modo uniforme e a perequare le risorse per la costruzione delle reti³⁰⁴.

3. Il quadro regolamentare.

²⁹⁹ Sono definite dall'art. L. 32, co. 3 *ter*, del *Code des postes et des communications électroniques*, come l'«installation qui relie le point de terminaison du réseau dans les locaux de l'abonné au répartiteur principal ou à toute autre installation équivalente d'un réseau de communications électroniques fixe ouvert au public».

³⁰⁰ Cfr. AUTORITE DE REGULATION DES COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES ET DES POSTES, *Décision*, 24/7/2008, n. 835, cit., p. 5 ss.

³⁰¹ *Ivi*, p. 6.

³⁰² *Ibidem*.

³⁰³ Cfr. AUTORITE DE REGULATION DES COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES ET DES POSTES, *Décision*, 24/7/2008, n. 835, cit., p. 6 nonché p. 16.

³⁰⁴ Sul punto *infra* par 4.

Con particolare riferimento alla disciplina più recente e innovativa approvata per stimolare lo sviluppo delle reti di nuova generazione a *très haut débit* in fibra ottica, bisogna distinguere due diversi tipi di regolazione a seconda della infrastruttura – orizzontale o verticale – di riferimento.

3.1. L'infrastruttura orizzontale e i nuovi obblighi «asimetrici» sul génie civil.

La fibra orizzontale corrisponde alle infrastrutture del *genie civil*³⁰⁵ – ossia la parte dell'infrastruttura, sostanzialmente sotterranea, che costituisce la dorsale e copre più o meno tutto il territorio, mette in collegamento le reti delle grandi città e le città stesse – ed è quasi tutta di proprietà di France Télécom³⁰⁶. Per favorire la concorrenza, l'*Autorité de régulation des communications électroniques et des postes* (ARCEP) ha approvato nel luglio 2008 una decisione³⁰⁷ con cui obbliga France Télécom a mettere a disposizione le proprie infrastrutture agli altri operatori, dando così la possibilità a terzi di far passare i propri cavi attraverso le proprie infrastrutture pagando un prezzo³⁰⁸. In tale documento non c'è un riferimento specifico ai cavi in fibra ottica, ma il principio dovrebbe essere generale³⁰⁹. In questo caso, dunque, la regolamentazione è asimmetrica

³⁰⁵ È definita – alla luce degli artt. L. 32, co. 8, e L. 37-1 del CPCE nonché dell'art. 2, lett. a, della Direttiva «accesso» 2002/19/CE – come «des infrastructures physiques dont l'accès constitue pour son bénéficiaire, à travers des éléments de réseau ou à des moyens qui y sont associés, une ressource matérielle en vue de fournir des services de communications électroniques» Cfr. sul punto anche AUTORITE DE REGULATION DES COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES ET DES POSTES, *Décision*, 24/7/2008, cit., p. 8.

³⁰⁶ France Télécom è proprietaria, infatti, di circa 350000 km di rete, Numéricâble dispone di qualche decina di migliaia di Km, mentre Parigi e Montpellier, le due principali città che hanno delle offerte alternative, hanno solo qualche migliaio di km (AUTORITÉ DE RÉGULATION DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES ET DES POSTES, *Décision*, 24/7/2008, n. 835, cit., p. 26).

³⁰⁷ AUTORITE DE REGULATION DES COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES ET DES POSTES, *Décision*, 24/7/2008, n. 835, cit., p. 78.

³⁰⁸ In proposito, si ricorda che il 15/9/2008 France Télécom ha pubblicato una «Offre d'accès aux installations de génie civil de france télécom pour les reseaux fttx», in www.arcep.fr.

³⁰⁹ Cfr., in particolare, AUTORITE DE REGULATION DES COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES ET DES POSTES, *Décision*, 24/7/2008, n. 835, cit., p. 78, che all'art. 11 prevede: «Dans les zones où France Télécom est propriétaire ou gestionnaire des infrastructures de génie civil constitutives de la boucle locale filaire, France Télécom doit faire droit à toute demande raisonnable d'accès

perchè si impone un obbligo al solo operatore dominante. Si tratta, però, di un'asimmetria diversa da quella imposta sulle reti di rame già esistenti, perchè si prevede solamente l'imposizione di un diritto di passaggio per un potenziale e futuro cavo in fibra ottica. La concorrenza fra le piattaforme appare, dunque, ancora lontana e dipenderà dalla domanda dei consumatori causando, in tal modo, una disparità nel godimento dei servizi ad altissima velocità il cui sviluppo – se lasciato in balia del solo libero mercato – sarà molto basso in quelle zone dove gli operatori non hanno interesse a investire.

3.2. L'infrastruttura verticale: mutualità della parte finale della rete in fibra ottica e regolazione «simmetrica». L'infrastruttura della fibra verticale – ossia della parte di rete che sale nell'immobile fino all'abbonato – è tutta da costruire *ex novo* per cui risulta ancora aperta alla libera concorrenza. Ogni operatore potrebbe portare il proprio cavo in fibra ottica all'interno dell'edificio/appartamento dell'utente, ma, per evitare che si creino situazioni di oligopolio, la legge dell'agosto 2008 sulla modernizzazione dell'economia ha introdotto il principio della mutualità della parte finale della rete (*principe de mutualisation de la partie terminale*) obbligando chiunque predisponga l'infrastruttura per l'altissima velocità all'interno di un edificio a metterla a disposizione di tutti gli altri operatori³¹⁰. La nuova

aux infrastructures de génie civil constitutives de la boucle locale filaire ou à des moyens qui y sont associés. Elle doit notamment offrir a minima les prestations d'accès suivantes:

- accès aux infrastructures de génie civil constitutives de la boucle locale filaire, comprenant notamment les fourreaux et les chambres, permettant d'adresser les clientèles professionnelle et résidentielle;

- processus de désaturation des infrastructures de génie civil constitutives de la boucle locale filaire;

- offre d'accès aux informations préalables et de mises à jour de ces informations».

³¹⁰ Cfr. il nuovo articolo L. 34-8-3 del *Code des postes et des communications électroniques* introdotto dall'art. 109, VI, 1 della Legge sulla modernizzazione dell'economia (legge 4/8/2008, n. 776) che prevede testualmente: «Toute personne ayant établi dans un immeuble bâti ou exploitant une ligne de communications électroniques à très haut débit en fibre optique permettant de desservir un utilisateur final fait droit aux demandes

disciplina introdotta dalla legge francese prevede, quindi, una regola 'simmetrica', perché, non esistendo un soggetto dominante, si applica a tutti gli operatori. La *ratio* è quella di favorire lo sviluppo della fibra ottica nella proprietà privata permettendo a tutti gli operatori di investire nella *très haut débit*, limitando il rischio di monopolio locale negli immobili. Si tratta, da questo punto di vista, dell'approccio più avanzato di tutta l'Europa, in sintonia, altresì, con il progetto di raccomandazione della Commissione europea sulla regolazione delle *très haut débit* (NGA)³¹¹. Per

raisonnables d'accès à ladite ligne émanant d'opérateurs, en vue de fournir des services de communications électroniques à cet utilisateur final.

L'accès est fourni dans des conditions transparentes et non discriminatoires en un point situé, sauf dans les cas définis par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, hors des limites de propriété privée et permettant le raccordement effectif d'opérateurs tiers, à des conditions économiques, techniques et d'accessibilité raisonnables. Tout refus d'accès est motivé.

Il fait l'objet d'une convention entre les personnes concernées. Celle-ci détermine les conditions techniques et financières de l'accès. Elle est communiquée à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes à sa demande.

Les différends relatifs à la conclusion ou à l'exécution de la convention prévue au présent article sont soumis à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes conformément à l'article L. 36-8».

³¹¹ Cfr. COMMISSION RECOMMENDATION on regulated access to Next Generation Access Networks (NGA), in http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecom/doc/library/public_consult/nga/dr_recomm_nga.pdf, dove si prevede:

«(13) Where operators deploy FTTH, NRAs should facilitate cooperation regarding the roll-out and sharing of NGA infrastructure within buildings in order to enable end-users to have competitive choice.

(14) Where alternative operators have access to ducts, other civil engineering works and other elements which are not active and deploy their own fibre to the building or to the vicinity of the building, the NRAs should analyse carefully the SMP operator's network architecture and determine where the concentration point of the terminating segment of the access network, including inside-building wiring, should be for the purpose of granting access. In making such a determination NRAs should take into account the fact that multiple physical access deployments may be impractical or undesirable within buildings and that any concentration point will need to host a sufficient number of end-user connections. Physical access to the fibre sub-loops should be mandated as a remedy in Market 4 at the SMP operator's concentration points. In this context, NRAs should consider whether specific interfaces are required to ensure efficient access. Such access should be provided according to the principle of equivalence as set out in Annex II.

(15) Where SMP operators deploy fibre to the home, NRAs should impose further physical access obligations (access to unlit fibre) beyond access to ducts, other civil engineering works and other elements which are not active, where access to this infrastructure is technically or physically impossible or where it is not economically viable for a sufficient number of operators to ensure effective competition. In such circumstances, where the SMP operator has deployed a fibre network, access should be granted at the concentration point which allows access to unbundled fibres where it is economically viable. Directive

favorire, inoltre, lo sviluppo delle reti in fibra ottica è previsto che tutti gli immobili di nuova costruzione debbano essere cablati per il passaggio dei cavi³¹².

4. Intervento delle collettività territoriali, obblighi di informazione sulla localizzazione delle reti esistenti e finanziamento pubblico delle infrastrutture di comunicazione.

Come già evidenziato, lo sviluppo delle reti ad alta e altissima velocità richiede ingenti investimenti per la costruzione delle infrastrutture, per la realizzazione degli scavi, per impiantare i condotti, per far passare i cavi necessari alla trasmissione delle comunicazioni elettroniche.

In questo contesto, un ruolo strategico è svolto dalle autonomie territoriali³¹³ che hanno specifici interessi nel settore. Le collettività locali possono intervenire direttamente o tramite privati – affidando il servizio pubblico a terzi tramite una *délégation de service public* (DSP) oppure stipulando dei contratti di partenariato pubblico-privato (*contract de partenariat*) – solo in quelle zone dove c'è fallimento mercato perché, altrimenti, si violerebbero le regole comunitarie in materia di aiuti di stato previste dall'art. 87 Tr. CE.

2002/19/EC, Annex II sets a minimum list of conditions that must be part of the reference offer for LLU. The existing LLU reference offer should be complemented to take account of such changes. Where a full revision of the reference offer will take more than 6 months, NRA should put in place interim measures as appropriate».

³¹² Cfr. l'art. L. 111-5-1 del *Code de la construction et de l'habitation* (introdotta dall'art. 109, VII, della legge 4/8/2008, n. 776 sulla modernizzazione dell'economia) che recita: «Les immeubles neufs groupant plusieurs logements ou locaux à usage professionnel doivent être pourvus des lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique nécessaires à la desserte de chacun des logements ou locaux à usage professionnel par un réseau de communications électroniques à très haut débit en fibre optique ouvert au public».

³¹³ Sul punto vd. anche il recente rapporto Arcep del maggio 2009, *L'intervention des collectivités territoriales dans les communications électroniques. Points de repère sur le déploiement du très haut débit*, in www.arcep.fr.

L'art. L. 1425-1 del *Code général des collectivités territoriales* (modificato nel 2004) sancisce la possibilità per le collettività territoriali di acquisire dei diritti di uso, o comprare delle infrastrutture di rete esistenti, e metterli a disposizione di altri operatori. Tale intervento deve, in ogni caso, garantire l'utilizzo condiviso (*partagée*) delle infrastrutture nel rispetto del principio di libera concorrenza nel mercato delle comunicazioni elettroniche³¹⁴.

In linea generale, quindi, gli enti periferici possono investire nelle infrastrutture del *génie civil* e istituire vincoli di strade che permettano agli operatori di finanziare a costi minori le coperture complementari. Tuttavia, queste attività pubbliche possono essere intraprese solo in caso di assenza, o insufficienza, di iniziative private utili a soddisfare i bisogni degli utenti finali. In tal senso, devono essere rispettati i criteri stabiliti dalla Corte di giustizia (CGCE, 24/7/2003, C 280/00, *Altmark*)³¹⁵ che considera legittimo l'aiuto di stato nelle cosiddette zone bianche quando esso costituisce un pagamento versato in compensazione della fornitura di un servizio di interesse economico generale. La Commissione vieta, di conseguenza, i progetti finanziari nelle zone metropolitane dove la connessione a Internet ad alta velocità è già disponibile³¹⁶.

³¹⁴ In tal senso, l'art. L. 1425-1 del *Code général des collectivités territoriales*, che recita: «Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent, deux mois au moins après la publication de leur projet dans un journal d'annonces légales et sa transmission à l'Autorité de régulation des communications électroniques, établir et exploiter sur leur territoire des infrastructures et des réseaux de communications électroniques au sens du 3° et du 15° de l'article L. 32 du code des postes et communications électroniques, acquérir des droits d'usage à cette fin ou acheter des infrastructures ou réseaux existants. Ils peuvent mettre de telles infrastructures ou réseaux à disposition d'opérateurs ou d'utilisateurs de réseaux indépendants. L'intervention des collectivités territoriales et de leurs groupements se fait en cohérence avec les réseaux d'initiative publique, garantit l'utilisation partagée des infrastructures établies ou acquises en application du présent article et respecte le principe d'égalité et de libre concurrence sur les marchés des communications électroniques. [...] Les interventions des collectivités s'effectuent dans des conditions objectives, transparentes, non discriminatoires et proportionnées». Cfr. sul punto anche i nuovi artt. L. 2224-36 e L 2224-11-6 del CGCT nonché il nuovo art. 134 della legge 9/7/2004 n. 669 relativa alle comunicazioni elettroniche e ai servizi di comunicazione audiovisivi.

³¹⁵ In merito si rimanda alle più ampie considerazioni contenute nella Sezione I del presente lavoro.

³¹⁶ Cfr. sul punto le autorizzazioni della Commissione europea alla costruzione della rete ad alta velocità con interventi pubblici nel *Department Pyrénées-Atlantiques* e nella *Region Limousin*. In questi casi la Commissione – qualificando l'accesso ai servizi di banda larga

Va sottolineato come l'importanza dell'intervento in materia delle autonomie locali è confermata, altresì, sia dal piano *France numérique 2012*³¹⁷, sia dal parere del *Conseil Economique, Social et Environnemental*³¹⁸ citati precedentemente³¹⁹.

Soprattutto quest'ultimo contiene degli spunti di particolare interesse con riferimento alla descrizione delle principali problematiche che devono affrontare gli enti periferici in questo tipo di attività come la scarsa conoscenza del catasto infrastrutture – ossia della localizzazione delle reti esistenti –, la necessità di programmare le proprie azioni in maniera integrata, nonché la mancanza di fondi e l'opportunità di attivare adeguati mezzi di perequazione finanziaria³²⁰.

Con riferimento al primo profilo, la legge sulla modernizzazione dell'economia è intervenuta in maniera specifica prevedendo un obbligo in capo ai gestori di telefonia di comunicare, su domanda dello Stato e degli enti territoriali, le informazioni relative all'ubicazione delle loro infrastrutture presenti sul territorio, ma rimandando a un apposito decreto di applicazione la determinazione del contenuto e delle forme di queste informazioni³²¹.

come un «Service of General Economic Interest (SGEI)» – ha escluso che l'intervento delle collettività territoriali finanziato con fondi pubblici costituisca un aiuto di stato, perchè si trattava di investimenti in zone remote e rurali dove l'offerta di mercato non era sufficiente a rispondere al bisogno essenziale della popolazione (doc. IP/04/1371, 16/11/2004, *Commission approves public funding of broadband projects in Pyrénées-Atlantiques, Scotland and East Midlands*, in <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/04/1371>; IP/05/530, 3/5/2005, *State aid: Commission endorses public funding for broadband network in Limousin, France*, in <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/530>).

³¹⁷ Cfr. *France Numérique 2012*, cit., pp 11 ss.

³¹⁸ Cfr. CONSEIL ECONOMIQUE, SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL, *Avis*, cit., pp. 11 ss., pp. 31 ss, ma *passim*.

³¹⁹ Vd. *supra* par. 1.

³²⁰ Cfr. CONSEIL ECONOMIQUE, SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL, *Avis*, cit., pp. 34 ss.

³²¹ L'art. 109, IV, della Legge sulla modernizzazione dell'economia (L. 4/8/2008 n. 776) ha introdotto due nuovi articoli L. 33-7 e L. 33-8 nel *Code des postes et des communications électroniques* che recitano testualmente:

«Art. L. 33-7. – Les gestionnaires d'infrastructures de communications électroniques et les opérateurs de communications électroniques communiquent gratuitement à l'État, aux collectivités territoriales et à leurs groupements, à leur demande, les informations relatives à l'implantation et au déploiement de leurs infrastructures et de leurs réseaux sur leur territoire.

In relazione, invece, alla programmazione delle attività, il Consiglio economico ribadisce la necessità, già prevista nel piano *France numérique 2012*, che le autonomie territoriali adottino degli schemi direttivi locali della *governance digitale (schémas directeurs locaux d'aménagement numérique)* con l'esortazione che vengano predisposti a livello regionale e siano obbligatori³²². Inoltre, si spronano le collettività interessate a costituire consorzi misti (*syndicats mixtes ouverts*) che raggruppino enti di livello istituzionale diverso (Regioni, dipartimenti, comuni) come già sperimentato in alcune esperienze francesi (Auvergne, le Limousin, Rhône-Alpes)³²³.

Per quanto riguarda l'entità degli investimenti necessari, il costo stimato per terminare la copertura dell'*haut débit* è compreso fra i 2 e i 3 miliardi e mezzo di euro; mentre per realizzare la *très haut débit* sarebbero necessari 40 miliardi di euro.

Il Consiglio dell'economia propone, per sopportare gli oneri economici per costruire le infrastrutture di rete, l'utilizzo ottimizzato dei fondi esistenti (*Les crédits du Fonds national pour l'aménagement et le développement du territoire-FNADT*), nonché la predisposizione di un nuovo fondo nazionale a sostegno delle iniziative delle collettività locali di un'entità variabile dai 150 ai 250 milioni di euro³²⁴.

Con specifico riferimento, inoltre, alla realizzazione delle nuove reti in fibra ottica, secondo il parere citato, la copertura delle «zone urbane, più redditizie, potr[à] essere rapidamente [realizzata] attraverso l'iniziativa privata solo a condizione che il quadro regolamentare sia favorevole», e «considerando poi che il costo per gli allacciamenti è più alto per le zone

Un décret précise les modalités d'application du présent article, notamment au regard des règles relatives à la sécurité publique et à la sécurité nationale».

«Art. L. 33-8. – Chaque année avant le 31 janvier, chaque opérateur de radiocommunications mobiles de deuxième génération rend publique la liste des nouvelles zones qu'il a couvertes au cours de l'année écoulée et communique à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes la liste des nouvelles zones qu'il prévoit de couvrir dans l'année en cours, ainsi que les modalités associées».

³²² Cfr. CONSEIL ECONOMIQUE, SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL, *Avis*, cit., p. 49

³²³ *Ivi*, p. 49, p. 54.

³²⁴ CONSEIL ECONOMIQUE, SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL, *Avis*, cit., p. 55.

meno dense e non è redditizio per le imprese private che non sono sovvenzionate, si rischia di accrescere il *digital divide*»³²⁵.

Per questo motivo il CESE propone il sovvenzionamento pubblico delle infrastrutture ad altissima velocità con almeno 10 miliardi di euro divisi in dieci anni e ripartiti fra Stato e regioni. Tale erogazione potrebbe attuarsi creando a livello nazionale un *fonds de péréquation pour la boucle locale optique* alimentato da risorse prelevate dagli abbonamenti di comunicazioni elettroniche (ad esempio trattenendo 50 centesimi l'anno su l'insieme degli abbonamenti per il telefono fisso, il telefono mobile e Internet), nonché un *fonds de péréquation régional* alimentato dai contributi dei sindacati misti regionali prelevati dalle collettività locali che ne fanno parte (ad esempio una quota di 10 euro l'anno per abitante)³²⁶.

In merito ai criteri per la distribuzione dei fondi, il Cese propone che gli aiuti del fondo nazionale siano distribuiti tra le regioni a seconda dei loro bisogni di attrezzatura (es. lunghezza del *local loop* da creare), capacità di finanziamento, assenza di iniziativa privata; mentre la perequazione regionale dovrà essere operata sulla base dei programmi regionali, che saranno elaborati, tenendo conto delle differenze dei costi nelle zone (rurali o urbane), della natura dei progetti presentati o degli sforzi già fatti da alcune collettività per attrezzare i loro territori³²⁷.

