

DALLA TECNOLOGIA AI DIRITTI

BANDA LARGA E SERVIZI A RETE

A cura di
Giovanna De Minico

Prefazione di
Enzo Cheli

Conclusioni di
Massimo Villone

Estratto



JOVENE EDITORE
NAPOLI 2010

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2010

ISBN 88-243-1977-7

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLI NA - ITALIA

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

web site: www.jovene.it e-mail: info@jovene.it

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy Stampato in Italia

PERCORSO DELLA RICERCA

GIOVANNA DE MINICO

La nostra indagine assume come dato l'attuale qualificazione giuridica della banda larga, estranea al catalogo delle prestazioni obbligatorie del servizio universale, e si interroga sulle sue implicazioni sull'individuo, cioè si chiede se tale estraneità sia servente allo sviluppo della persona e il progresso della Nazione o invece sia funzionale a una politica di mantenimento di equilibri pregressi.

Va detto subito che nell'ordinamento europeo, da ultimo riformato dal pacchetto Direttive del 2009, l'accesso veloce non figura ancora nell'elenco delle prestazioni obbligatorie, perché, non essendo sufficientemente diffuso, non causerebbe l'esclusione sociale di chi ne è privo.

Dimostreremo l'inadeguatezza di questo criterio, nel momento in cui viene impiegato a una domanda di beni ignota al cittadino, in ragione di una semplice constatazione: non richiedere un'utilità dai vantaggi sconosciuti non è sinonimo di inessenzialità della stessa. Tale criterio 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 fondata sul bisogno sociale. Pertanto, la nostra riflessione verterà sull'individuazione di un criterio alternativo di selezione delle prestazioni acquisibili al Servizio Universale, basato non più sul parametro quantitativo, bensì su valutazioni qualitative, affidate al decisore politico e porose verso le reali necessità di un cittadino protagonista nella Società dell'informazione. Si intenderà suggerire 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 ser-

¹ G. DE MINICO, Regulation, *banda larga e servizio universale. Immobilismo o innovazione?*, in *Pol. dir.*, 2009, 4, pp. 531 ss.

vizi di pubblica utilità – e la crescita competitiva del sistema Paese, grazie al risparmio di spesa per la digitalizzazione dell'amministrazione.

Proporremo pertanto, una diversa lettura della banda larga: risposta a istanze di informazione, di intrattenimento e di educazione del cittadino europeo, condizione di effettività per l'esercizio in forme nuove delle tradizionali libertà fondamentali, e, infine, veicolo indispensabile per la domiciliazione dei servizi a rete resi dall'amministrazione; insomma, il nuovo diritto sociale nato dall'avanzamento tecnologico, da riconoscere a tutti i cittadini, o, in una situazione di scarsità delle risorse, quantomeno a chi vive situazioni di emarginazione dalla partecipazione alla vita economica e politica a causa di disagi fisici o di residenza. Questa inedita prospettiva imporrà una riflessione sul ruolo dello Stato: saprà promuovere e sostenere il bisogno dei suoi cittadini di connessione veloce a Internet?

Abbiamo scelto due Paesi, il Regno Unito e la Francia², per verificare se la nostra proposta di criterio già rappresenti un orientamento per le politiche *in itinere* di altri Stati, e cioè se la decisione di investire nella banda larga sia una priorità dell'agenda macroeconomica di Paesi, che puntano sulla connessione veloce come moltiplicatore insostituibile del benessere collettivo. Constateremo che i nostri due Paesi campione hanno anticipato con lungimiranza un percorso ideologico, da ultimo apprezzato anche dalla Commissione Europea, sebbene con qualche esitazione di troppo e con atti di *soft*

² Giovanna De Minico e Fulvia Abbondante hanno svolto i loro studi alla *London School of Economics*, confrontandosi con colleghi di discipline giuridiche ed economiche (Hugh Collins, *Dean of the Department of Law*; Julia Black, per i temi della *Regulation*; Mark Thatcher, per i servizi pubblici; Mario Monti, per il servizio universale e Martin Cave, per le implicazioni sulla domanda di banda larga). 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 conto ampiamente nel prosieguo del lavoro. Molto utili, infine, sono stati lo scambio di opinioni con il *Chief* di Ofcom, Mr. Richard Philips, 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.*» e quello, ancora in corso, sulla revisione dell'*Undertaking 2005*.

Miriam Viggiano, invece, si è recata a Parigi, dove ha esaminato il caso francese, avvalendosi della documentazione fornitale dall'Arcep, presso cui si è recata per *meeting* programmati.

law, cioè con inviti successivi agli Stati membri a fare quanto la stessa Commissione avrebbe già potuto disporre in prima battuta.

Il secondo obiettivo della ricerca intende individuare, tra le opzioni regolatorie in atto o future, un modello funzionale all'erogazione diffusa ed economicamente accessibile dei servizi tramite banda. La ricerca dimostrerà che la banda larga – se promossa a nuova prestazione di servizio universale – necessiterà di una *policy* regolatoria, che sappia tenere insieme esigenze contrapposte: l'obbligatorietà della prestazione e l'applicazione delle regole del mercato. In altri termini, si tratterà di disegnare una regolazione impermeabile alla *lex mercatoria*, nei soli casi in cui quest'ultima ostacoli l'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.

In coerenza con la legalità comunitaria, i due Stati hanno inventato schemi regolatori compatibili tanto con l'iniziativa economica