³²⁵ Ivi, p. 47.

³²⁶ Ivi, p. 62.

³²⁷ Ivi, p. 63.

C) Conclusioni sulla lettura comparata

L'analisi dell'ordinamento inglese e francese ha offerto spunti decisamente interessanti e ha consentito di esaminare, in una nuova ottica, i problemi ora all'attenzione anche dello Stato italiano.

La scelta di queste due esperienze si è rivelata, infatti, un utile banco di prova della proposta da noi avanzata di innovare il modo di intendere la banda larga. Partendo dal presupposto che quest'ultima rappresenta uno strumento moltiplicatore del benessere collettivo, si è ritenuto che le relative questioni andassero analizzate nel quadro delle politiche macroeconomiche e non più, o non solo, nel limitante ambito del rapporto fornitore/cliente.

Da questo punto di vista, Inghilterra e Francia hanno compreso – conformando, di conseguenza, la propria regolazione – che lo sviluppo delle comunicazioni elettroniche e l'accesso alle reti informatiche costituiscono degli importanti fattori di crescita economica.

Questi due Paesi, infatti, in un contesto di informatizzazione globale – con diversità di modelli giuridici – hanno progressivamente modificato il proprio approccio al problema della configurazione giuridica dell'accesso alla banda larga. Il Regno Unito, nello specifico, è passato gradualmente dal mero riconoscimento di un impegno politico (*commitment*) all'identificazione di vero e proprio obbligo giuridico.

In entrambe le esperienze, inoltre, è di particolare rilievo l'adozione di una visione aperta e progressista rispetto ai temi analizzati. Degno di attenzione è, per esempio, che si tenda a qualificare il diritto di accesso alla banda larga alla stregua di un diritto fondamentale e che si predispongano impegni volti a raggiungere, entro il 2012, la copertura pari al 100% del territorio nazionale con reti digitali a banda larga.

In tal modo, si è anticipato con lungimiranza politica un percorso ideologico al quale anche la Commissione Europea si sta avvicinando a piccoli passi. La CE sa, infatti, che lo sviluppo delle comunicazioni elettroniche è divenuto indispensabile per garantire a ognuno l'accesso ai servizi di pubblica utilità veicolabili attraverso la rete internet. Al giorno d'oggi, infatti, il relativo mancato utilizzo impedisce di trarre tutti i vantaggi, economici e sociali, derivanti dal progresso della società dell'informazione, divenendo, altresì, causa di esclusione sociale³²⁸.

Per questo motivo, è l'autorità pubblica che deve intervenire per approntare, o coadiuvare, gli opportuni investimenti al fine di completare le infrastrutture di rete esistenti e allo scopo di realizzare *ex novo* quelle necessarie. In tal senso, nel rispetto della normativa comunitaria in materia di aiuti di stato, i due Paesi esaminati hanno disegnato schemi regolatori compatibili con l'iniziativa economica privata e il principio di libera concorrenza in quelle zone densamente popolate già servite da operatori di comunicazione (cc.dd. aree nere e grigie³²⁹); nonché con l'aiuto pubblico in quelle aree a fallimento di mercato (cc.dd. aree bianche)³³⁰.

In tal senso, l'eredità inglese e francese hanno dimostrato che la questione del se e come finanziare la banda larga non può essere rimessa alla sola iniziativa dei singoli operatori privati. Ciò perché resta una responsabilità politica dello Stato decidere se adottare una strategia di contenimento dell'innovazione o se, invece, accettare la sfida evolutiva nell'interesse delle generazioni presenti e future.

Altra questione, strettamente connessa alle tematiche esaminate, è il problema della scelta della velocità minima da destinare a tutti i cittadini. Il concetto di banda larga è, infatti, diverso a seconda dei singoli Paesi, e

³²⁸ Il presente punto è oggetto di più ampia trattazione nella seconda parte del presente lavoro, cui si rimanda per i relativi approfondimenti.

³²⁹ Sulla definizione delle aree bianche, grigie e nere cfr. parte prima, sezione prima, par. 7.2.

³³⁰ In merito vd. la giurisprudenza comunitaria in materia di aiuti di stato rispetto ai casi Inglesi e francesi, ampiamente descritti *supra* nella sez. III, A), par. 2.1 e nella sez. III, B), par. 4.

mentre la Francia ha ritenuto sufficiente assicurare la connessione a una velocità di almeno 516 Kb/s, il governo inglese ha assunto l'impegno (*commitment*) di garantire la navigazione a una velocità di almeno 2 Mb/s.

Naturalmente a seconda della velocità di connessione cambia la quantità e la qualità dei servizi accessibili tramite la rete. Basse velocità di navigazione rendono difficile, se non impossibile, la veicolazione di molti servizi di pubblica utilità come una serie di prestazioni rientranti nell'*e-government*, nell'*e-learning* o nella telemedicina.

Se si assume che esista un e-servizio minimo che bisogna garantire a ognuno per favorirne la partecipazione e l'inclusione sociale, non sarebbe così bizzarro cominciare a pensare a una regolamentazione comune a livello europeo che definisca quali siano i servizi telematici essenziali e quale dovrebbe essere, almeno tendenzialmente, la velocità di connessione minima da assicurare a tutti i cittadini europei³³¹.

Una timida apertura sembra essere stata avanzata dalla stessa Commissione Europea che sembra si stia avvicinando gradualmente alla posizione inglese e francese soprattutto quando affronta, in altro contesto, la ben più ampia tematica dell'*e-government*³³².

In tale frangente, infatti, si ragiona dei servizi pubblici veicolati dalla rete come utilità indispensabile alla coesione sociale dei cittadini europei, nonché come strumento per lo sviluppo della società dell'informazione.

Analogamente, un altro importante passo in avanti è rappresentato dall'inserimento, fra gli obiettivi ineludibili dell'agenda di Lisbona, dello sviluppo delle T.L.C. Come la stessa Commissione Europea ha, infatti, affermato: «le tecnologie dell'informazione e della comunicazione costituiscono il fondamento dell'economia fondata sulla conoscenza e ad

³³¹ Il punto sarà maggiormente sviluppato nelle conclusioni della II parte del presente lavoro.

³³² Cfr., COMMISSIONE EUROPEA, COM(2007) 694 definitivo, *Iniziativa europea i2010 sull'e-inclusione, Partecipare alla società dell'informazione*; ID., COM(2006) 173 definitivo, *Il piano d'azione eGovernment per l'iniziativa i2010: accelerare l'eGovernment in Europa a vantaggio di tutti*, in sito web della Commissione.

esse si deve circa la metà della crescita produttiva nelle economie moderne. Tuttavia, in Europa gli investimenti in TIC sono stati inferiori e più tardivi che negli Stati Uniti, soprattutto in settori come i trasporti, la vendita al dettaglio o i servizi finanziari. Benché la responsabilità principale spetti alle imprese e alle pubbliche amministrazioni al momento di redigere i propri programmi di investimento, l'Europa fornisce il proprio aiuto. Una nuova iniziativa - i2010: Società europea dell'informazione – promuoverà l'adozione di T.L.C., portando così avanti l'agenda eEurope promossa dalla strategia di Lisbona»³³³.

³³³ COMMISSIONE EUROPEA, COM(2005) 24 definitivo, *Lavorare insieme per la crescita e l'occupazione. Il rilancio della strategia di Lisbona*, 2/2/2005, p. 26.

PARTE SECONDA

SEZIONE I

E-GOVERNMENT: RETI, SERVIZI E ORGANIZZAZIONE.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La strategia italiana per l'e-government. – 3. L'e-government e la banda larga. – 4. L'e-government e le reti. – (4.1. La rete della Pubblica Amministrazione) – 5. Cases of law: Torino e San Giorgio a Cremano. – (5.1 L'e-democracy: il progetto open Parlamento).

1. Introduzione.

L'e-government, si legge in uno dei primissimi documenti della Commissione sull'argomento³³⁴, consiste nel coniugare l'applicazione [delle] tecnologie a un cambiamento organizzativo e all'acquisizione di nuove competenze in modo da migliorare i servizi pubblici e il processo democratico e sostenere le politiche pubbliche».

In realtà, come la stessa Commissione avrà modo di rilevare in seguito, l'e-government non è solo questo. Possiamo infatti verificare come nella strategia comunitaria ma anche in quella nazionale, oltre alla riorganizzazione della PA siano stati posti altri obiettivi: la diffusione della banda larga sul territorio, l'interoperabilità delle piattaforme utilizzate dalla Pubblica Amministrazione, l'alfabetizzazione informatica e il superamento del *digital divide*.

Già con il piano d'azione *eEurope 2002*³³⁵, la Commissione aveva previsto interventi mirati a favorire la diffusione di internet sia intervenendo sull'aspetto economico sia promuovendo la conoscenza delle risorse della

³³⁴ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, COM(2003) 567 definitivo, *Il ruolo dell'e-Government per il futuro dell'Europa* in

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0567:FIN:IT:PDF>.

³³⁵ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, COM(2001) 140 definitivo, *e-Europe 2002, impatto e priorità*, in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0140:FIN:IT:PDF>.

rete. Ma è con il successivo piano d'azione, *eEurope 2005*³³⁶, che si è fatto un passo in avanti adottando una strategia più ampia riguardante anche la disponibilità dell'accesso a prezzi competitivi alla banda larga, l'interoperabilità e la sicurezza delle reti. L'obiettivo di rendere disponibili tutti i servizi essenziali in rete, si legge infatti nel documento, può essere attuato solo predisponendo collegamenti a banda larga che mettano in comunicazione tutte le amministrazioni pubbliche³³⁷.

L'Unione europea ha il compito di definire «una disciplina per la interoperabilità intesa a promuovere la fornitura di servizi paneuropei di *e-government* ai cittadini e alle imprese».

Agli Stati membri, invece, il compito di provvedere affinché i servizi pubblici di base siano, accessibili a tutti, sfruttando le potenzialità della banda larga e dell'accesso multi-piattaforma. A tal riguardo è senz'altro necessaria una ristrutturazione dei servizi di *back-office*, preceduta da una riorganizzazione dell'attività della P.A.

Gli Stati devono poi intervenire per accrescere la partecipazione mediante i servizi *online*, superando gli ostacoli derivanti dalla scarsa penetrazione di Internet, dalla limitata disponibilità di servizi e dalla difficoltà di accesso da parte delle persone disabili o con conoscenze insufficienti in informatica. Per questo l'alfabetizzazione informatica è un presupposto ineludibile per far sì che si possa trarre beneficio dai servizi di *e-government*. A tal fine, è necessario che l'accesso ai servizi avvenga, oltre che nei metodi tradizionali, anche con dispositivi di diverso tipo quali TV digitale, terminali mobili e punti di accesso pubblico a Internet³³⁸.

³³⁶ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, COM(2002) 263 definitivo, *eEurope 2005: una società dell'informazione per tutti* in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0263:FIN:IT:PDF>.

³³⁷ La Commissione, a tal proposito, afferma un principio importante quando afferma che «Poiché i servizi a banda larga possono essere veicolati su diverse piattaforme tecnologiche, le autorità nazionali e regionali non devono privilegiare alcuna tecnologia al momento dell'acquisto delle connessioni».

³³⁸ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, COM(2003) 567 definitivo, *cit.*

2. La strategia italiana per l'e-government.

Il Codice dell'amministrazione digitale sancisce, all'art. 3, il principio generale in base al quale i cittadini e le imprese hanno il diritto di richiedere e ottenere l'utilizzo di tecnologie telematiche nelle comunicazioni con le pubbliche amministrazioni centrali e con i gestori dei servizi pubblici dello Stato. Tale previsione, fatta eccezione per alcuni rari casi, è rimasta lettera morta. Tuttavia è evidente come le affermazioni di principio non bastino a modificare l'organizzazione della P.A., presupponendo invece un più ampio processo di riforma.

A seguito dell'adozione da parte della Commissione europea del piano d'azione *e-Government* per l'iniziativa *i2010*³³⁹, che ha impresso una forte accelerazione sul passaggio all'amministrazione digitale, l'Italia ha adottato diverse piani di intervento, più o meno legati ai governi che si sono alternati nel nostro paese negli ultimi anni.

Nell'ultimo piano, il «Piano E-Government 2012»³⁴⁰, è stato presentato il progetto che dovrebbe trasformare radicalmente la Pubblica Amministrazione e colmare il divario esistenti con gli altri paesi europei.

L'obiettivo da raggiungere è far aumentare il consumo di internet che in Italia è particolarmente basso³⁴¹, stando alle valutazioni fatte dall'OCSE³⁴² e

³³⁹ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *COM(2005) 229 definitivo, i2010 – Una società europea dell'informazione per la crescita e l'occupazione* in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0229:FIN:IT:PDF>.

³⁴⁰ Il piano d'azione presentato il 21 gennaio 2009 dal Governo italiano è consultabile alla pagina http://www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/piano_e_gov_2012/e_gov_parte_prima.pdf.

³⁴¹ Per un'analisi puntuale della situazione italiana e del grave ritardo che la caratterizza rispetto agli altri paesi si rinvia al Rapporto ufficiale redatto dal dott. Caio per il Governo italiano, *Portare l'Italia verso la leadership europea nella banda larga. Considerazioni sulle opzioni di politica industriale*, versione provvisoria, in <http://wikileaks.org/leak/italia-caio-broadband-report-2009.pdf>,

³⁴² Cfr. OCSE, *Broadband growth and policies in OECD countries - Monitoring the OECD Council Recommendation on Broadband Development*, in <http://www.oecd.org/dataoecd/32/57/40629067.pdf>.

dall'Unione, anche a causa della scarsità dei servizi offerti dalla Pubblica Amministrazione.

Per il miglioramento dell'efficienza dell'azione pubblica, si legge nel Piano del Governo, occorre: ripensare e semplificare le regole, ridurre gli oneri amministrativi, snellire i processi interni, dare certezza e celerità ai tempi di erogazione dei servizi, ridurre i costi di funzionamento della P.A.

Tutto ciò presupporrebbe una preliminare semplificazione dell'attività della P.A.³⁴³. L'utilizzo delle tecnologie informatiche, infatti, può essere considerato come uno strumento funzionale per il miglioramento dell'erogazione dei servizi da parte della P.A., ma non può essere di per sé l'obiettivo a cui tendere³⁴⁴. Occorre, invece, un intervento che riguardi l'aspetto organizzativo della P.A.³⁴⁵ sia per quanto riguarda l'aspetto umano, sia per la realizzazione della infrastruttura, sia per l'informatizzazione dei procedimenti. Non basta quindi intervenire sugli aspetti tecnologici³⁴⁶, occorrendo invece un ripensamento dei servizi al cittadino e una radicale riorganizzazione delle attività amministrative, senza la quale lo sviluppo delle reti e dell'interconnessione delle banche dati rischiano di avere scarsa efficacia. Solo in questo modo si potrebbe ottenere «l'aumento della accessibilità da parte dei cittadini e delle imprese, le possibilità di condivisione delle informazioni tra le pubbliche amministrazioni, l'incremento di trasparenza derivante dalla piena automatizzazione di

³⁴³ L'attività di semplificazione della PA è cominciata nel 1997 con le due leggi Bassanini ma non si può ritenere ancora conclusa. Per un approfondimento sull'iter parlamentare che ha portato all'emanazione delle due leggi si veda M. VILLONE, *Il tempo della Costituzione*, Napoli, 2008, p. 244 e ss.

³⁴⁴ Cfr. P. PIRAS, *Itinerari dall'idea di semplificazione al percorso di innovazione tecnologica. L'equivoco di una fusione concettuale*, in *Dir. Informatica*, 2006, 4-5, 537 ss. ma anche A. BATTAGLIA, *La politica europea sull'e-government* in G. VESPERINI (a cura di), *L'e-government*, Milano, 2004, p.62

³⁴⁵ Cfr. G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968.

³⁴⁶ Cfr. G. ARENA, *E-government e nuovi modelli di amministrazione* in *Studi in onore di G. Ferrara*, vol I, Torino, 2005, p. 129, il quale sostiene che «non basta dotare di computers le amministrazioni pubbliche per dar vita a quel nuovo modo di amministrare, che va appunto sotto il nome di e-government».

molte procedure»³⁴⁷. I concetti di efficienza e di efficacia dell'azione amministrativa ex art. 97 Cost. assumerebbero così un nuovo significato³⁴⁸, così come si potrebbero immaginare nuove e più efficaci forme di partecipazione³⁴⁹.

La realizzazione di una politica efficace di *e-government* deve essere poi calata all'interno del sistema istituzionale nel suo complesso, tenendo conto dei vari livelli di governo. Con la riforma del Titolo V, le scelte in tema di sviluppo tecnologico all'interno della P.A. dovrebbero rientrare tra le competenze dal soggetto cui è demandato l'esercizio delle funzioni amministrative. Per tale motivo, in base al principio di sussidiarietà, dovrebbe essere competenza delle regioni e degli enti locali. Tuttavia l'art. 117 prevede che sia competenza dello Stato il coordinamento informativo e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale, mentre la competenza delle comunicazioni è concorrente. A ciò si aggiunge che la competenza deve essere ripartita tra Stato centrale e governi locali in base alle varie discipline di settore, senza dimenticare che lo Stato è comunque competente nel caso in cui l'accesso alle tecnologie e ai servizi rendono effettiva la tutela dei diritti civili e sociali³⁵⁰.

³⁴⁷ Cfr. ASTRID, *Federalismo informatico e rinnovamento delle istituzioni: dieci tesi sull'E-government*, in www.astrid-online.it.

³⁴⁸ Cfr. G. DE MINICO, *Regulation, banda larga e servizio universale*, cit. ma anche M. VIGGIANO, *Tecnica e comunicazione: esigenze di certezza e semplificazione nella nuova «società dell'informazione»*, in *Politica del diritto*, 2008, p. 675.

³⁴⁹ A. BATTAGLIA, *La politica europea sull'e-government*, cit.

Sul punto si veda la recente indagine conoscitiva della Camera dei Deputati, I commissione permanente – Affari costituzionali – del 28 ottobre 2009 relativa all'informatizzazione delle pubbliche amministrazioni. Nel documento si legge che è essenziale far sì che «le persone svantaggiate incontrino meno ostacoli nell'accesso ai servizi pubblici in linea». Nel contesto comunitario da cui nascono molte delle politiche in materia di *e-government* l'ambito di questa lotta contro il digital divide, gli Stati membri si sono impegnati a far sì che, entro il 2010, tutta la popolazione, comprese le categorie sociali svantaggiate, possa trarre vantaggi significativi dall'amministrazione in linea. In secondo luogo, una maggiore efficacia gli Stati membri hanno assunto l'impegno di incrementare l'efficienza grazie ad un utilizzo innovativo delle tecnologie dell'informazione e delle comunicazioni e ad alleggerire significativamente gli oneri amministrativi entro il 2010.

³⁵⁰ Cfr. sul punto A. NATALINI, *L'e-government nell'ordinamento italiano* in G. VESPERINI, (a cura di), cit.

Se le considerazioni fin qui fatte dovessero dimostrarsi corrette e si dovesse avere una trasformazione radicale del rapporto tra cittadini e amministrazione, allora dovrebbe automaticamente ammettersi che deve essere garantito l'accesso a internet a tutti i cittadini. Questo significa che le amministrazioni pubbliche devono realizzare adeguati programmi educativi e formativi al fine di permettere l'accesso anche a coloro che non sono in grado di accedere autonomamente ai servizi *on-line*.

Allo stesso modo da questo processo di trasformazione dell'amministrazione pubblica per mezzo delle nuove tecnologie, non possono essere escluse delle porzioni del territorio nazionale. Precondizione irrinunciabile è ovviamente assicurare a tutti i cittadini e a tutte le amministrazioni l'accesso alle reti. La Pubblica amministrazione, infatti, nell'erogare servizi pubblici non può comportarsi come un privato e, quindi, non può «selezionare» i propri clienti³⁵¹. Per tale motivo le strategie di *e-government* devono riguardare necessariamente anche l'accesso alla rete e la velocità garantita. Non basta garantire che in ogni parte del territorio sia possibile accedere a internet ma è necessario che venga garantita una velocità di navigazione adeguata³⁵².

3. L'e-government e la banda larga.

³⁵¹ Cfr. P. COSTANZO, *Nuove tecnologie e «forma» dell'amministrazione (presentazione di una ricerca)* in P. COSTANZO – G. DE MINICO – R. ZACCARIA (a cura di), *I «tre codici» della Società dell'informazione. Amministrazione digitale, comunicazione elettroniche contenuti audiovisivi*, Torino, 2006, p. 4 e G. DE MINICO, *Regulation, banda larga e servizio universale*, cit.

³⁵² Cfr., COMMISSIONE EUROPEA, COM(2007) 694 definitivo, *Iniziativa europea i2010 sull'e-inclusione, Partecipare alla società dell'informazione*, in http://ec.europa.eu/information_society/activities/einclusion/docs/i2010_initiative/comm_native_com_2007_0694_fit_acte.pdf, nel quale la Commissione afferma che «per trarre i massimi vantaggi dalla società dell'informazione, è indispensabile garantire connessioni a banda larga sufficientemente rapide».

La questione dell'ampiezza di banda³⁵³ va affrontata preliminarmente perché occorre capire quella debba essere la velocità da garantire per l'accesso ai servizi che la P.A. ha predisposto o vorrà predisporre³⁵⁴.

La velocità di trasmissione della rete è una questione di fondamentale importanza e di questo ne è sempre stata consapevole anche la Commissione europea che, infatti, già nel piano *e-Europe* 2005 aveva insistito sulla necessità di garantire la copertura di tutto il territorio dell'Unione con la rete a banda larga, fissando come termine il 2010.

Nel Progetto di Raccomandazione del 4.3.2009 redatto dalla Commissione per il mercato interno e la protezione dei consumatori³⁵⁵ per la seconda lettura in Parlamento della revisione della Direttiva 2002/22/CE³⁵⁶, troviamo una versione diversa di quello che poi è diventato

³⁵³ Si legge nel piano *e-Europe* 2005 che « Non esiste una definizione di «banda larga» accettata universalmente, ma le sue caratteristiche principali sono l'alta velocità di trasmissione e la connessione permanente. Attualmente l'accesso a banda larga utilizza essenzialmente il doppino in rame della rete telefonica grazie alla tecnologia ADSL o la rete di TV via cavo mediante il modem cavo. L'accesso a banda larga è tuttavia possibile anche su nuove infrastrutture quali la fibra ottica, l'accesso fisso wireless, i sistemi mobili di terza generazione, le reti R-LAN che utilizzano bande di frequenza non soggette a licenza e i sistemi di comunicazione satellitari».

³⁵⁴ Cfr. COMITATO BANDA LARGA, *L'iniziativa banda larga*, in http://www.comitatobandalarga.it/news/12/11/iniziativa_banda_larga.html. A tal proposito risulta interessante quanto affermato dal Comitato banda larga, istituito presso il Ministero delle Comunicazioni che rispetto al problema dell'ampiezza di banda necessaria per la fruizione dei servizi afferma «Non è facile oggi definire di quanta banda vi sia necessità per parlare di «larga banda». Anzi, probabilmente l'approccio meramente quantitativo (*kilobit, megabit...*) non basta. In altre parole, la banda larga non significa meramente assicurare una certa capacità di banda a tutti, bensì, molto più concretamente, definire quel "pacchetto" di servizi da rendere disponibili *on line* e, sulla base di quelli, stabilire quale sia la banda necessaria per poterne fruire dovunque».

³⁵⁵ COMMISSIONE PER IL MERCATO INTERNO E LA PROTEZIONE DEI CONSUMATORI, *Progetto di raccomandazione per la seconda lettura sulla posizione comune adottata dal Consiglio il 16 febbraio 2009 in vista dell'adozione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica della direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche e del regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori* in sito web Commissione.

³⁵⁶ Cfr. Direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 recante modifica della direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel

l'emendamento 3 (*bis*)³⁵⁷ nella risoluzione del Parlamento del 6 maggio³⁵⁸.

Vi è infatti un riferimento ad una velocità, quella di 2 Mbit/s³⁵⁹, che viene considerata da molti³⁶⁰ il livello minimo da garantire a tutti nel caso in cui la banda larga fosse inserita nel SU. Tuttavia, si legge nel documento, è necessaria una certa flessibilità sulla velocità per «permettere agli Stati membri di prendere, se del caso, le misure necessarie affinché le connessioni possano supportare velocità di trasmissione soddisfacenti e per permettere agli Stati membri, se del caso, di sfruttare le capacità delle tecnologie senza fili (comprese le reti senza fili cellulari) per fornire un servizio universale ad una parte più ampia di popolazione». Tra l'altro, nel Progetto della Commissione per il mercato interno, era riconosciuto il potere degli Stati membri di «imporre un ammodernamento della connessione per migliorare l'accesso», il cui costo sarebbe poi potuto rientrare nel computo del costo netto degli obblighi di servizio universale.

La velocità che eventualmente potrebbe essere garantita col servizio universale non può comunque essere definita in maniera assoluta, dovendo

settore delle comunicazioni elettroniche e del regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori in Gazzetta ufficiale n. L 337 del 18/12/2009 pag. 0011 – 0036.

³⁵⁷ Divenuto poi il V considerando nella Direttiva 2009/136/CE.

³⁵⁸ PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 6 maggio 2009 sulla posizione comune adottata dal Consiglio il 16 febbraio 2009 in vista dell'adozione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica della direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche e del regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori del 6.05.2009*, in sito web Parlamento.

³⁵⁹ Cfr. DEPARTMENT FOR CULTURE, MEDIA AND SPORT AND DEPARTMENT FOR BUSINESS, INNOVATION AND SKILLS, *Digital Britain. Final Report*, giugno 2009 dove al punto 21 si legge l'impegno del Governo inglese di «deliver the Universal Service Broadband Commitment at 2Mbps by 2012». Sul valore del «Commitment» e più in generale sulla situazione inglese si rinvia alla sezione II della Parte I.

³⁶⁰ Di recente il CESE ha espresso un parere sulla necessità di inserire la banda larga nel servizio universale nel quale vi è un espresso riferimento alla velocità di trasmissione necessaria per la fruizione degli e-servizi che deve essere tra i 2 e i 10 Mbits. Cfr. COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO, *Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema «L'accesso a banda larga per tutti: riflessioni sull'evoluzione del perimetro del servizio universale nel settore delle comunicazioni elettroniche»*, (2009/C 175/02) del 28 luglio 2009.

essere piuttosto rapportata al tipo di servizio che si vuole utilizzare. In quella che poi è stata la versione definitiva dell'emendamento, divenuto poi il V considerando della Direttiva 2009/136/CE, si legge infatti che «la rapidità con la quale un determinato utente accede a Internet può dipendere da un certo numero di fattori, ad esempio dal o dai fornitori del collegamento ad Internet o dall'applicazione per la quale si utilizza la connessione. La velocità di trasmissione dati che può essere supportata da una connessione alla rete pubblica di comunicazione dipende dalla capacità dell'apparecchiatura terminale dell'abbonato e dalla connessione stessa. Per tali motivi non è opportuno rendere obbligatoria su scala comunitaria una determinata velocità di trasmissione dati o di flusso di bit».

La velocità, però, potrebbe essere definita in base ai servizi e ai contenuti che si vogliono rendere accessibili a tutti. Tra la diffusione della banda larga e quella dei servizi, tra l'altro, esiste un rapporto di reciprocità. È evidente che lo sviluppo dell'una condiziona l'altra, e viceversa. La diffusione della banda larga può essere considerato un presupposto ineludibile per l'affermazione dell'e-gov, ma la disponibilità dei servizi in rete potrebbe fortemente condizionare la domanda di banda larga, fungendo da propulsore.

Le opportunità di crescita della banda larga, si legge nella Relazione conclusiva della Camera dei deputati sull'assetto e sulle prospettive delle nuove reti³⁶¹, «appaiono strettamente connesse all'impatto diretto che tale implementazione può avere sulla finanza pubblica, laddove l'informatizzazione della pubblica amministrazione, se ben sviluppata, può produrre maggiore efficienza del servizio, maggiore trasparenza e soprattutto forte riduzione dei costi nella gestione del servizio».

³⁶¹ Cfr. IX COMMISSIONE PERMANENTE (TRASPORTI, POSTE E TELECOMUNICAZIONI), *Documento approvato dalla Camera dei deputati nella seduta del 2 dicembre 2008 a conclusione dell'indagine conoscitiva deliberata nella seduta del 30 luglio 2008 sull'assetto e sulle prospettive delle nuove reti del sistema delle comunicazioni elettroniche in* http://www.camera.it/_dati/leg16/lavori/documentiparlamentari/indiceetesti/017/001/00000000.pdf.

Nella Relazione si legge ancora che, in ordine alla banda larga, «l'attuale rete di accesso nell'ultimo miglio, totalmente in rame, non consente, ad oggi, una diffusione massiccia dei nuovi servizi. Da qui la necessità di accelerare la realizzazione della futura rete in fibra ottica».

Tuttavia al momento non è chiaro quali sia la banda necessaria per le diverse applicazioni e per i diversi servizi accessibili in rete. Da uno studio realizzato dalla Fondazione Bordoni in collaborazione con il Ministero delle Comunicazioni³⁶² si possono trarre alcune indicazioni utili.

Nella relazione vengono citati come esempi di applicazioni in larga banda: la presenza virtuale, ed in particolare teleconferenza, teledidattica, telemedicina, telelavoro, telesorveglianza. Il *peer to peer networking*, che consiste nella creazione di comunità di utilizzatori che scambiano vicendevolmente informazioni e servizi in modo paritetico, talvolta avvalendosi di un coordinamento centralizzato. Lo scambio di immagini digitali amatoriali generate da apparecchiature a larga diffusione come le fotocamere e le videocamere digitali. La nascita e lo sviluppo di nuove forme di distribuzione di contenuti, quali video registrati e software, che per loro natura implicano il trasferimento di una grande mole di dati. La diffusione di servizi ASP, *Application Service Providing*, cioè la gestione in *outsourcing* dei servizi informatici delle piccole e medie aziende; la *grid computing*, cioè l'elaborazione distribuita di dati basati su componenti *software* distribuiti in rete finalizzati alla creazione di comunità virtuali di calcolo o lavoro.

Per quanto riguarda le applicazioni nel campo dell'*e-government*, sarà l'interazione la caratteristica essenziale del rapporto tra cittadino e P.A. e di quello tra le amministrazioni. Tuttavia, al momento, ancora non è possibile individuare quale applicazione possono giustificare la necessità di un'infrastruttura di rete a larga banda diffusa sul territorio, o comunque determinare il successo e la diffusione spontanea. Potrebbero essere invece

³⁶² Cfr. FONDAZIONE UGO BORDONI, *La larga banda in Italia* in <http://www.aei.it/matera.pdf>.

un insieme di applicazioni a far diffondere l'utilizzo della larga banda o un intervento dello Stato (sia a livello centrale che locale) che favorisca lo sviluppo parallelo della rete e dei servizi. (Caso Torino³⁶³).

4. L'e-government e le reti.

La Commissione nel 2006, nella Comunicazione «Colmare il divario nella banda larga»³⁶⁴, aveva rilevato come il superamento del divario digitale sarebbe stato possibile solo attraverso una combinazione di soluzioni tecnologiche diverse. I servizi a banda larga possono essere veicolati attraverso diverse piattaforme: all'uso dell'infrastruttura rete fissa si può accostare la trasmissione a onde radio. Le piattaforme senza fili sono particolarmente adatte alle zone rurali, visto che l'implementazione della rete in quelle zone potrebbe essere poco remunerativa.

Gli Stati membri dovrebbero comunque agire nel rispetto del principio della neutralità tecnologica, come più volte ribadito dal Parlamento nella Risoluzione del 6 maggio.

A tal riguardo, è interessante come sia stata affrontata la questione dello spettro radio resosi disponibile col passaggio per la televisione dalla trasmissione analogica a quella digitale, il cd. «dividendo digitale».

La Commissione europea nel 2007 con una Comunicazione aveva proposto un approccio comune a livello comunitario per «assicurare l'uso ottimale del dividendo dal punto di vista sia sociale che economico»³⁶⁵.

³⁶³ Per un approfondimento del caso Torino si rinvia al par. 4.

³⁶⁴ COMMISSIONE EUROPEA, COM(2006) 129 definitivo, *Colmare il divario nella banda larga* in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0129:FIN:IT:PDF>.

³⁶⁵ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, COM(2007) 700 definitivo, *Trarre il massimo beneficio dal dividendo digitale in Europa: un approccio comune all'uso dello spettro liberato dal passaggio al digitale* in sito web Commissione. Cfr. sul punto N. D'ANGELO, *Dividendo digitale. Cosa fa l'Europa, cosa non ha fatto l'Italia*, in www.la-rete.net.

Infatti, si legge nel documento, il dividendo digitale potrebbe essere una risorsa per «le applicazioni in banda larga miranti a ridurre la «frattura digitale» al fine di sostenere l'iniziativa i2010, nell'ambito della rinnovata strategia di Lisbona, che considera le nuove tecnologie un forte propulsore per l'occupazione e la produttività».

Il dividendo digitale, se correttamente organizzato, potrà permettere nuovi usi, soprattutto per quanto riguarda i servizi di comunicazione elettronica. La Commissione individua tre categorie di servizi per le quali può essere utilizzato lo spettro radio reso disponibile. Il più importante è sicuramente quello che riguarda la Comunicazione a banda larga senza filo, che potrebbe colmare il «divario nella banda larga» in particolare nelle zone periferiche e rurali³⁶⁶. A ciò si aggiungono i servizi supplementari di radiodiffusione terrestre con l'aumento del numero di canali di radiodiffusione che dovrebbe garantire un maggiore pluralismo dei *media*, e i multimedia mobile con la televisione mobile e i servizi di radiodiffusione via satellite.

Nella Relazione al Parlamento della Commissione per l'industria, la ricerca e l'energia del 10 luglio 2008³⁶⁷ viene messo in rilievo un nodo essenziale per la valutazione di come utilizzare il dividendo digitale. Infatti nella maggior parte degli Stati membri non sono stati fatti ancora investimenti rilevanti per quanto riguarda le infrastrutture di nuova generazione e questo sta causando un notevole ritardo nello sviluppo delle piattaforme digitali interattive e nella fornitura di nuovi servizi, come i servizi di *e-commerce*, *e-health*, *e-learning* e di *e-government* e la destinazione

³⁶⁶ «Le comunicazioni a banda larga senza filo offrono inoltre», aggiunge la Commissione «la possibilità dell'interoperabilità in tutta l'UE delle applicazioni essenziali di sicurezza pubblica, ad esempio per i servizi di protezione civile e di intervento in caso di catastrofi. Lo stesso spettro potrebbe essere condiviso per migliorare la copertura delle comunicazioni mobili e per soddisfare, nel lungo periodo, la crescente domanda di servizi di trasmissione dati mobile ad alta velocità. Le comunicazioni a banda larga potrebbero infine essere usate in futuro per servizi di radiodiffusione innovativi».

³⁶⁷ COMMISSIONE PER L'INDUSTRIA, LA RICERCA E L'ENERGIA, Relazione su «Trarre il massimo beneficio dal dividendo digitale in Europa: un approccio comune all'uso dello spettro liberato dal passaggio al digitale» (2008/2099(INI)) in sito web Parlamento.

del dividendo alle comunicazioni a banda larga senza filo potrebbe essere utile, anche se non sufficiente, per procedere nella diffusione di internet ad alta velocità. Il Parlamento europeo si è pronunciato sulla Comunicazione della Commissione con una risoluzione del 24 settembre 2008³⁶⁸, ribadendo la necessità di utilizzare il dividendo digitale per favorire l'accesso ai servizi a banda larga³⁶⁹.

Il Consiglio dell'Unione europea, il 28 giugno 2008, si è espresso sul problema, accogliendo la proposta della Commissione relativa allo spettro radio, e sostenendo il progetto della Commissione di rendere l'uso dello spettro più flessibile.

Negli Stati Uniti rispetto al problema dell'utilizzo del dividendo digitale, la volontà politica è stata quella di destinare le frequenze liberate ai servizi di pubblica utilità, come si può leggere in una dichiarazione del Presidente Obama del 5 giugno 2009³⁷⁰.

Per quanto riguarda la situazione italiana, l'A.G.Com., con la Delibera 181/09/CONS ha riservato tutte le frequenze liberate all'audiovisivo. L'Autorità, tra l'altro, cita anche la Comunicazione della Commissione ma ne trae solo l'indicazione relativa al pluralismo dei media³⁷¹. Il Governo italiano, col suo silenzio ha avallato, la scelta dell'Autorità per cui sembra che, contrariamente a quanto detto dalla Commissione, l'Italia non

³⁶⁸ Cfr. PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione del Parlamento europeo del 24 settembre 2008 sul «Trarre il massimo beneficio dal dividendo digitale in Europa: un approccio comune all'uso dello spettro liberato dal passaggio al digitale»* in sito web Parlamento.

³⁶⁹ Nella risoluzione si legge, al punto 25, che il Parlamento «enfatica il contributo che il dividendo digitale può apportare al rafforzamento dei servizi sociali interoperabili messi a disposizione dei cittadini, quali i servizi in linea della pubblica amministrazione, della sanità, della formazione professionale e dell'istruzione, segnatamente di quanti vivono in regioni svantaggiate e isolate, come le aree rurali e meno sviluppate e le isole».

³⁷⁰ Nel discorso di Obama del 5 giugno 2009 si legge «The transition to digital will free up airwaves for broadband and enhanced emergency communications for our police officers, firefighters, and other first responders».

³⁷¹ Per un'analisi critica della posizione dell'Autorità si rinvia a G. DE MINICO, *Regulation, banda larga e servizio universale*, cit. l'Autrice ricorda anche la diversa posizione del Governo inglese che ha destinato una parte delle frequenze recuperate col passaggio al digitale alla telefonia mobile «i cui gestori, selezionati secondo procedure comparative, concorrono nella ripartizione del c.d. "dividendo digitale esterno" da impiegare per coprire in banda larga luoghi remoti o scarsamente popolati disertati dalla rete fissa».

procederà ad un'allocazione promiscua delle frequenze in esubero³⁷².

Le diverse reti che potrebbero essere utilizzare per l'erogazione dei servizi dovrebbero poi essere interoperabili tra di loro. Le reti esistenti (quella fissa, la mobile e quella via satellite) devono essere interconnesse e interoperare tra loro e con reti ad alta velocità, per offrire le soluzioni economiche più favorevoli alle varie situazioni. L'interoperabilità costituisce un aspetto essenziale per lo sviluppo delle reti a banda larga, e costituisce un presupposto essenziale per gli investimenti dei privati³⁷³.

Il principio dell'interoperabilità sta quindi alla base della rete realizzata dalla Pubblica Amministrazione, della RUPA prima e della SPC poi.

4.1. La rete della Pubblica Amministrazione. Il Sistema Pubblico di Connettività (SPC) è stato istituito con il Decreto Legislativo 28 febbraio 2005, n. 42, successivamente confluito nel Decreto Legislativo 7 marzo 2005 n. 82 (Codice amministrazione digitale)³⁷⁴.

Nell'articolo 73 comma 2 del CAD, il SPC è definito come «l'insieme di infrastrutture tecnologiche e di regole tecniche per lo sviluppo, la condivisione, l'integrazione e la diffusione del patrimonio informativo e dei dati della pubblica amministrazione, necessarie per assicurare l'interoperabilità di base ed evoluta e la cooperazione applicativa dei

³⁷² Per un approfondimento sugli aspetti economici che riguardano lo spettro radio e le conseguenze finanziarie dell'allocazione si rinvia a C. CAMBINI – T.M. VALLETTI, Una valutazione economica sul dividendo digitale in www.la-rete.net.

³⁷³ Cfr. *Decisione n. 1336/97/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 giugno 1997 in merito a una serie di orientamenti sulle reti di telecomunicazione trans europee* in http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=it&type_doc=Decision&an_doc=1997&nu_doc=1336.

³⁷⁴ Nella recente Indagine conoscitiva sull'informatizzazione delle pubbliche amministrazioni realizzata dalla I Commissione della Camera, cit. p. 7, sono riportati anche i successivi interventi realizzati dallo Stato per lo sviluppo e il potenziamento della rete S.P.C. Da ultimo viene richiamata la l. 69/2009 che definisce i principi e i criteri direttivi per i decreti legislativi di modifica al Codice dell'amministrazione digitale che il Governo dovrebbe adottare vista lo stato di in attuazione del CAD, affermando, tra l'altro, la necessità di introdurre sanzioni per le PA che non ottemperano alle prescrizioni del Codice.

sistemi informatici e dei flussi informativi, garantendo la sicurezza, la riservatezza delle informazioni, nonché la salvaguardia e l'autonomia del patrimonio informativo di ciascuna pubblica amministrazione».

Le finalità del SPC, come riportati nell'articolo 77 del CAD, sono:

- fornire un insieme di servizi di connettività condivisi dalle PA interconnesse, graduabili in modo da poter soddisfare le differenti esigenze;
- garantire l'interazione della PA centrale e locale con tutti gli altri soggetti connessi a Internet, nonché con le reti di altri enti, promuovendo l'erogazione di servizi di qualità per cittadini e imprese;
- fornire un'infrastruttura condivisa di interscambio che consenta l'interoperabilità tra tutte le reti delle PA esistenti;
- fornire servizi di connettività e cooperazione alle PA che ne facciano richiesta, per permettere l'interconnessione delle proprie sedi e realizzare così anche l'infrastruttura interna di comunicazione;
- realizzare un modello di fornitura dei servizi multifornitore coerente con l'attuale situazione di mercato e le dimensioni del progetto stesso;
- garantire lo sviluppo dei sistemi informatici nell'ambito del SPC salvaguardando la sicurezza dei dati, la riservatezza delle informazioni, nel rispetto dell'autonomia del patrimonio informativo delle singole amministrazioni e delle vigenti disposizioni in materia di protezione dei dati personali.

Il Sistema Pubblico di Connettività e Cooperazione ha come finalità il miglioramento dell'efficacia dell'azione amministrativa³⁷⁵.

Il CAD fissa tra i suoi principi fondamentali il diritto dei cittadini di partecipare al procedimento amministrativo informatico e di accedere ai documenti amministrativi mediante l'uso delle tecnologie dell'informazione

³⁷⁵ Dal sito www.pubblicaamministrazione.net risulta che il sistema offre una capacità di trasporto di 70 Gigabit/sec, più del doppio rispetto alla Rete Unitaria della Pubblica Amministrazione (RUPA), cui è subentrata, ed è predisposto per l'inserimento del VoIP e delle telecomunicazioni wireless. Si completa, inoltre, con la Rete Internazionale delle Pubbliche Amministrazioni (RIPA), che fornisce a livello internazionale servizi di connettività IP e di interoperabilità di base e – attraverso il collegamento con SPC – consente alle sedi estere la partecipazione ad applicazioni cooperative.

e della comunicazione. L'SPC, creato per permettere una gestione unitaria dei dati, agevola l'esercizio di questi diritti. La cooperazione tra le amministrazioni eviterà la duplicazione dei dati che, acquisiti da una amministrazione, saranno utilizzabili anche dalle altre.

Nel momento in cui sarà possibile la fruizione di tutti i servizi pubblici *on line*, la rete SPC permetterà di accedervi attraverso un unico sportello, a prescindere dal fatto che il servizio venga erogato dalle autorità locali o da quelle centrali.

5. Cases of law: Torino e San Giorgio a Cremano.

Il progetto Torino-facile, con il quale il comune di Torino ha predisposto l'erogazione di numerosi servizi *on-line*, deve essere inquadrato nell'ambito di un progetto più ampio volto all'informatizzazione di tutta la Regione.

Con il programma WI-PIE, avviato nel 2003, la Regione Piemonte si è posta l'obiettivo di dotare il territorio piemontese di una infrastruttura di reti e servizi digitali per lo sviluppo di un'economia e di una società della conoscenza. Il Programma WI-PIE si articolava in diverse linee d'intervento, finalizzate ad aumentare la copertura internet del territorio piemontese attraverso un'azione di infrastrutturazione diretta e accordi non onerosi con operatori economici privati.

La Regione Piemonte ha promosso la realizzazione delle seguenti infrastrutture:

- una *backbone* regionale con 11 nodi e 900 km circa di fibra ottica che collegano ad alta velocità Torino e i capoluoghi di Provincia, più Ivrea e Milano, con lo scopo di garantire l'accesso alla *Big Internet* a soggetti pubblici e privati situati anche nelle aree periferiche del territorio regionale. Si tratta di una dorsale multiservizio in fibra ottica che permette l'accesso, sulla stessa infrastruttura fisica, a Pubbliche Amministrazioni, cittadini,

imprese, Atenei e mondo della ricerca. Si sviluppa come rete ad alta velocità, articolata su nodi di accesso realizzati in punti strategici del territorio, caratterizzati da alta concentrazione di utenza e favorevoli alla connessione con le infrastrutture locali, nazionali e internazionali.

- dorsali provinciali con 640 km circa di infrastrutture accessibili a tutti gli operatori di telecomunicazioni che rendono disponibili soluzioni di accesso in fibra anche nelle aree periferiche di ciascun territorio provinciale.

L'obiettivo perseguito dalla Regione è stato quello di realizzare infrastrutture in fibra ottica nelle aree svantaggiate senza incidere sulla concorrenza. Per tale motivo è stato permesso ai soggetti privati di utilizzare l'infrastruttura messa a disposizione per sviluppare ed erogare servizi di accesso alla rete. In questo modo la Pa ha consentito agli operatori di telecomunicazioni di portare la propria offerta in aree in cui la domanda non avrebbe giustificato gli investimenti. L'attività di mediazione verso gli operatori di mercato è stata affidata a un concessionario individuato attraverso una procedura di gara. Il concessionario ha il ruolo di *wholesaler*, ovvero il soggetto che affitta «all'ingrosso» l'utilizzo dell'infrastruttura (in termini di coppie di fibra spenta) agli operatori di telecomunicazioni autorizzati. Ha la responsabilità della gestione e manutenzione (con oneri economici a proprio carico) dell'intera infrastruttura realizzata per un periodo pari a 20 anni.

La Regione Piemonte ha poi finanziato la realizzazione di iniziative di copertura *wireless* dei territori montani. In tal modo è stato possibile sperimentare un modello replicabile in qualsiasi area considerata ad elevato «*digital divide*».

A partire da novembre 2008, con l'accordo con Eutelsat, è stato reso disponibile il nuovo servizio Tooway™ che utilizza la tecnologia satellitare per fornire alle abitazioni collocate in zone rurali, in particolare nelle aree montane, o comunque difficilmente raggiungibili dai cavi un accesso Internet a banda larga veloce.

Contemporaneamente alla realizzazione di una rete adeguata è stata predisposta l'erogazione dei servizi *on line*.

I servizi sono divisi per categorie:

- Commercio. Il servizio reso è «CompilaTO» che permette di compilare un modulo e inviarlo online all'ufficio competente senza la necessità di presentarsi personalmente allo sportello.

- Anagrafe. Il servizio reso è «CertificaTO» che permette l'emissione e la stampa di certificati anagrafici e di stato civile per se stessi o per i componenti della propria famiglia anagrafica.

- Tributi e imposte. I servizi resi riguardano gli avvisi di accertamento ICI, la prenotazione appuntamenti avvisi di accertamento TARSU, il calcolo e il pagamento ICI, la presentazione dichiarazione ICI, le visure tributarie.

- Contravvenzioni e permessi. I servizi resi sono quello di consultazione e pagamento di multe e l'inoltro dei ricorsi al Prefetto.

- Professionisti e aziende. I servizi resi sono la prenotazione appuntamenti agli sportelli dell'edilizia privata, la richiesta di autorizzazione ai cantieri, la consultazione dell'archivio edilizio, la gestione delle pratiche edilizie *online*, con la possibilità di inoltrare via internet le domande relative ad interventi edilizi, l'estratto urbanistico, per generare una prima sintesi strutturata delle informazioni di Piano Regolatore attraverso un puntamento cartografico, la gestione delle dichiarazioni ISEE che consente la trasmissione elettronica, da parte dei CAF, delle dichiarazioni ISEE sottoscritte dai cittadini, l'accesso al SISE che consente di gestire alcuni aspetti dell'erogazione del servizio di refezione scolastica, le *newsletter* relativa ai concorsi banditi dal Comune, la consultazione dei mandati di pagamento per i fornitori del Comune di Torino che permette di verificare i pagamenti loro dovuti da parte del Comune.

Alcuni servizi sono accessibili solo ai cittadini che sono stati muniti di certificati di autenticazione digitale grazie ai quali è possibile essere identificati. È possibile accedere ai servizi di Torinofacile attraverso le seguenti certificazioni:

- Certificato digitale di Torinofacile, emesso dall'Autorità di Certificazione «Sistema Piemonte»;

- Carta d'identità Elettronica emessa dal Ministero dell'Interno;

- Carta Nazionale dei Servizi emessa da Certificatori accreditati.

L'utilizzo degli strumenti di autenticazione permette l'interazione tra il Comune e i cittadini per cui, per buona parte dei servizi pubblici, è possibile fruirne in rete senza doversi recare presso gli uffici dislocati sul territorio.

Anche il comune di San Giorgio a Cremano sta sperimentando l'erogazione di alcuni servizi *on line*. I servizi telematici disponibili sono accessibili in diverse modalità:

- Servizi accessibili mediante registrazione *on line*. Per ora è fornito solo il Servizio SMS che permette al cittadino, a seguito di registrazione, di ricevere sms informativi sulle tematiche prescelte, direttamente sul proprio telefonino.

- Servizi accessibili mediante Carta Nazionale dei Servizi (CNS). Il Comune di San Giorgio a Cremano ha messo a disposizione dei cittadini la Carta Nazionale dei Servizi (CNS), per cui i possessori, potendo essere riconosciuti in rete in modo certo, hanno la possibilità di ottenere Certificazioni, notizie sul proprio credito derivante dalla raccolta differenziata e lezioni in *E-learning*. Soprattutto per quanto riguarda la raccolta differenziata, si può sostenere che l'idea del Comune può rientrare in quella che viene definita «amministrazione condivisa» per cui i cittadini non sono più «amministrati» ma cittadini attivi e responsabili che partecipano con l'amministrazione alla soluzione di problemi di interesse generale³⁷⁶.

- Servizi accessibili direttamente. Per ora è in via di sperimentazione un osservatorio sui prezzi al consumo praticati negli esercizi commerciali dislocati sul territorio relativi ad un paniere di prodotti in linea con quelli scelti dall'Istituto Nazionale di Statistica.

³⁷⁶ Cfr. G.ARENA, *E-government e nuovi modelli di amministrazione*, in *Studi in onore di G. Ferrara*, vol. I, Torino, 2005, p. 131.

Il Comune, per rendere accessibili i servizi di e-gov a tutti i cittadini, anche a quelli non dotati di un pc, ha promosso il Progetto *eCities wifi*. È stata infatti realizzata una rete urbana con struttura ibrida, in fibra ottica e tecnologia senza fili, destinata ai servizi a larga banda che garantisce i servizi di rete a tutti i soggetti interessati: amministratori, cittadini, imprese e commercianti, scuole, aziende sanitarie, associazioni, operatori di pubblica sicurezza, visitatori.

I residenti, i commercianti e gli imprenditori del territorio possono navigare gratis con la connessione *wifi*. Per i cittadini non dotati di pc, palmare o telefonino collegato alla rete, è possibile collegarsi ad internet attraverso delle postazioni pubbliche denominate «Hot Spots».

5.1. L'e-democracy: il progetto open Parlamento. L'associazione senza scopo di lucro Openpolis ha avviato il 16 giugno 2009 un progetto che acquisisce ogni giorno dai siti della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica tutte le informazioni sugli atti presentati, e le rielabora per fornire un sistema di comunicazione aperto, trasparente, imparziale, e accessibile ai cittadini. In tal modo si tende a favorire la partecipazione collettiva al controllo delle informazioni e delle scelte politiche secondo i modelli dell'*e-participation*, in cui la cooperazione e la collaborazione degli utenti permette un reale controllo dell'attività istituzionale dei singoli politici e dei partiti, favorisce la comunicazione orizzontale tra rappresentanti e rappresentati, e contribuisce a ridurre la distanza tra i bisogni percepiti dai governanti e le reali richieste dei cittadini.

Il sistema permette agli utenti registrati di: informarsi, consultando tutte le informazioni sui parlamentari, sugli atti e sulle votazioni; monitorare l'attività parlamentare, seguendo le azioni di un parlamentare nel tempo o le vicende di un atto durante il suo *iter* parlamentare; partecipare,

intervenendo direttamente sul testo di un atto per commentarlo, descriverlo, emendarlo, aggiungere note e votarlo.

Sono, poi, disponibili informazioni e statistiche sui parlamentari e sulla loro attività; in particolare, le classifiche dei parlamentari, con i deputati e i senatori più presenti, l'indice di attività, che prende in esame il numero e la tipologia di atti prodotti dai parlamentari in modo da poterli confrontare tra di loro, il grafico delle distanze tra parlamentari, che mostra le distanze tra i deputati e senatori ricavate confrontando i voti espressi nelle votazioni elettroniche finora svolte.

SEZIONE II

L'E-LEARNING: LA NUOVA DIMENSIONE DELL'APPRENDIMENTO E DELLA FORMAZIONE PERMANENTE.

SOMMARIO: 1. Cosa si intende per e-learning – 2. Aspetti problematici della fornitura del servizio e-learning: l'alfabetizzazione digitale e la necessità di un adeguato sviluppo della banda larga – 3. Esperienze italiane di e-learning: E-Federica dell'Università Federico II di Napoli

1. Cosa si intende per e-learning.

L'*e-learning* rientra nel più ampio *genus* della formazione a distanza (d'ora innanzi FAD) che è appunto una tipologia di apprendimento dove si prescinde dalla compresenza – in un medesimo luogo fisico – del discente e dell'insegnante.

La differenza fondamentale fra le forme tradizionali di FAD e la tele-educazione propriamente detta sta nella diversa modalità di prestazione del servizio che, nel primo caso comprende esclusivamente i corsi per corrispondenza³⁷⁷ o trasmissioni televisive tradizionali mentre nella seconda ipotesi si utilizzano le moderne tecnologie e in particolare *internet*. Quest'ultimo consente al soggetto fruitore di intraprendere un percorso di autoistruzione utilizzando e sfruttando i dati e materiali presenti nella rete (uso monodirezionale della rete). Il *network* può, però divenire «luogo» dove il circuito apprendimento/insegnamento si realizza attraverso una più ampio scambio fra i soggetti coinvolti nel processo formativo permettendo così

³⁷⁷ Questo tipo di FAD viene qualificato come formazione a distanza di prima generazione che ebbe origine negli Stati Uniti e in Canada agli inizi del XIX secolo quando venne utilizzata la posta ordinaria per la consegna di materiale didattico a domicilio.

un'interazione – sincrona o asincrona³⁷⁸ – tra docente e studente e fra studenti e studenti (uso bidirezionale della rete)³⁷⁹. Secondo una definizione fornita dall'ANEE per *e-learning* si intende: « [...] una metodologia di insegnamento e apprendimento che coinvolge sia il prodotto sia il processo formativo. Per prodotto formativo si intende ogni tipologia di materiale o contenuto messo a disposizione in formato digitale attraverso supporti informatici o di rete. Per processo formativo si intende invece la gestione dell'intero iter didattico che coinvolge gli aspetti di erogazione, fruizione, interazione, valutazione. In questa dimensione il vero valore aggiunto dell'e-learning emerge nei servizi di assistenza e *tutorship*, nelle modalità di interazione sincrona e asincrona, di condivisione e collaborazione a livello di *community*. Peculiarità dell'e-learning è l'alta flessibilità garantita al discente dalla reperibilità sempre e ovunque dei contenuti formativi, che gli permette l'autogestione e l'autodeterminazione del proprio apprendimento; resta tuttavia di primaria importanza la scansione del processo formativo, secondo un'agenda che responsabilizzi formando e formatore al fine del raggiungimento degli obiettivi didattici prefissati»³⁸⁰.

La flessibilità è senza dubbio l'elemento di forza di tale strumento, poiché assicura al tempo stesso formazione permanente (*lifelong learning*) e inclusione sociale³⁸¹. Infatti il disancoramento della prestazione dal suo luogo

³⁷⁸ Per formazione asincrona si intende una modalità di prestazione del servizio di *e-learning* in cui i soggetti comunicano in tempi diversi da luoghi differenti. Non vi è dunque una presenza "virtuale" contemporanea fra docente e discente e, quindi, la possibilità di interazione fra loro è limitata. Rientrano in questa categoria a tutte quelle ipotesi in cui l'apprendimento viene realizzato mediante supporti quali videocassette, CD Rom, o anche il corso di auto apprendimento tramite internet, alla lezione trasmessa dalla televisione, dall'utilizzo di e mail. L'ipotesi di formazione sincrona, invece prevede una contemporaneità "virtuale" fra docente e discente. L'approccio interattivo viene mediato dal mezzo informatico l'effetto che si ottiene è analogo a quello di contemporaneità fisica fra i soggetti coinvolti. Gli strumenti utilizzati per realizzare questa tipologia di servizio sono le *chat room*, le classi virtuali ma soprattutto internet, e la video o audio conferenza.

³⁷⁹ Cfr G. GREGORI – V. TEMPERINI, - *Problematiche di sviluppo dell'e-learning in Italia: i risultati di un'indagine empirica*, in *Economia e diritto del terziario*, n. 1, 2007 p. 239.

³⁸⁰ OSSERVATORIO ANEE, *E-Learning 2003*, in www.fondazionecru.it/e-learning/data/allegati/links/.../eLearning03.doc, p. 3.

³⁸¹ In tal senso si v. RISOLUZIONE DEL CONSIGLIO EUROPEO DELL'8 OTTOBRE 2001, «e-Partecipazione». *Sfruttare le possibilità offerte dalla società dell'informazione ai fini*

fisico favorisce quelle ampie categorie di soggetti svantaggiati che- per ragioni geografiche o anche solo personali (si pensi ad es. a quelle persone con particolari forme di disabilità) - non possano garantirsi un adeguato sapere o un percorso formativo che consenta un appropriato inserimento nel mondo del lavoro.

2. Aspetti problematici della fornitura del servizio e-learning: l'alfabetizzazione digitale e la necessità di un adeguato sviluppo della banda larga.

La prestazione di un servizio di *e-learning* è indissolubilmente legato alla soluzione di due problemi preliminari. La fruizione di un percorso formativo comporta, necessariamente, il possesso del *computer* e un'adeguata conoscenza delle tecnologie informatiche.

La questione dell'alfabetizzazione digitale intesa nella doppia accezione di possibilità concreta del soggetto di possedere il supporto fisico che veicola il servizio e un adeguato livello di competenza tecnica è stata trascurata sino a qualche tempo fa.

La ragione di questa mancanza di attenzione è dovuta soprattutto al fatto che, per lungo tempo, l'accesso all'informatica moderna è stato considerato come un' esigenza esclusivamente individuale o comunque un elemento di crescita della competitività non un fattore di progresso per la collettività intesa nel suo complesso.

Tuttavia la rapidissima evoluzione delle reti di telecomunicazioni ha messo in luce le enormi potenzialità che la digitalizzazione della società poteva offrire in termini di migliore fruizione di servizi erogati dall'amministrazione e

dell'inclusione sociale, in GUCE C 292 del 18.10.2001, p. 6 ss; DECISIONE DEL PARLAMENTO E DEL CONSIGLIO EUROPEO 1720/2006/CE DEL 15 NOVEMBRE 2006 che istituisce un programma di azione nel campo dell'apprendimento permanente, in GUCE L327 del 24.11.2006, p. 45 ss.

dalle imprese. Si è, quindi, assistito ad un incremento del livello di informatizzazione del settore pubblico senza che ciò corrispondesse, specularmente, una diffusione di nuove tecnologie fra i cittadini. Tale squilibrio è dovuto a numerosi fattori.

Il costo di supporti informatici non è sempre abbordabile così come non sempre il potenziale utente del servizio è in grado di utilizzarlo.

È chiaro che l'assenza dell'uno o dell'altro o di entrambe gli elementi che garantiscono la possibilità di fruire di servizi determina così un evidente *gap* – il cd *digital divide* – fra soggetti che hanno la possibilità di accedere ad essi e chi, invece per le ragioni più diverse, è escluso da ambiti sempre più rilevanti della vita associata e dal godimento di diritti di cittadinanza .

La realizzazione della cd. uguaglianza digitale, che è un'estrinsecazione dell'uguaglianza sostanziale nelle sue numerose declinazioni, presuppone quindi un intervento mirato a rimuovere due diverse tipologie di ostacoli.

Da un lato è necessario che lo Stato faciliti l'acquisto del p.c. a quelle fasce di soggetti non in grado di affrontare una simile spesa adoperando lo strumento degli incentivi finanziari³⁸².

Ma tale aspetto non esaurisce il compito della Repubblica che per rendere effettivamente accessibili i servizi offerti dall'informatica moderna deve eliminare o, se non altro ridurre, gli ostacoli «cognitivi» che di fatto impediscono la vera uguaglianza digitale³⁸³.

L'alfabetizzazione informatica passa necessariamente attraverso il conseguimento di competenze tecniche che devono essere garantite a tutti i cittadini non solo, quindi, agli studenti per i quali l'acquisizione di competenze nel campo delle nuove tecnologie è una componente

³⁸² In tale prospettiva si pone l'iniziativa pc ai giovani che trova il suo ancoraggio normativo, e al medesimo tempo la sua copertura finanziaria, nell'articolo 27 della legge 27dicembre 2002, n. 298, in virtù del quale alcune residue disponibilità finanziarie non impegnate al 1° gennaio 2003 avrebbero dovuto essere impiegate per alimentare l'istituzione di un Fondo speciale per l'attuazione del progetto. Quest'ultimo avrebbe dovuto incentivare l'acquisizione e l'utilizzo degli strumenti informatici e digitali tra i giovani che compiono sedici anni nel 2003.

³⁸³ Cfr. A. PAPA, *Il principio di uguaglianza (sostanziale) nell'accesso alle tecnologie digitali*, in www.federalismi.it, 27.4.2008, p. 16.

essenziale del diritto all'istruzione³⁸⁴, ma anche e soprattutto per quei soggetti che per ragioni di età o anche personali non hanno l'opportunità di conseguire le dovute conoscenze indispensabili per partecipare alla società digitalizzata³⁸⁵.

In Italia il *digital divide* si caratterizza sempre più come disuguaglianza generazionale poiché l'alfabetizzazione nei diversi stadi della formazione è stata assicurata in modo soddisfacente, mentre non esiste un programma statale che si preoccupi di garantire l'acquisizione di abilità informatiche per gli adulti³⁸⁶.

Sono state soprattutto le Regioni ad aver adottato politiche in materie, ma non si tratta di un percorso omogeneo anche perchè non vi è una legge statale che determini i livelli minimi essenziali di tale prestazione. Infatti, alcune hanno fatto rientrare i loro interventi in programmi di qualificazione professionale limitando così l'accesso ai soggetti intenzionati a ottenere un inserimento o reinserimento nel mondo del lavoro. Altre Regioni, invece avendo come obiettivo l'inclusione sociale hanno elaborato programmi di apprendimento aperti a tutti coloro i quali avevano un interesse per l'utilizzo di tecnologie.

Tuttavia se l'alfabetizzazione digitale è la *conditio sine qua non* per potere avere una formazione permanente la possibilità di accedere a servizi *e-learning* necessita anche di un adeguato sviluppo della banda larga.

Il problema della formazione a distanza, investe, a questo punto non solo soggetti che per ragioni diverse non capaci di utilizzare le nuove tecnologie ma anche coloro i quali pur avendo adeguate conoscenze tecniche non siano in grado di connettersi alla rete per assenza di infrastrutture che

³⁸⁴ Cfr. E. DE MARCO, *Introduzione all'eguaglianza digitale*, in www.federalismi.it, 27.04.2008, p. 4.

³⁸⁵ Così A. PAPA, cit., p. 21.

³⁸⁶ Diverso è l'atteggiamento del Regno Unito che, sin dal 2000, ha avviato vari programmi di alfabetizzazione digitale soprattutto per categorie deboli e a rischio di esclusione sociale finanziati da fondi pubblici. Per un'ampia documentazione sul punto si cfr. il recentissimo documento di E. MORRIS, *Independent Review of ITC Skills*, in <http://www.dius.gov.uk/>.

capaci di veicolare *broadband* Soprattutto quando si tratta di offrire percorsi formativi di tipo sincrono, che cioè richiedono l'utilizzazione di strumenti multimediali e l'interattività fra i soggetti coinvolti nel percorso formativo, l'ampiezza di banda non potrà essere inferiore a 2 Mb/s³⁸⁷.

L'utilizzazione di tecnologie basate su reti *wireline* non sempre è in grado di soddisfare le richieste di connessione in aree rurali o scarsamente popolate, soprattutto perché le imprese proprietari di reti fisse trovano economicamente svantaggioso investire in aree poco densamente abitate.

È, pertanto, indispensabile creare piattaforme alternative basate su tecnologie *wireless* in grado di compensare lo *structural gap* esistente nel nostro paese. In particolare attraverso uno sfruttamento più razionale del cd. *digital dividend* attraverso l'allocazione di frequenze 3G – liberatesi a seguito del passaggio dalla tv analogica a quella digitale – agli operatori di telefonia potrebbe essere coperto il fabbisogno di banda larga nelle aree non raggiunte da connessioni a reti fisse³⁸⁸.

3. Esperienze italiane di e-learning: E-Federica dell'Università Federico II di Napoli.

Federica è una piattaforma *open source* che utilizza un sistema PHP *word press* e un data base *my sequel*. La modalità di fornitura del servizio *e-learning* è, al momento, esclusivamente asincrono. I contenuti trasmessi sono di due tipi: testuali (versione *friendly*) e testuali accompagnati da supporti multimediali. Questi ultimi vengono messi a disposizione dell'utente

³⁸⁷ La velocità di 2 Mb/s è stata ritenuta sufficiente a veicolare servizi *e-learning* nel recente rapporto F. CAIO, *Portare l'Italia verso la leadership europea nella banda larga. Considerazioni sulle opzioni di politica industriale*, versione provvisoria, in <http://wikileaks.org/leak/italia-caio-broadband-report-2009.pdf>, p. 44.

³⁸⁸ Cfr. L'art. 1. co. 2, della legge approvata il 18.06.2009 n. 69, *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione e la competitività nonché in materia di processo civile*, pubblicata in G.U. n. 140 . del 19.06.2009 S.O. n 95.

attraverso l'utilizzazione della rete accademica in fibra ottica (gestita dal CNR) che presenta un'ampiezza di banda sino a 54 Mb/s. La scelta di una doppia modalità di trasmissione dei contenuti formativi, con una preferenza per quelli testuali rispetto ai multimediali, è dettata dal fatto che lo studente non dotato di una connessione *broadband* non è in grado di seguire la video lezione o scaricare la versione audio del corso. Ai contenuti multimediali può accedersi con modalità *online* – si può cioè attraverso un telefonino mobile connettersi al sito internet e ascoltare la lezione del docente – oppure *off line* procedendo cioè al *download* del contenuto multimediale su *i-pod*. Al fine di agevolare l'alfabetizzazione digitale, nel suo primo anno di vita, Federica ha fornito *computer* agli studenti che ne facessero richiesta, privilegiando soprattutto quelli che abitavano in zone rurali o lontane dalla struttura universitaria napoletana. Nell'ottica di favorire l'utilizzazione della piattaforma da parte di soggetti con disabilità motorie la navigazione sul sito è stata resa possibile anche solo da tastiera mentre per gli ipovedenti è stato previsto lo *screen reader*. Il progetto Federica è stato finanziato per i primi due anni dal fse, mentre attualmente è finanziato da fondi regionali.

SEZIONE III

I VANTAGGI SOCIALI DELL'E-HEALTH E DELLA TELEMEDICINA. OSSERVAZIONI SULL'ESIGENZA DI COMPLETARE LE INFRASTRUTTURE DELLA BANDA LARGA E DI INVESTIRE NELLO SVILUPPO DELLA BANDA ULTRA-LARGA

SOMMARIO: 1. E-Health e informatizzazione del servizio sanitario. – 2. Definizione e applicazioni della telemedicina. – 3. I motivi del mancato sviluppo della telemedicina in Italia. – (3.1. Ragioni tecniche ed economiche: l'essenzialità della banda larga, l'auspicabilità della banda ultra-larga. – 3.2. Ragioni giuridiche).

1. E-Health e informatizzazione del servizio sanitario.

L'ultima frontiera nel campo delle tecnologie informatiche è rappresentata dall'utilizzo delle comunicazioni elettroniche non solo per la trasmissione di informazioni che consentono l'esercizio delle libertà proclamate nell'art. 15 Cost. (corrispondenza e comunicazione) e 21 Cost. (manifestazione del pensiero), ma anche per migliorare i servizi pubblici esistenti o per inventare nuove forme di intervento pubblico.

Il riferimento è, fra l'altro³⁸⁹, alla possibilità di impiegare le risorse telematiche in quel settore che nei paesi anglosassoni ha preso il nome di *e-health*³⁹⁰. La salute-elettronica è un modo più moderno di concepire sia l'organizzazione del servizio sanitario, sia l'erogazione della prestazione da parte del personale medico e para-medico³⁹¹.

³⁸⁹ Cfr. sul punto anche i diversi settori come l'*e-government*, l'*e-learning*, il telelavoro *etc.* su cui *amplius* le altre sezioni di questo stesso *report*.

³⁹⁰ Sulla definizione di *e-health* P.G. GULLICK, *E-Health and the Future of Medicine: The Economic, Legal, Regulatory, Cultural, and Organizational Obstacles Facing Telemedicine and Cybermedicine Programs*, in *Alb. L.J. Sci. & Tech.*, 12, 2001-2002, p. 355.

³⁹¹ È noto come, in realtà, sia l'invenzione della telemedicina, sia l'idea di una sua reale utilità pratica, sono abbastanza risalenti nel tempo. In America, a differenza del nostro

In piena linea anche con i valori consacrati negli artt. 97 e 32 della Costituzione, il fine è quello di conseguire – congiuntamente e rispettivamente – una maggiore efficienza³⁹² informatizzando le procedure della p.a.³⁹³, nonché un'ottimizzazione dell'assistenza ai pazienti migliorandone le cure nelle forme in cui si dirà. Rendere un servizio più

ordinamento dove queste tematiche ricevono ancora una scarsa attenzione da parte dei giuristi, il dibattito dottrinale sulla telemedicina e sulla sanità elettronica è iniziato da più di dieci anni con differenti approcci e sviluppi. Cfr. in tal senso i contributi di D.D. BRADHAM-S. MORGAN-M.E. SHERON, *The Information Superhighway and Telemedicine: Applications, Status, and Issues*, in *Wake Forest L. Rev.*, 30, 1995, p.145 ss.; D. MCCARTHY, *The Virtual Health Economy: Telemedicine and the Supply of Primary Care Physicians in Rural America*, in *Am. J.L. & Med.*, 21, 1995, p. 111 ss.; C. CARYL, *Malpractice and Other Legal Issues Preventing the Development of Telemedicine*, in *J.L. & Health*, 12, 1997-1998, p. 173 ss.; P.F. GRANADE *Medical Malpractice Issues Related to the Use of Telemedicine - An Analysis of the Ways in Which Telecommunications Affects the Principles of Medical Malpractice*, in *N.D. L. Rev.*, 73, 1997, p. 65 ss.; K.M. VYBORNY, *Legal and Political Issues Facing Telemedicine*, in *Annals Health L.*, 5, 1996, p. 61 ss.; S.S. HUIE, *Facilitating Telemedicine: Reconciling National Access with State Licensing Laws*, in *Hastings Comm. & Ent. L.J.*, 18, 1995-1996, p. 377 ss.; P.C. KUSZLER, *Telemedicine and Integrated Health Care Delivery: Compounding Malpractice Liability*, in *Am. J.L. & Med.*, 25, 1999, p. 297 ss.; D.F. MEEK, *Telemedicine: How an Apple (or Another Computer) May Bring Your Doctor Closer*, in *Cumb. L. Rev.*, 29, 1998-1999, p. 173 ss.; P.G. GULICK, *E-Health and the Future of Medicine: The Economic, Legal, Regulatory, Cultural, and Organizational Obstacles Facing Telemedicine and Cybermedicine Programs*, cit., p. 351 ss.; A.M. SULENTIC, *Crossing Borders: The Licensure of Interstate Telemedicine Practitioners*, in *J. Legis.*, 25, 1999, p. 1 ss.; THE CENTER FOR TELEMEDICINE LAW, *Telemedicine and Interstate Licensure: Findings and Recommendations of the CTL Licensure Task Force*, in *N.D. L. Rev.*, 73, 1997, p. 109 ss.; J.D. BLUM, *The Role of Law in Global E-Health: A Tool for Development and Equity in a Digitally Divided World*, in *St. Louis U. L.J.*, 46, 2002, p. 85 ss.; S.E. VOLKERT, *Telemedicine: Rx for the Future of Health Care*, in *Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev.*, 6, 1999-2000, p. 147 ss. disponibile anche in www.mttl.org/volsix/Volkert.html; M.K. CANTRELL, *The Taming of E-Health: Asserting U.S. Jurisdiction over Foreign and Domestic Websites*, in *W. Va. L. Rev.*, 103, 2000-2001, p. 573 ss.; L.B. MENDELSON, *A Piece of the Puzzle: Telemedicine as an Instrument to Facilitate the Improvement of Healthcare in Developing Countries?*, in *Emory Int'l L. Rev.*, 18, 2004, p. 151 ss.; N.P. TERRY, *A Medical Ghost in the E-Health Machine*, in *Health Matrix*, 14, 2004, p. 225 ss.; N.P. TERRY, *E-Health: Perspective and Promise*, in *St. Louis U. L.J.*, 46, 2002, p. 1 ss.

³⁹² Sulle problematiche legate all'interpretazione dell'art. 97 Cost. si rinvia, per tutti, a C. PINELLI, *Commento all'art. 97 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1994, 40 ss.

³⁹³ Sulle questioni emergenti e sui problemi connessi all'informatizzazione della pubblica amministrazione si rinvia ex plurimis a P. COSTANZO-G. DE MINICO-R. ZACCARIA (a cura di), *I «tre codici» della Società dell'informazione. Amministrazione digitale, comunicazioni elettroniche, contenuti audiovisivi*, Giappichelli, 2006, p. 3 ss.; F. MERLONI (a cura di), *Introduzione all'e-government. Pubbliche amministrazioni e società dell'informazione*, Torino, 2005; G. VESPERINI (a cura di), *L'e-government*, Milano, 2004; G. ARENA, *E-government e nuovi modelli di amministrazione*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. 1, Torino, 2005, 129.

efficace e più veloce ma, tendenzialmente, anche meno costoso³⁹⁴ è – in linea generale – l'obiettivo di medio e lungo termine atteso³⁹⁵.

La maggiore o minore ampiezza di questo settore è legata al graduale avvento del progresso, e può essere scandita da una serie di *step* successivi dipendenti dal continuo sviluppo delle tecnologie informatiche.

Il primo passo consiste nella fase di informatizzazione dei dati e di traduzione in formato digitale di tutto ciò che precedentemente richiedeva la veste cartacea. Si tratta di una preliminare attività di elaborazione e formazione di *data base* per memorizzare, archiviare i dati e le informazioni dei pazienti al fine di snellire le procedure burocratiche, procurando indubbi vantaggi dal punto di vista della rapidità della prestazione e della sua economicità.

La seconda operazione è il trasferimento *online* dei dati descritti in modo da renderli eventualmente disponibili ad altre strutture ospedaliere o ad altri medici secondo le necessità.

In questo contesto si collocano le esperienze e i programmi relativi alla informatizzazione dei referti e delle prescrizioni mediche o alla redazione di cartelle e fascicoli sanitari elettronici capaci di fornire in maniera immediata la storia di un paziente, oppure, ancora, alla prenotazione, comodamente dalla propria abitazione, delle visite tramite internet e alla ricezione *online* delle relative informazioni.

Il quadro fin'ora descritto attiene più propriamente alla strutturazione del servizio sanitario erogato dalla pubblica amministrazione e, con specifico riferimento alle problematiche legate alla velocità delle comunicazioni elettroniche e all'ampiezza di banda necessaria, non presenta delle

³⁹⁴ Sull'abbassamento dei costi sanitari dovuti alle pratiche telemediche S.S. HUIE, *Facilitating Telemedicine: Reconciling National Access with State Licensing Laws*, cit., p. 388 ss.; D.F. MEEK, *Telemedicine: How an Apple (or Another Computer) May Bring Your Doctor Closer*, cit., pp. 177-178.

³⁹⁵ Cfr. *amplius* E. BRENNNA, *La valutazione economica delle tecnologie in sanità con particolare riferimento all'area della telemedicina*, in *Sanità pubblica*, 2001, p. 897 ss. nonché A. NARDONE-M. TRIASSI, *Profili organizzativi e giuridici della telemedicina nel quadro delle risorse tecnologiche in sanità*, in *Sanità pubblica*, 2003, pp. 32-33.

peculiarità diverse dal settore dell'e-government³⁹⁶ cui si rimanda per gli ulteriori approfondimenti³⁹⁷.

Più interessante, da questo specifico punto di osservazione, è il terzo passo dell'applicazione delle tecnologie telematiche al campo della salute che attiene specificamente al rapporto con il paziente e al modo in cui è erogata la prestazione sanitaria. Il riferimento è alla branca dell'e-health decisamente più innovativa, ma anche molto più discussa³⁹⁸, che, nel gergo, ha preso il nome di telemedicina.

2. Definizione e applicazioni della telemedicina.

È presente, sia fra i *media* che fra gli specialisti del settore, una generale confusione sull'utilizzo del termine telemedicina con cui si identificano fenomeni diversi poiché non esiste una definizione tecnica ufficiale o legislativa³⁹⁹. Per la ricerca che qui interessa, e con un intento puramente descrittivo, si intenderà con la locuzione in epigrafe l'insieme delle attività che consentono al medico – in maniera sincronica o diacronica – sia di

³⁹⁶ Problemi propri dell'e-health estranei all'e-government riguardano, infatti, più che la velocità di connessione, il mancato utilizzo di *standard* uniformi come nel caso delle cartelle cliniche elettroniche che, potendo avere diversa interfaccia e formato in ogni ospedale, pongono difficoltà di lettura e trasmissione. Cfr. sul punto U. IZZO, *Medicina e diritto nell'era digitale: i problemi giuridici della cybermedicina*, in *Danno e responsabilità*, 2000, p. 815 nonché più in generale P. VIOLETTE, *Verso il Fascicolo Sanitario Elettronico: presentazione della riforma francese*, in *Diritto dell'Internet*, 2007, p. 626 ss.

³⁹⁷ Cfr. *supra* la sezione dedicata all'e-government, in questo stesso paper.

³⁹⁸ Fra le pubblicazioni più recenti cfr. B. STANBERRY, *Legal and ethical aspects of telemedicine*, in *Journal of Telemedicine and Telecare*, 2006, vol. 12, n. 4, 166 ss.

³⁹⁹ Per una panoramica sui diversi tentativi di definire in maniera completa la telemedicina cfr. in dottrina K.M. VYBORNY, *Legal and Political Issues Facing Telemedicine*, cit., pp. 68 ss.; D. MCCARTHY, *The Virtual Health Economy: Telemedicine and the Supply of Primary Care Physicians in Rural America*, cit., p. 113; C. CARYL, *Malpractice and Other Legal Issues Preventing the Development of Telemedicine*, cit., p. 174; S.S. HUIE, *Facilitating Telemedicine: Reconciling National Access with State Licensing Laws*, cit., pp. 379 ss.; P.G. GULICK, *E-Health and the Future of Medicine: The Economic, Legal, Regulatory, Cultural, and Organizational Obstacles Facing Telemedicine and Cybermedicine Programs*, cit., pp. 364; A. NARDONE-M. TRIASSI, *Profili organizzativi e giuridici della telemedicina nel quadro delle risorse tecnologiche in sanità*, cit., p. 29-30.

esaminare o fornire un referto a distanza senza interagire materialmente con il paziente, sia di effettuare un consulto con un altro collega, che si trova in un altro luogo, su un particolare caso clinico.

Tramite le reti di comunicazioni elettronica, infatti, è possibile trasmettere non solo caratteri alfanumerici, ma anche segnali, suoni, immagini, video e audio-video che, se ricevuti integri e opportunamente combinati, possono essere tradotti in altrettante numerose applicazioni in campo sanitario⁴⁰⁰.

La telemedicina può così diventare⁴⁰¹ televisita⁴⁰², teleconsulto⁴⁰³ e telemonitoraggio⁴⁰⁴ per poi differenziarsi nelle diverse specialità come, fra le altre, la tele-radiologia, la tele-oncologia, la tele-patologia, la tele-dermatologia, la tele-neurologia⁴⁰⁵, la tele-psichiatria⁴⁰⁶, la tele-riabilitazione⁴⁰⁷, la tele-chirurgia⁴⁰⁸ e finanche la tele-ambulanza⁴⁰⁹. Si tratta, in generale, di attività che, in alcuni casi, possono costituire un mero, ma

⁴⁰⁰ Per un esame più approfondito di un'esperienza concreta vd. A. ARGO-A. PASSAVANTI-P. PROCACCIANTI-S. ZERBO, *Problematiche medico-legali connesse alla telemedicina: illustrazione del sistema «cardiovox» nell'azienda sanitaria locale n. 9 di Trapani*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1999, p. 1125 ss.

⁴⁰¹ Per una disamina delle diverse definizioni che seguono nel testo si rinvia anche per la relativa bibliografia di riferimento a P.C. KUSZLER, *Telemedicine and Integrated Health Care Delivery: Compounding Malpractice Liability*, cit., pp. 299-300.

⁴⁰² Trattasi dell'esame del paziente a distanza tramite audio-video e del controllo delle apparecchiature da remoto. È utile in tutti quei casi in cui il paziente non può essere spostato o non può recarsi in ospedale (es. navi, zone isolate o remote, ospedali in cui non esiste uno specialista per quel determinato tipo di patologia etc.).

⁴⁰³ Richiesta a distanza di un secondo parere ad altro medico mediante l'invio di radiografie, foto o tracciati del paziente. Può avvenire in maniera sincronica o in differita. È utile in tutti quei casi in cui non esiste uno specialista *in loco* e il medico generico o eventualmente presente ha bisogno di un consulto da persona più competente.

⁴⁰⁴ Monitoraggio a distanza dei parametri vitali di un paziente. Utile per soggetti affetti da patologie croniche che necessitano di essere esaminati in qualunque momento della giornata e in qualunque luogo si trovino (es. anziani, cardiopatici, asmatici, ipertesi).

⁴⁰⁵ Tutte queste applicazioni permettono la gestione a distanza di immagini radiografiche, e delle risultanze dell'endoscopia, della tac, della risonanza magnetica, dell'ecografia necessarie – a seconda delle diverse branche cliniche – per effettuare referti medici o chiedere consulti a distanza mediante il confronto fra medici.

⁴⁰⁶ Effettuazione delle visite psichiatriche a distanza mediante audiovideo.

⁴⁰⁷ Programmazione degli apparecchi e degli esercizi a distanza per consentire la riabilitazione dei pazienti. Utile per permettere la riabilitazione al di fuori dell'ospedale, eventualmente direttamente a casa del paziente, con efficacia della prestazione e eliminazione dei costi di degenza e di spostamento dei disabili.

⁴⁰⁸ Effettuazione delle operazioni chirurgiche da remoto tramite robot.

⁴⁰⁹ Trasmissione dall'ambulanza in ospedale dei tracciati dei pazienti al fine di effettuare i necessari interventi di urgenza prima di arrivare in clinica.

utile, supporto per l'attività del medico nella tradizionale cura dei pazienti ma, in altri, possono addirittura sostituirsi del tutto alla erogazione classica del servizio.

I primi esperimenti di telemedicina sono nati più di mezzo secolo fa durante gli anni cinquanta nel campo della salute mentale mettendo in collegamento una televisione interattiva per i consulti telepsichiatrici fra istituti che si trovavano a più di 100 miglia di lontananza⁴¹⁰. L'idea iniziale era quella di dare assistenza sanitaria a soggetti che, abitando in zone isolate e date le enormi distanze, non potevano recarsi in ospedale⁴¹¹. Questa finalità è stata in parte mantenuta, ma l'idea col tempo è andata perfezionandosi pensando che alcune applicazioni potessero avere, al contrario, un vantaggio di carattere generale.

Il poter disporre e scambiare *online* dati, tracciati, elettrocardiogrammi, lastre, immagini radiografiche, tac, immagini dermatologiche, video del paziente *etc.* può dare luogo a diversi tipi di utilità nel settore medico-ospedaliero.

La maggiore efficacia è nelle urgenze quando non si può spostare l'ammalato in ospedale perché troppo lontano, oppure quando spostarlo può compromettere la sua salute, oppure quando si deve intervenire in via

⁴¹⁰ E.T. SCHAFER, *Closing Key Note Address Telemedicine: An Emerging Technology with Exciting Opportunities for North Dakota*, in *North Dakota Law Review*, 73, 1997, 199 ss.

⁴¹¹ Per un esame sull'utilità pratica della telemedicina nelle aree depresse D. MCCARTHY, *The Virtual Health Economy: Telemedicine and the Supply of Primary Care Physicians in Rural America*, cit., p. 126 ss. e *passim*. che conclude evidenziando come «Although telemedicine is not a total solution to rural primary care shortages, telemedicine has demonstrated its ability to address the factors that affect physician decisions about whether to locate in rural areas and that therefore tend to reduce the supply curve. In combination with Congress' continuing use of subsidies and incentives, principally in the form of the NHSC [National Health Service Corps], telemedicine has the potential to finally begin reducing the number of HPSAs [Health Professional Storage Areas] and increasing the supply of physicians rural areas. While it remains to be seen whether that is enough, telemedicine has demonstrated a sufficient level of effectiveness that Congress should continue to expand funding and explore ways to continue creating a facilitative atmosphere that promotes the health and care of rural America» (p. 130). Vd. Però anche C. CARYL, *Malpractice and Other Legal Issues Preventing the Development of Telemedicine*, cit., pp. 175 ss.; S.S. HUIE, *Facilitating Telemedicine: Reconciling National Access with State Licensing Laws*, cit., pp. 384 ss.; D.F. MEEK, *Telemedicine: How an Apple (or Another Computer) May Bring Your Doctor Closer*, cit., pp. 176-177.

di emergenza. L'esempio classico è quello della trasmissione del tracciato elettrocardiografico dall'ambulanza in ospedale, tramite tecnologia *wireless*, dalla cui lettura può dipendere la decisione di somministrare direttamente in viaggio i farmaci trombolitici a quei pazienti per i quali attendere l'arrivo in clinica significherebbe perdere la vita.

Analogamente, vi sono casi in cui è necessario per il medico chiedere il parere di un altro specialista perché non ne è presente alcuno all'interno della struttura ospedaliera o perché è troppo lontano da raggiungere, come nel caso della tele-radiologia, della tele-oncologia, della tele-patologia, della tele-dermatologia o della tele-neurologia. La stessa logica è anche alla base della validità delle operazioni chirurgiche a distanza tramite *robot* che sono utili soprattutto per effettuare quegli interventi di così particolare complessità che richiedono competenze e tecniche di altissima specializzazione conosciute solo da pochi medici al mondo⁴¹².

Dal punto di vista sia pratico sia economico risultano, inoltre, interessanti tutte quelle esperienze in cui è data la possibilità di controllare o curare i pazienti direttamente nelle proprie abitazioni, senza spostamenti in ospedale, come nel caso del monitoraggio a distanza delle persone affette da malattie croniche che necessitano di controlli durante l'arco di tutte le ventiquattro ore quali anziani, disabili o cardiopatici che non possono muoversi da casa, oppure che necessitano di cure riabilitative effettuabili con apparecchiature controllabili da remoto. Si tratta di esperimenti utili per evitare il trauma dello spostamento e della permanenza in ospedale, ammortizzandone, oltretutto, i costi sociali relativi alla degenza e al trasporto.

In generale, si può affermare che tutte le diverse applicazioni della telemedicina hanno una loro validità e utilità intrinseca consentendo maggiore sicurezza nella diagnosi, come nel caso del teleconsulto, o

⁴¹² Cfr., in tal senso, l'esperienza italiana del *Da Vinci system* utilizzato dall'ospedale San Raffaele di Milano per effettuare operazioni chirurgiche al cuore dai medici di Boston.

nell'assistenza avvicinando il paziente allo specialista quando questi sia lontano o manchi nella struttura ospedaliera di riferimento (teleoncologia, teledermatologia, telechirurgia etc.). Si pensi, ancora, ai vantaggi nella cura e monitoraggio di soggetti altrimenti lasciati soli (anziani) o il cui spostamento è difficile (disabili cronici, soggetti da riabilitazione post-trauma) oppure che si trovano in luoghi in cui non ci sono strutture ospedaliere (navi, montagne etc.).

3. I motivi del mancato sviluppo della telemedicina in Italia.

In aggiunta alle precedenti considerazioni va, tuttavia, evidenziato che anche se la tecnologia descritta esiste, ed è già stata sperimentata, non sempre si è riusciti a utilizzarla in maniera proficua. La telemedicina, soprattutto in Italia, sta facendo fatica a diffondersi a causa di ostacoli di natura economica, tecnica e giuridica.

3.1. Ragioni tecniche ed economiche: l'essenzialità della banda larga, l'auspicabilità della banda ultra-larga. Tralasciando le, pur complesse, questioni legate ai costi necessari per acquistare i programmi e le apparecchiature per erogare la prestazione di telemedicina richiesta – che sono problemi di bilancio delle diverse aziende ospedaliere non differenti dall'acquisto di tutte le altre apparecchiature cliniche della medicina tradizionale – un ostacolo di natura tecnica, e peculiare di questo tipo di applicazioni, è legato alla realizzazione delle reti atte a trasmettere il segnale per la comunicazione elettronica necessario per veicolare il servizio.

A seconda della diversa prestazione di telemedicina richiesta cambia, infatti, del tutto la velocità di connessione necessaria per la relativa erogazione, ossia la larghezza di banda occorrente.

Se, ad esempio, la rapidità di ricezione di una o più pagine scritte è assicurata anche con basse velocità di connessione, nel caso della ricezione di foto o filmati sarebbe necessario aspettare molte ore o giorni perché il numero di dati da inviare è di molto maggiore. La conseguenza è che in questi casi si rende necessario l'utilizzo di tecnologie che consentano un'accettabile velocità di trasmissione del segnale come la banda larga (es. adsl) o ultra-larga (es. fibra ottica). Tutto questo ha ampie ripercussioni sul discorso che qui interessa perché, a seconda dei diversi servizi di telemedicina voluti, serve un'ampiezza di banda diversa. La sanità elettronica si basa essenzialmente sulla trasmissione di dati della natura più varia: dal trasferimento di un semplice tracciato o di pagine scritte, alla visualizzazione di foto, audio-video e filmati. Servizi di telemedicina diversi richiedono, quindi, investimenti strutturali diversi.

L'invio di un tracciato o di un elettrocardiogramma non richiede velocità di trasmissione molto alte perché è basso il numero di dati da inviare. In teoria sarebbe sufficiente anche la velocità assicurata dal collegamento tramite un vecchio modem a 56 Kb/s.

Il discorso, però, cambia completamente quando, ad esempio, si tratta di trasmettere fotografie, immagini radiografiche o risultanze delle tac che richiedono l'invio di un enorme mole di dati soprattutto perché, per poter fornire una diagnosi corretta, è necessario che siano ricevute in una definizione accettabile. In questo caso la larghezza di banda necessaria dovrà essere maggiore (almeno la banda larga).

Sempre con riferimento alla trasmissione di questi ultimi tipi di utilità deve essere fatto un ragionamento ancora diverso a seconda che la risposta richiesta al medico debba essere immediata o meno. Se in alcuni casi è possibile aspettare giorni nella trasmissione di un file, in altri il responso del clinico deve essere simultaneo e sincronico come nel caso delle televisita, della tele-ecografia, nella tele-psichiatria o delle urgenze ed emergenze. In queste ipotesi la velocità di connessione deve per forza essere maggiore, perché la ricezione deve essere tempestiva ed è richiesta, di conseguenza, una connessione con banda ultra-larga (es. fibra ottica).

Deve essere, inoltre, precisato che non necessariamente per avere dei risultati ottimali c'è bisogno della istantanea cablatura dell'intero paese con reti di nuova generazione, soprattutto quando le singole prestazioni di telemedicina siano assicurate dalla mera connessione con i soli ospedali o con punti predeterminati per i quali sarà sufficiente una rete interna (tale è, ad esempio, il caso della telechirurgia). Un diverso tipo di riflessione va fatto, invece, per quelle prestazioni da eseguire a distanza su quei pazienti che si trovano nelle proprie abitazioni, o per quei consulti fatti fra studi medici. In questi casi si avrà bisogno di una rete distribuita capillarmente su tutto il territorio, pena la creazione di disparità di trattamento nell'erogazione del servizio sanitario a seconda della zona di residenza.

D'altronde, l'efficacia della telemedicina si testa proprio in quelle zone non particolarmente urbanizzate dove mancano strutture sanitarie adatte e sufficienti.

Si tratta, allora, di verificare caso per caso l'utilità pratica delle diverse applicazioni per comprenderne la indispensabilità o meno e pianificare, di conseguenza i relativi investimenti a tutela del diritto alla salute dei cittadini. Nel breve periodo, ad esempio, si dovrebbe, innanzitutto, puntare sul completamento delle infrastrutture per la banda larga necessarie per veicolare servizi come il telemonitoraggio o la teleriabilitazione che consentirebbero di abbassare notevolmente il costo sociale delle prestazioni senza intaccarne l'efficacia. L'esistenza del *digital divide*, in questi casi, potrebbe impedire, logicamente, i relativi vantaggi con gravi conseguenze sulla tenuta del principio di eguaglianza connesso alla tutela del diritto alla salute.

Nel lungo periodo sono però auspicabili, contemporaneamente, investimenti anche sulla banda ultra-larga perché sicuramente in grado di migliorare il livello delle prestazioni mediche in senso di efficienza ed efficacia come precedentemente descritti.

3.2. Ragioni giuridiche. Il mancato sviluppo di molte delle prestazioni di telemedicina finora delineate non è frenato solo da ragioni economiche e tecniche ma anche, e forse soprattutto, dalla mancanza di una precisa regolazione giuridica.

Il primo problema è la mancanza di sicurezza della rete sia in ordine alla ricezione della integrità dei dati trasmessi, sia in relazione alla tutela della *privacy* delle informazioni del paziente inviate.

In altre parole, senza l'utilizzo degli opportuni accorgimenti *hardware* e *software*, l'attuale configurazione della rete potrebbe non essere sufficiente a garantire l'integrità e una determinata qualità del dato trasmesso, con la conseguenza che un tracciato o una immagine non possono essere completi e integri. È facilmente intuibile come ciò possa tradursi in una diagnosi del tutto sbagliata perché effettuata su dati non corretti.

Analogamente, in questa situazione non è assicurabile la protezione della riservatezza dei pazienti con evidente documento per la protezione di dati considerati, oltretutto, sensibili e bisognosi, dunque, di una maggiore tutela⁴¹³.

Si tratta di questioni sicuramente risolvibili applicando i necessari accorgimenti tecnologici, ma se si vuole che le applicazioni di telemedicina funzionino, e siano credibili, sono necessari opportuni interventi normativi che prescrivano e uniformino gli *standard* necessari. Il riferimento è innanzitutto alla certificazione dei percorsi delle informazioni e all'utilizzo di firme elettroniche che siano in grado di garantire la provenienza e la completezza delle informazioni.

Altra questione attiene al problema del riconoscimento della telemedicina all'interno del sistema del servizio sanitario nazionale (SSN) da cui deriva anche l'eventuale, rimborso delle relative attività.

In merito, esiste una certa apertura del Piano Sanitario Nazionale 2006-2008⁴¹⁴ che prevede, fra le strategie per lo sviluppo SSN, la «riorganizzazione delle cure primarie» in modo che «nelle aree non urbane, nelle zone montane, nelle isole minori, o comunque caratterizzate da popolazione sparsa, nelle quali non sia ipotizzabile l'uso di sedi uniche [sia] necessario

⁴¹³ Sul problema della tutela della protezione delle informazioni personali nelle pratiche telematiche E. BARILÀ-C. CAPUTO, *Problemi applicativi della legge sulla privacy: il caso delle cartelle cliniche*, in *Politica del diritto*, 1998, p. 275 ss.; C. SARZANA DI S. IPPOLITO, *La protezione dei dati personali nel campo sanitario: problemi giuridici e tecnologici*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1999, p. 29 ss.; A. ARGO-A. PASSAVANTI-P. PROCACCIANTI-S. ZERBO, *Problematiche medico-legali connesse alla telemedicina: illustrazione del sistema «cardiovox» nell'azienda sanitaria locale n. 9 di Trapani*, cit., p. 1141 ss.; U. IZZO, *Medicina e diritto nell'era digitale: i problemi giuridici della cybermedicina*, in *Danno e responsabilità*, 2000, p. 815 ss.; G. CHIARAVALLOTTI, *L'integrazione dei processi e delle informazioni sanitarie e i nuovi modelli di assistenza: la sfida della Information Communication Technology tra sanità e privacy*, in *L'Amministrazione italiana*, 2007, p. 1063 ss.; A. NARDONE-M. TRIASSI, *Profili organizzativi e giuridici della telemedicina nel quadro delle risorse tecnologiche in sanità*, cit., pp. 37 ss.; con particolare riferimento, invece, alla cartella sanitaria elettronica cfr. il documento adottato dalle autorità europee per la protezione dei dati *Working Document on the processing of personal data relating to health in electronic health records (EHR)*, 15/2/2007, 323/07/EN WP 131, in <http://www.garanteprivacy.it/garante/document?ID=1386451>.

⁴¹⁴ Consultabile sul sito del Ministero della salute all'url http://www.ministerosalute.it/imgs/C_17_pubblicazioni_655_allegato.pdf.

promuovere l'uso dell'informatica medica, del telesoccorso e della telemedicina, per i quali vanno definiti standard qualitativi, quantitativi e di accreditamento»⁴¹⁵. Tale documento annuncia anche l'opportunità dell'«integrazione dei diversi livelli di assistenza», attraverso lo «sviluppo della telemedicina che, portata al domicilio, facilita la deospedalizzazione dei pazienti cronici e costituisce parte della rete socio-sanitaria»⁴¹⁶.

Tuttavia attualmente, nonostante i buoni propositi, la telemedicina non è considerata come una prestazione assestante nei livelli essenziali di assistenza (lea), ossia in quelle prestazioni sanitarie rimborsabili dal SSN, con la conseguenza che il costo, ad esempio, di un teleconsulto rimane a carico del medico che lo richiede o del paziente. Il motivo di quanto delineato è che la pratica descritta non è valutata come una nuova prestazione ma come un diverso modo di erogare il «livello di assistenza», con la conseguenza che rimane a discrezione del medico o dell'ospedale se dotarsi o meno delle relative apparecchiature, e il costo non è indennizzato.

Infine, esiste un effettivo problema di individuazione delle responsabilità mediche in questo particolare settore, che frena qualsiasi sviluppo nel momento in cui chi effettua la visita, o il consulto, a distanza non si sente tutelato nella elaborazione del referto⁴¹⁷.

⁴¹⁵ Piano Sanitario nazionale 2006-2008, cit., p. 33.

⁴¹⁶ *Ivi*, p. 38. Interessante, sotto il medesimo profilo è anche il documento Reference Book sulla Telemedicina e la Teleassistenza con particolare riferimento ai territori isolati, del luglio 2007, elaborato dalla Commissione permanente sull'Innovazione Tecnologica nelle Regioni e negli Enti Locali del Dipartimento per gli Affari Regionali della Presidenza del Consiglio dei Ministri, in http://www.affariregionali.it/smartFiles_Data/5dd44053-c14b-49c8-a27c-73c21dacb4e7_Linee%20Guida%20Telemedicina.In%20lavorazione.pdf.

⁴¹⁷ A. ARGO-A. PASSAVANTI-P. PROCACCIANTI-S. ZERBO, *Problematiche medico-legali connesse alla telemedicina: illustrazione del sistema «cardiovox» nell'azienda sanitaria locale n. 9 di Trapani*, cit., p. 1134 ss. Interessanti osservazioni sulla casistica e sul problema sugli errori in telemedicina già in C. CARYL, *Malpractice and Other Legal Issues Preventing the Development of Telemedicine*, cit., pp. 193 ss.; P.F. GRANADE *Medical Malpractice Issues Related to the Use of Telemedicine - An Analysis of the Ways in Which Telecommunications Affects the Principles of Medical Malpractice*, cit., pp. 68 ss.; D.F. MEEK, *Telemedicine: How an Apple (or Another Computer) May Bring Your Doctor Closer*, cit., pp. 185 ss. Sul problema della responsabilità in telemedicina cfr. anche P.C. KUSZLER, *Telemedicine and Integrated Health Care Delivery: Compounding Malpractice Liability*, cit., pp. 323 ss.

La regola generale per le prestazioni mediche è, infatti, la personalità della prestazione⁴¹⁸, con la conseguenza che l'utilizzo della telematica nel settore sanitario può porre diversi problemi⁴¹⁹.

Esistono sicuramente casi in cui si ha necessariamente bisogno della presenza fisica del medico escludendo *ab initio* le pratiche telemediche. Inoltre, si pongono problemi deontologici in ordine al corretto esercizio della professione, soprattutto considerando il particolare rapporto medico-paziente che si instaura durante la terapia, e ne agevola il risultato, che nella telemedicina potrebbe mancare allorché si elimina del tutto il contatto con il paziente⁴²⁰.

La telemedicina, da questo punto di vista, andrebbe considerata come *l'extrema ratio*, laddove – essendo effettivamente effettuabile una prestazione medica da remoto – non sarebbe necessario o economicamente vantaggioso il contatto materiale con il dottore.

Alla luce di queste considerazioni, il concetto di personalità della prestazione deve essere ripensato in modo da non implicare necessariamente la presenza fisica del sanitario «nel luogo di esecuzione della prestazione, ben potendo, anche grazie all'apporto fornito dalle nuove tecnologie (di cui la telemedicina si avvale) operare, sì, di persona, ma "a distanza"»⁴²¹. Alla luce di tali considerazioni, andrebbe modificato anche la conseguente responsabilità del soggetto curante che, oltretutto, in alcuni casi, andrebbe elaborata come responsabilità «condivisa»⁴²² o del

⁴¹⁸ A. NARDONE-M. TRIASSI, *Profili organizzativi e giuridici della telemedicina nel quadro delle risorse tecnologiche in sanità*, cit., pp. 35.

⁴¹⁹ A. NARDONE-M. TRIASSI, *op. cit.*, pp. 33-34.

⁴²⁰ Sulla necessità di riconfigurare nella telemedicina il rapporto medico-paziente P.C. KUSZLER, *Telemedicine and Integrated Health Care Delivery: Compounding Malpractice Liability*, cit., pp. 308 ss.

⁴²¹ A. NARDONE-M. TRIASSI, *Profili organizzativi e giuridici della telemedicina nel quadro delle risorse tecnologiche in sanità*, cit., p. 35 che evidenziano come esista «una sorta di "zona grigia", un insieme, cioè di prestazioni medico-sanitarie le quali, pur richiedendo, in teoria, la presenza di un medico, ben potrebbero essere svolte con la sua partecipazione solo "virtuale"» (sul punto cfr. anche p. 37).

⁴²² Sul problema della condivisione di responsabilità fra i diversi soggetti curanti che sono coinvolti nell'utilizzo delle apparecchiature telemediche P.F. GRANADE *Medical Malpractice*

«team sanitario»⁴²³. Il medico può essere imputabile, infatti, solo per fatti che siano conseguenza diretta della sua condotta ma non, per esempio, se sbaglia una diagnosi perché il dato ricevuto *online* è stato trasmesso in maniera errata oppure non è stato preso in maniera corretta *ab alios*⁴²⁴. Analogamente, non potrà essere incolpato per gli errori – che potrebbero ben verificarsi in queste pratiche – connessi, fra gli altri, alla mancanza di energia elettrica o al blocco dei sistemi operativi che rimangono a carico della struttura sanitaria o della ditta produttrice⁴²⁵. Si tratta, oltretutto, di

Issues Related to the Use of Telemedicine - An Analysis of the Ways in Which Telecommunications Affects the Principles of Medical Malpractice, cit., pp. 77 ss.

⁴²³ Discorre in chiave critica di responsabilità del «team sanitario» U. IZZO, *Medicina e diritto nell'era digitale: i problemi giuridici della cyber medicina*, cit., 811-812.

⁴²⁴ A. ARGO-A. PASSAVANTI-P. PROCACCIANTI-S. ZERBO, *Problematiche medico-legali connesse alla telemedicina: illustrazione del sistema «cardiovox» nell'azienda sanitaria locale n. 9 di Trapani*, cit., p. 1125 ss. che, con particolare riferimento all'esperienza della tele-elettrocardiografia, precisa: «[...] vi sarebbe l'obbligo di trasmettere in modo corretto e completo i dati anamnestici, obiettivi e strumentali alla centrale ricevente, e quello altresì di effettuare correttamente le indicazioni terapeutiche ricevute. Il medico a contatto del paziente non può tuttavia considerarsi "mero esecutore", dal momento che egli ha sempre la possibilità/doverosità di verificare le indicazioni diagnostiche-terapeutiche dello specialista a distanza chiamato a consulto telematico [...] dal momento che la consulenza richiesta non riveste i caratteri della eccezionalità e non prevede l'obbligo di specialità per il relativo esercizio. Ove si dimostri che il comportamento del primo sanitario è risultato conforme ed idoneo, l'errore e la conseguente responsabilità professionale potrebbero gravare maggiormente, se non in modo esclusivo, sul medico del sito "ricevente" o tele consulente che abbia erroneamente interpretato il tele-elettrocardiogramma, impegnato "contrattualmente" alla idonea (obbligo dei mezzi) refertazione del tracciato». Secondo la dottrina che si riporta la responsabilità professionale in materia di telemedicina dovrebbe ricadere, in linea di principio, sul medico con il quale «si ritiene stabilito *ab initio* il contratto di cura» poiché «il "teleconsulto" servirebbe a rafforzare l'ipotesi diagnostica, ovvero a confermarla, a mezzo di una refertazione fornita da uno specialista di un tracciato elettrocardiografico, volto ad evidenziare l'effettiva urgenza e ad attivare le migliori modalità di assistenza in tempi reali. In ipotesi di errore diagnostico (connesso alla refertazione) commesso dal tele consulente (evidentemente specialista) si prospetta una "condivisione" di responsabilità» (in particolare p. 1139).

⁴²⁵ Sul punto U. IZZO, *Medicina e diritto nell'era digitale: i problemi giuridici della cybermedicina*, cit., p. 815 che precisa «In un sistema sanitario ove la telemedicina sarà prassi quotidiana, l'improvviso *black-out* od il cattivo funzionamento o ancora il *deficit* di sicurezza dei sistemi di elaborazione e trasmissione dei dati rischia di generare danni ingentissimi, che espongono l'ente prestatore e/o fruitore di servizi telemedici ad un grave rischio risarcitorio. In prospettiva ciò prefigura l'esigenza di riflettere sull'allocazione contrattuale di tali rischi, studiando, attentamente gli strumenti assicurativi che dovranno trovare considerazione nei modelli contrattuali attraverso cui l'ente od il soggetto erogatore di cure si assicurerà le prestazioni del *provider* dei servizi telematici. Il medesimo problema può essere rivisitato in chiave di responsabilità per la fornitura di *software* od *hardware* difettoso, allorché un programma od un apparecchiatura non perfettamente funzionanti potranno mettere a repentaglio vite umane [...]». Sul problema anche A. NARDONE-M. TRIASSI,

ipotesi che a volte sono anche molto difficili da dimostrare attraverso le regole esistenti⁴²⁶. Sarebbe auspicabile ridefinire il settore introducendo strumenti e discipline che diano maggiori sicurezze, anche giuridiche, al medico e alle strutture che decidano di dotarsi di impianti di telemedicina. Analogamente, andrebbe ridisciplinato l'istituto del consenso informato che dovrà essere adattato alla nuova realtà tecnologica⁴²⁷ e integrato con la descrizione dettagliata dei diversi e aggiuntivi rischi connessi alle pratiche mediche telematiche⁴²⁸.

Profili organizzativi e giuridici della telemedicina nel quadro delle risorse tecnologiche in sanità, cit., p. 36. Sulla responsabilità di colui che utilizza le apparecchiature telematiche e dell'ospedale o del fornitore di apparecchiature difettose vd. ampiamente P.F. GRANADE *Medical Malpractice Issues Related to the Use of Telemedicine - An Analysis of the Ways in Which Telecommunications Affects the Principles of Medical Malpractice*, cit., p. 88.; P.C. KUSZLER, *Telemedicine and Integrated Health Care Delivery: Compounding Malpractice Liability*, cit., pp. 323 ss.

⁴²⁶ Un altro interessante punto di riflessione legato allo sviluppo della tecnica potrà, inoltre, essere la valutazione di una possibile responsabilità professionale anche nel caso del mancato utilizzo di pratiche telematiche se disponibili. Sul punto cfr. le considerazioni di U. IZZO, *Medicina e diritto nell'era digitale: i problemi giuridici della cybermedicina*, cit., p. 812 che evidenzia come «l'accesso agevolato alla consulenza specialistica realizzabile nella prassi attraverso la telematica promette di render notevolmente più severa la valutazione giuridica sull'operato del singolo medico curante che abbia agito senza preventivamente cercare per via telematica gli apporti consulenziali atti a sciogliere al meglio i nodi decisionali che egli quotidianamente incontra nel corso della sua azione professionale» (Cfr. sul punto anche le considerazioni dello stesso autore e la bibliografia citata in nota 24).

⁴²⁷ Ad esempio, prevedendo forme di consenso *online* che siano, al contempo, assistite da una firma digitale che funzioni veramente.

⁴²⁸ Sul relativo problema B. STANBERRY, *Legal and ethical aspects of telemedicine*, cit., 168; K.M. VYBORNY, *Legal and Political Issues Facing Telemedicine*, cit.; pp. 88 ss.; U. IZZO, *Medicina e diritto nell'era digitale: i problemi giuridici della cybermedicina*, cit., p. 812 ss.; A. ARGO-A. PASSAVANTI-P. PROCACCANTI-S. ZERBO, *Problematiche medico-legali connesse alla telemedicina: illustrazione del sistema «cardiovox» nell'azienda sanitaria locale n. 9 di Trapani*, cit., p. 1135 ss.

SEZIONE IV

IL TELELAVORO E LE NEXT GENERATION NETWORKS: STRUMENTI (INATTUATI) A VANTAGGIO DELLE CATEGORIE DEBOLI?

SOMMARIO: 1. Definizione e tipologie di telelavoro. 2. Disciplina del telelavoro. 3. Nuove tecnologie e telelavoro come strumenti di inclusione sociale. 4. Un case study. Telelavoro e nuove tecnologie a servizio degli alunni ospedalizzati.

1. Definizione e tipologie di telelavoro.

Il telelavoro⁴²⁹ rappresenta una peculiare modalità di svolgimento della prestazione lavorativa, localizzata in un luogo diverso e distante dall'ufficio centrale o dal centro di produzione dei servizi: sicché, l'apparente antinomia fra intrinseca separazione logistica e comunicazione fra prestatore e datore di lavoro si risolve grazie all'impiego intensivo di una tecnologia idonea a consentire lo scambio vicendevole di informazioni fra le parti coinvolte. Il supporto delle ICT appare essere «prevalente», cioè non costituisce soltanto un elemento accessorio nello svolgimento della prestazione, ma assume dimensione preponderante, pena, altrimenti, l'impossibilità di svolgere la prestazione e di realizzare il collegamento fra postazione remota e il luogo di lavoro. Ciò implica che l'applicazione delle ICT entra a far parte del processo produttivo di beni e servizi, quindi l'utilizzo di tecnologie avanzate come le NGN rappresenterà un valore aggiunto, in termini di rendimento economico⁴³⁰, per l'impresa e la P.A. che si avvalgono del telelavoratore.

⁴²⁹ D'ora in poi indicato con l'acronimo t.

⁴³⁰ La definizione di t. (Ufficio Internazionale del lavoro del 1990), quindi, appare basata su cinque parametri:

- Delocalizzazione produttiva dell'attività;
- Utilizzo di sistemi informatici e telematici;

I vantaggi derivanti dall'impiego delle nuove tecnologie nel lavoro a distanza, tuttavia, si riscontrano soprattutto in capo al lavoratore. Il t. presuppone lo svolgimento di attività che, benché svolte al di fuori dei tradizionali confini aziendali, non implicano una trasformazione del trattamento giuridico riservato ai rapporti di lavoro. Con il t. non si instaura un nuovo e diverso rapporto lavorativo, quanto piuttosto si dà vita ad una mera variazione organizzativa di quello già in atto, modificando semplicemente le modalità di svolgimento della prestazione. Il t., difatti, comporta un'attività concordata tra azienda e dipendente, per cui, ancorché la mansione potrebbe essere parimenti effettuata all'interno dei locali dell'azienda, si ritiene vantaggioso pianificare lo svolgimento della stessa al di fuori di essi. È l'autonomia negoziale delle parti che, nell'effettuare un bilanciamento dei contrapposti interessi, individua il punto di equilibrio nella diversa dislocazione del rapporto lavorativo.

Il vincolo di subordinazione resta immutato, ma prescinde dalla collocazione geografica del lavoratore in azienda. «Solo nel caso in cui il lavoratore si inserisca virtualmente nell'organizzazione del proprio datore di lavoro è possibile ricondurre una tale tipologia di lavoro all'interno della categoria del lavoro subordinato di cui all'articolo 2094 del nostro codice civile»⁴³¹. «Sostanzialmente, per l'orientamento della giurisprudenza, la lettera dell'art. 2094 c.c. e la complessiva sistemazione codicistica della materia hanno indotto ad includere tra i caratteri essenziali della subordinazione anche il riferimento al profilo topografico, e cioè l'inserimento del dipendente nell'organizzazione aziendale. In tempi recenti, con l'emergere di nuove forme di lavoro dipendente, si assiste ad una polverizzazione della nozione di subordinazione, così come sopra intesa, e cioè come inserzione

- Esistenza di una rete di comunicazione (dell'impresa o infrastrutturale) atte a favorire la comunicatività e lo svolgimento dei compiti assegnati;
- Modifica della struttura organizzativa tradizionale;
- Flessibilità di erogazione, impiego e gestione del lavoro, cui si accompagna la sistematicità del lavoro.

⁴³¹ M. BIAGI, *Lavoro e Information Technology: riflessioni sul caso italiano*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 1, 2002, 01, p. 5.

organica, continuativa e sistematica nell'organizzazione imprenditoriale»⁴³². Quindi, il coordinamento per via telematica si pone in alternativa al vincolo indissolubile di collocazione della prestazione in azienda.

In questi termini, il t. si lega al concetto di flessibilità: quest'ultima, a sua volta, intesa non tanto come requisito temporale che incida sulla durata del rapporto lavorativo fra le parti, quanto piuttosto come «elasticità» dei tempi e delle modalità della prestazione resa dal lavoratore, ovverosia come variabilità organizzativa dell'unità produttiva.

Esaminando i casi di lavoro decentrato già avviati in Italia e all'estero, è possibile procedere a una classificazione delle forme di telelavoro.

1. T. a domicilio (detto anche *Home based Telework*): il prestatore opera dal suo domicilio, e comunica con l'azienda per mezzo di PC, fax o altri strumenti informatici. Il computer può essere connesso stabilmente alla rete aziendale, oppure vi si può collegare solo per la ricezione e l'invio del lavoro.

2. T. mobile: (detto altrimenti *mobile Telework*): la prestazione si svolge per mezzo di un PC portatile e di altri strumenti mobili (cellulari, palmari, ecc.). Si tratta di modalità diffusa principalmente tra lavoratori autonomi o a progetto. L'utilizzo di un personal computer portatile, facilmente connettabile al sistema aziendale, permette di avere sempre a portata di mano, e soprattutto presso il cliente, tutte le informazioni presenti in esso⁴³³.

3. T. con ufficio satellite (o satellite *branch office*): la prestazione è resa in una filiale appositamente creata dall'azienda. Tale modello di «forma collettiva di telelavoro» si basa sulla delocalizzazione di alcune delle attività aziendali in luoghi decentrati rispetto alla sede centrale e prevede il mantenimento dei contatti con la stessa mediante collegamenti telematici.

⁴³² L. BATTISTA, *Telelavoro: quale subordinazione? Riflessioni minime sul potere di controllo*, in *Giustizia Civile*, n. 11, 1998, p. 555.

⁴³³ Questa forma di nomadismo elettronico è stata ad es. adottata dalla società IBM Italia con il progetto PORT-IT, acronimo da cui ha preso il nome la valigetta informatica dotata di p.c., telefono cellulare e stampante capace di connettere immediatamente i venditori con il sistema informativo aziendale. In INPS tale forma di telelavoro è utilizzata dagli ispettori di vigilanza. Le agenzie territoriali INPS possono essere considerate uffici satellite delle agenzie provinciali.

Tale soluzione, vantaggiosa soprattutto per i dipendenti, è utile nei casi in cui occorra localizzare gli uffici laddove sono minori i costi, oppure aprire filiali in nuove aree di penetrazione, rispondere più prontamente alle sollecitazioni del mercato mediante un raccordo funzionale fra domanda locale e offerta e, infine, collocare gli uffici in zone più prossime alle abitazioni dei lavoratori⁴³⁴.

4. T. da telecentri o *telecottages*: il telelavoro è svolto in appositi centri creati per lo scopo da un consorzio di aziende, da una azienda singola od anche da enti pubblici. Il telecentro, quindi, può essere di proprietà dell'azienda, di un consorzio di aziende, di un'impresa che affitta i posti operatori o anche della Pubblica Amministrazione. Nel primo caso il telecentro sarà utilizzato esclusivamente da una singola impresa, negli altri sarà a disposizione di più lavoratori appartenenti a imprese diverse. Sono luoghi attrezzati con apparecchiature informatiche e telematiche utilizzati da più utenti, dipendenti di diverse aziende, liberi professionisti, etc., che non sono in grado di acquistare da soli le attrezzature necessarie. In questo caso il lavoratore, anziché recarsi in ufficio, si sposta presso un luogo attrezzato per il telelavoro e da lì entra in contatto con la sua azienda, scambia dati, carica programmi e quant'altro gli sarà necessario per pianificare e svolgere la sua attività.

5. T. *Office to Office*. Esso può essere interpretato come un sistema di imprese indipendenti, Pubbliche Amministrazioni o liberi professionisti che lavorano insieme per il raggiungimento di un determinato obiettivo, attivando un reciproco scambio di informazioni mediante l'utilizzo di strumenti informatici e comunicativi. Si tratta di uno strumento attuativo di un modello di «impresa virtuale»⁴³⁵.

⁴³⁴ Le agenzie territoriali INPS possono essere considerate uffici satellite delle agenzie provinciali.

⁴³⁵ Ad. es., potrebbe ricomprendersi sotto questa forma di telelavoro la sinergia che si attiva fra Comuni ed INPS per l'erogazione delle prestazioni sociali (Assegno di maternità, Assegno al nucleo Familiare).

2. Disciplina del telelavoro.

La regolazione della materia è completa, in quanto non è stato necessario svilupparne una nuova ma, piuttosto, si è scelto di applicare in via estensiva quella già esistente.

La disciplina del telelavoro nel settore privato è dettata principalmente dall'Accordo Interconfederale del 2004, con cui i rappresentanti dei datori di lavoro e i sindacati confederali hanno recepito in Italia l'Accordo quadro europeo sul telelavoro del 2002⁴³⁶.

Per quanto riguarda, invece, la P.A., l'art.4 della legge 16 giugno 1998, n.191, (cosiddetta «Bassanini ten») ha previsto per la prima volta nel nostro paese la possibilità per le P.A. di far ricorso al t. Su tale scia è stato emanato il d.P.R. 8 marzo 1999, n.70, che dapprima ha distinto tra lavoro a distanza e telelavoro (distinzione basata sul criterio della prevalenza nell'utilizzo degli strumenti informatici), mentre nei successivi articoli ha emanato la disciplina specifica della materia. Altro progetto di attuazione dell'articolo 4 della legge 16 giugno 1998, n. 191 è l'Accordo quadro nazionale sul telelavoro nelle pubbliche amministrazioni, stipulato il 23 marzo 2000 dall'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni, l'ARAN, e le maggiori Confederazioni sindacali nazionali del Pubblico Impiego, e pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 94 del 21 aprile 2000.

L'accordo in parola demanda alla contrattazione le condizioni della prestazione, ed alla concertazione il compito di consentire il confronto tra le parti sulla costruzione organizzativa dei progetti, sottolineando aspetti quali la volontarietà della teleprestazione, la non modificabilità del rapporto di

⁴³⁶ La tecnica della *soft-law* (nella forma della *Guide-Lines*) è stata adottata a livello comunitario nel dare impulso alla regolamentazione giuridica del telelavoro. In proposito, v. le Linee Guida per il telelavoro in Europa del 7 febbraio 2001, provenienti dal Comitato Settoriale per il Dialogo Sociale Europeo relativo alle telecomunicazioni. Per un commento, M. BUATIER DE MONGEOT, *Le linee guida sul telelavoro*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 1, 2002, p. 13.

lavoro, che, quindi, rimarrà di tipo subordinato ed infine, la parità di trattamento. Completa il quadro normativo attuativo la Deliberazione dell'Autorità per l'informatica nella Pubblica Amministrazione del 31 maggio 2001, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 151 del 2 luglio 2001, e con la quale vengono fornite le regole e i requisiti di natura tecnico-informatica per un proficuo svolgimento dell'attività lavorativa nella forma del telelavoro, soprattutto disciplinando nel dettaglio i requisiti di sicurezza dei documenti informatici e dei dati personali, con particolare riferimento al *download* di file e alle modalità di firma elettronica. La delibera, nel fissare le regole tecniche per il telelavoro nelle pubbliche P.A., dispone che le medesime vengano «adeguate alle esigenze dettate dall'evoluzione delle conoscenze scientifiche e tecnologiche, con cadenza almeno biennale [...]» (articolo 2, co. 2).

Esiste una differenza tra t. della P.A. e t. nel contesto aziendale privato. L'utilizzo delle NGN nell'ambito del t. a servizio della P.A. rappresenta un valore aggiunto per l'intera collettività, in quanto strumento di razionalizzazione e semplificazione delle procedure amministrative. Obiettivi che possono essere realizzati grazie all'applicazione dei vantaggi offerti dalla b.l. e u.l. alle attività lavorative svolte dai dipendenti pubblici, al fine di consentire una notevole riduzione dei tempi di svolgimento delle attività, una maggiore efficienza nell'erogazione dei servizi all'utenza e, in definitiva, un miglioramento della qualità ed efficienza della P.A. In questi termini, è possibile concludere nel senso che qui la tecnica diventa strumentale al godimento dei diritti sociali e all'applicazione del principio di eguaglianza sostanziale. In altre parole, il benessere aggiunto assume immediata dimensione collettiva, dovuto all'aumento dell'efficienza produttiva interna, al decremento del livello di assenteismo del personale, una migliore redistribuzione del personale nel territorio locale e nazionale per meglio soddisfare i fabbisogni organizzativi ed erogare i servizi richiesti.

Altro è il discorso in ordine all'applicazione del t. nel settore privato. L'utilizzo di tecnologie sofisticate come le NGN si traduce in vantaggi immediati per le singole parti del rapporto lavorativo: datore di lavoro e lavoratore.

Quanto al primo, il vantaggio consiste nell'ottenere prestazioni di alto rendimento che presuppongano risparmio dei costi aziendali di investimento⁴³⁷; quanto ai secondi, il t. offre benefici indiscutibili, legati alla possibilità di gestire in modo flessibile i tempi della prestazione, scegliendo con maggiore libertà ritmi e i luoghi di lavoro, e di disporre, conseguentemente, di maggiore tempo libero, grazie all'eliminazione o riduzione dei tempi impiegati per raggiungere il posto di lavoro. Il t. svolto presso l'abitazione del lavoratore consente una maggiore presenza nell'ambito familiare, e un vantaggio notevole per la vivibilità collettiva delle strade, conseguente al decongestionamento del traffico cittadino negli orari di punta⁴³⁸. Quindi, è la moltiplicazione indefinita dell'utilizzo dei servizi della Società dell'Informazione nel lavoro a distanza a determinare, indirettamente, un benessere per la collettività indistinta.

3. Nuove tecnologie e telelavoro come strumenti di inclusione sociale.

Dall'analisi sin'ora condotta emerge che l'impiego delle NGN nell'ambito del t. potrebbe considerarsi uno strumento di promozione e crescita della

⁴³⁷ In proposito, occorre dire che la delocalizzazione dell'attività non può determinare una *deminutio* della qualità della prestazione lavorativa. In tal senso, l'accordo quadro pone a carico del datore di lavoro i costi di fornitura, di installazione, manutenzione e riparazione degli strumenti informatici, nonché quelli necessari per fornire i supporti tecnici necessari allo svolgimento del lavoro e tutte le misure opportune per prevenire l'isolamento del lavoratore e per tutelarne la salute e la riservatezza.

⁴³⁸ Ancorché ai telelavoratori, competono i medesimi diritti dei lavoratori «tradizionali», ovverosia pari opportunità rispetto a progressioni di carriera; partecipazione all'attività sindacale che si svolge in azienda, eventualmente anche tramite connessione informatica; adeguamento delle modalità della prestazione alla particolare tipologia di rapporto.

personalità del singolo. L'impiego di tecnologie sofisticate che implementino tempi e qualità della prestazione incidono sul rendimento economico dei processi produttivi, ma, al contempo, facilitano l'esecuzione della prestazione lavorativa, nonché la comunicazione fra strutture remote e sede centrale. In altri termini, il diffondersi del cd. *e-work* migliora la qualità della vita del telelavoratore, il che si traduce nel miglioramento del suo benessere complessivo.

Ciò appare tanto più vero se si consideri che le NGN applicate al t. rappresentano un mezzo di giustizia sociale, distributore di eguali opportunità fra le fasce deboli. Nel t. si coniugano, così, l'obiettivo generale del buon andamento dell'economia con quello della solidarietà fra le classi sociali. In proposito, il t. appare strumentale rispetto alla realizzazione del principio di eguaglianza sostanziale ex art. 2 Cost., e ciò assume particolare rilevanza riguardo alle categorie svantaggiate, soprattutto in considerazione del fatto che queste rappresentano un quota significativa della popolazione, e che una parte rilevante di essa si trova in età lavorativa.

Il ripristino dell'*equal access* rispetto all'ingresso e alla permanenza nel mercato del lavoro appare dunque facilitato dall'applicazione delle NGN alle mansioni lavorative da svolgere. Si tratta di quelle categorie sociali la cui sorte impedisce l'accesso al mercato del lavoro, mentre la banda larga, portando il lavoro a domicilio, « [...] rimuove almeno virtualmente la barriera fisica, rendendo tutti realmente uguali nel momento in cui crea condizioni di effettività per l'esercizio [dei] diritti⁴³⁹».

Riguardo alle donne, ad esempio, le nuove tecnologie consentono risparmio dei tempi di percorrenza del posto di lavoro, e la migliore organizzazione della vita domestica e dell'educazione dei figli. In ultima istanza, l'impiego del t. in concomitanza con l'utilizzo delle nuove tecnologie diventa strumento posto a protezione e garanzia del minore, inteso come

⁴³⁹ G. DE MINICO, *Regulation, Banda Larga e Servizio Universale. Immobilismo o innovazione?*, cit., p. 2.

individuo *in fieri* che necessita di cure quotidiane, e che vanta una pretesa di educazione da parte della famiglia di origine.

D'altronde, molti ambienti di lavoro tradizionali sono assolutamente inadeguati ad accogliere al loro interno persone con disabilità, poiché costellati di ostacoli e di impedimenti⁴⁴⁰. Per fare un esempio, molti edifici mancano di spazi e di strutture idonee all'ingresso e alla circolazione delle sedie a rotelle o hanno condizioni dell'aria critiche per le persone affette da problemi respiratori o da sclerosi multipla. Inoltre, i ritmi di lavoro imposti negli uffici possono non conciliarsi adeguatamente con le esigenze e i bisogni di una persona disabile, che a causa del proprio handicap non sempre è in grado di seguire la *routine* di una normale giornata lavorativa. Il t., dunque, può essere particolarmente adatto a coloro che afflitti da disabilità congenite, ovvero acquisite o progressive, si trovano in estrema difficoltà non tanto nello svolgere il lavoro, ammesso che abbiano le abilità professionali adeguate o siano in condizioni di acquisirle, quanto nel recarsi in ufficio per farlo. Il t., infatti, mediante l'uso di strumentazioni informatiche e telematiche offre alle persone disabili ampie possibilità di svolgere un'attività lavorativa secondo il loro particolare ambiente e le loro competenze, e può contribuire ad arricchire profondamente la loro qualità della vita, consentendo di erodere il rischio di isolamento sociale. Questo perché, come è noto, ogni individuo trae soddisfazione dalla propria attività professionale, dalla convinzione di sentirsi parte di un sistema produttivo che crea identità. Sebbene il minore livello di interazione con i colleghi e la perdita di momenti di socialità tipici degli ambienti lavorativi sia spesso citato come uno dei principali svantaggi del telelavoro, al contrario, l'impiego di moderne tecnologie come le NGN permettono di creare

⁴⁴⁰ La legge sul collocamento obbligatorio (L. 68/99) all'art. 4 comma 3 ricomprende l'inserimento del telelavoro tra le tipologie contrattuali che consentono l'assolvimento dell'obbligo di riserva dei posti a persone con disabilità. Inoltre l'art. 13 comma 1 prevede per il datore di lavoro la possibilità di ottenere il rimborso forfetario parziale delle spese necessarie alla trasformazione del posto di lavoro per l'apprestamento di tecnologie di telelavoro.

legami sociali, seppur in parte virtuali, con il gruppo lavorativo di riferimento ma anche con la più ampia comunità sociale. Infine, non è da sottovalutare, accanto ai benefici che i lavoratori disabili possono trarre dal telelavoro, il vantaggio che anche la collettività può ricevere su diversi piani: sul piano economico, per il contributo che una quota non indifferente di forza lavoro aggiuntiva può offrire alla composizione del reddito nazionale, riducendo la disoccupazione esplicita o latente, nonché stimolando l'espansione di un più efficace mercato locale di prodotti e servizi per disabili basati sulla tecnologia; sul piano organizzativo per la possibilità di utilizzare lavoratori spesso dotati di potenzialità professionali o competenze molto elevate, specialmente di natura intellettuale; sul piano sociale per la riduzione delle barriere fisiche e organizzative che, di fatto, limitano il diritto al lavoro e l'inserimento sociale di queste categorie.

4. Un case study. Telelavoro e nuove tecnologie a servizio degli alunni ospedalizzati.

Il Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca Scientifica ha promosso – ormai, già da un cospicuo numero di anni - alcuni progetti pilota per avviare attività in modalità remota destinate a fornire lezioni a studenti ospedalizzati in reparti pediatrici dell'ospedale Pausillipon (NA), Umberto I (RM), Gaslini (GE), Molinette (TO) e il Salesi di Ancona⁴⁴¹. La modalità prevede l'utilizzo della banda larga per allestire video conferenze con le classi di appartenenza degli studenti; si tratta di un il servizio successivamente esteso anche ad altri ospedali nazionali a partire dall'anno prossimo.

L'obiettivo che, attraverso l'innovazione tecnologica, il progetto si propone di raggiungere è quello di assicurare all'alunno ospedalizzato una

⁴⁴¹ <http://www.buoniesempi.it/telelavoro.aspx>.

soddisfacente vita di relazione con la sua classe e con i suoi insegnanti, per consentirgli di proseguire l'apprendimento, offrendogli le stesse opportunità didattiche normalmente disponibili nella scuola. Obiettivo dell'intervento è offrirgli un aiuto concreto, tramite l'impiego dei docenti delle Scuole Polo inserite nella sperimentazione, che svolgono l'attività didattica in modalità di t., con l'ausilio delle tecnologie più innovative. Per la realizzazione del progetto sono disponibili Personal Computer (fissi o portatili) ubicati sia nella classe di provenienza dell'alunno, che nella struttura ospedaliera con collegamenti a larga banda ad Internet (da 1 a 10 Mb/s) per consentire non solo la trasmissione di informazioni e di voce, ma anche del segnale video. Vi è poi la possibilità di trasmettere nei due sensi (scuola-ospedale e viceversa) testi scritti e disegni tramite scanner e e-mail, utilizzando reti senza fili wireless che permettono l'uso dei portatili nel reparto, senza vincoli di nessun tipo.

La sperimentazione prevede la possibilità per i genitori di collegarsi al sistema per verificare l'apprendimento dei loro figli. Molti i fornitori che si sono dichiarati disponibili ad installare le loro apparecchiature in alcuni ospedali a titolo gratuito⁴⁴².

⁴⁴² Il 30 settembre 2002 è stato presentato il primo collegamento fra il Policlinico Umberto I di Roma, Istituto di Ematologia del Prof. Mandelli e la S.M.S. "Don Morosini" di Roma, per l'assistenza ad un alunno lungodegente. Il 31 ottobre 2002, in seguito al terremoto del Molise, uno dei bambini feriti nel sisma è stato ricoverato presso l'ospedale "G. Salesi" di Ancona e ha potuto utilizzare un sistema di "Scuola in Ospedale" collegato con la S.M.S. "G.Pascoli" che già nell'anno scolastico 2000/2001 (maggio-giugno 2001) aveva effettuato 15 collegamenti durante la fase sperimentale con 62 bambini coinvolti. Nell'anno scolastico 2001/2002 (ottobre 2001- gennaio 2002) la stessa scuola ha effettuato 39 collegamenti con 121 bambini coinvolti.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE SUI SERVIZI DI PUBBLICA UTILITÀ

L'esame delle caratteristiche principali dei servizi di pubblica utilità veicolati attraverso la rete Internet, descritti nella seconda parte del presente rapporto finale, consente di rispondere ad alcuni degli interrogativi da cui ha preso le mosse la nostra ricerca. Inizialmente ci siamo chiesti quale rapporto corresse fra la regolamentazione dei servizi telematici studiati e il servizio universale, nonché quale dovesse essere il regime giuridico dei primi.

Ricordiamo in estrema sintesi che la Commissione Europea ha negato l'inclusione dell'accesso alla banda larga nel catalogo delle prestazioni obbligatorie del servizio universale in ragione della contenuta domanda dei cittadini europei di connessione veloce a Internet.

Ma questa posizione desta non poche perplessità. In particolare, essa non tiene conto del fatto che la scarsità delle richieste dei cittadini dipende principalmente da *deficit* culturali, come la mancata alfabetizzazione informatica e la non conoscenza dei servizi di pubblica utilità accessibili in rete. Inoltre, la scarsa diffusione di molti servizi telematici è dovuta all'indisponibilità territoriale dell'infrastruttura necessaria per accedere alla banda larga (*digital divide* territoriale).

Considerata l'incompatibilità dell'impostazione giuridica comunitaria con il mutato contesto sociale e con contrastanti posizioni assunte dalla stessa Commissione in tema di *e-government*, si è proposto di utilizzare un criterio diverso e 'inedito', che potesse tener conto dell'effettiva utilità del servizio finale veicolato dalla banda larga, parametro da adottarsi in sostituzione o almeno in aggiunta a quello della diffusività della domanda, come da tempo già sperimentato negli Stati Uniti.

Tale metodo di indagine ha guidato anche la seconda parte della nostra ricerca, dove la domanda di fondo riguardava la possibile estensione del concetto (e della relativa disciplina) del servizio universale ai servizi di pubblica utilità (*e-government*, *e-learning*, telemedicina, telelavoro)

veicolati dalla rete. Noi abbiamo concluso per la separazione in termini economico-giuridici della domanda di accesso alla rete da quella ai servizi finali. Considerato che i servizi preceduti dal prefisso «e» sono di natura molto diversa fra loro e, per di più, offrono prestazioni eterogenee, non è dato individuare un comune denominatore tra questi e le prestazioni obbligatorie da servizio universale, il che rende impraticabile la tesi dell'applicazione *sic et simpliciter* della disciplina europea del primi agli e-servizi.

La documentazione e i dati raccolti dimostrano infatti che all'interno dei singoli servizi fruibili tramite la rete è possibile, se non necessario, distinguere una serie di sub-servizi, la cui essenzialità e utilità va valutata caso per caso.

A titolo di esempio, ricordiamo che nel concetto di *e-government* rientra sia la possibilità di ricevere i certificati amministrativi direttamente a casa, sia quella di avviare procedimenti amministrativi complessi in rete. Analogamente, l'*e-learning* comprende la possibilità di apprendimento tanto sincronico che diacronico. Mentre l'*e-health* spazia dalla possibilità di prenotare le visite mediche da casa alle applicazioni pratiche della telemedicina, come la tele-visita, il tele-consulto o le operazioni chirurgiche a distanza. Il telelavoro infine, può essere inteso in varie accezioni e diversa ne è la disciplina a seconda che si svolga dal proprio domicilio o da altro ramo della stessa azienda.

A queste diversità di fisionomia del servizio corrisponde una diversa larghezza di banda a seconda della complessità dei dati da trasmettere. Scaricare un file per l'apprendimento da remoto, parlare a distanza nel telelavoro, prenotare una visita medica o effettuare un video consulto in maniera sincronica sono esse attività, che richiedono una diversa velocità di connessione per essere svolte in maniera ottimale. In sintesi, si può affermare che più è complessa l'informazione da inviare, più ampia deve essere la banda, con la conseguenza che in alcuni casi è sufficiente la banda stretta, ma in altri è necessaria la banda larga o anche ultra-larga.

La reale utilità di tutti i servizi di pubblica utilità, inoltre, andrebbe valutata caso per caso e solo per quelli di provata essenzialità (es.: servizi di telemedicina nelle zone remote, accessibilità ai servizi di pubblica amministrazione dal proprio domicilio per anziani e disabili, telelavoro per persone con *handicap* motori etc.) se ne potrebbe discutere l'eventuale inclusione nel servizio universale.

L'identificazione poi di quali sarebbero gli e-servizi minimi – come del resto la valutazione della banda minima da assicurare su tutto il territorio – rimarrebbe comunque una scelta affidata alla discrezionalità del decisore politico, al quale spetterà bilanciare l'interesse a una maggiore efficienza della p.a. nell'erogare cure mediche, istruzione o prestazioni lavorative con le proprie esigenze di bilancio. E nel caso in cui il legislatore dovesse reputare imperative le ragioni della uguaglianza sostanziale e quindi accogliere anche gli e-servizi nel novero dei diritti sociali, si aprirebbe l'ulteriore capitolo relativo al *quantum* di essi andrebbe concretamente erogato in ragione della capienza del bilancio pubblico, vincolo, questo dei diritti sociali «condizionati» ai limiti di spesa, mai rimosso dalla Corte Costituzionale.

Un altro punto dell'indagine ha toccato il tipo di regolamentazione riferibile ai servizi di pubblica utilità, avendo escluso la replicabilità in blocco della disciplina europea sul servizio pubblico. Nei diversi settori esaminati si è rilevato come nella maggior parte dei casi – *e-government*, *e-learning*, telemedicina, telelavoro – non esista affatto una disciplina specifica, ma si cerchi di adattare quella già esistente per le omologhe fattispecie non telematizzate. È stato verificato come ciò si traduca, in alcuni casi, in un arresto nello sviluppo delle relative potenzialità. Il riferimento è, per esempio, alla mancanza di regole per quanto riguarda la garanzia della qualità del segnale di trasmissione che può comportare un ritardo nella ricezione. Questo *deficit* è particolarmente evidente in servizi come quelli di telemedicina che si svolgono in maniera sincronica per i quali è necessario

apprestare nuove regole riguardanti le apparecchiature e i *software* da utilizzare in modo da garantire e certificare che le informazioni inviate corrispondano effettivamente a quelle ricevute. Lo stesso ragionamento deve essere fatto anche per le utilità accessibili tramite l'*e-government*, l'*e-learning* o il telelavoro con particolare riferimento alla necessità di assicurare una velocità ottimale nella ricezione del segnale e alla garanzia della integrità e paternità delle informazioni ricevute. Nello specifico, anche in questi casi rimane il problema di identificare l'utente tramite certificazioni digitali e di assicurare la sicurezza e la qualità del segnale inviato in modo da tutelare gli utenti nel godimento delle relative funzionalità. Si pensi alle questioni legate alla violazione dei sistemi informatici da parte di terzi non autorizzati o ai possibili indebolimenti, o interruzioni, del segnale durante la giornata che possono compromettere, ad esempio, l'efficienza della telemedicina, dell'*e-learning* o del tele-lavoro.

La mancanza di una regolamentazione *ad hoc* è, inoltre, particolarmente sentita nel caso delle prestazioni sanitarie a distanza per le quali il relativo *gap* si è tradotto in un totale stallo del settore. In particolare, c'è un'enorme confusione e incertezza per tutto ciò che concerne le responsabilità degli operatori sanitari in telemedicina. Uno specialista, infatti, difficilmente si sente sicuro nel firmare i referti a distanza e avvertendo, per di più, di non essere tutelato, propende naturalmente per le prestazioni tradizionali. Se poi si riflette, ancora, sul fatto che i servizi di telemedicina non sono considerati come prestazioni assestanti nel Servizio sanitario nazionale, si comprende come esista una certa disincentivazione in un campo che potrebbe offrire, invece, degli indubbi vantaggi sia di efficienza che di efficacia della prestazione.

La conclusione cui si è pervenuti è la seguente: è necessario disegnare una disciplina comune a tutti gli e-servizi, apprestando regole omogenee con riferimento alla qualità del segnale, alla responsabilità dei fornitori di *hardware* e *software*, alla sicurezza della rete, alla protezione della *privacy*

degli utenti. In tal modo, si realizzerà il passaggio dalla convergenza dei mezzi alla tendenziale unità della disciplina dei servizi trasportati dalle infrastrutture di comunicazione, problema comune ai servizi audiovisivi, che la sede europea ha di recente iniziato ad affrontare nell'ottica di parziale omogeneità qui suggerita⁴⁴³.

⁴⁴³ Riflette sulla necessità di una regolazione unitaria anche dei contenuti audiovisivi, a prescindere dunque dal mezzo impiegato, G. DE MINICO, *Minori e nuovi mezzi di comunicazioni*, Relazione presentata al Convegno Minori e nuovi mezzi di comunicazione, organizzato dai prof. i M.C. BIANCA e G. DE MINICO, presso l'Università di Roma La Sapienza, Roma, 7 febbraio 2007, *paper* (per il resoconto si veda: www.forumcostituzionale.it).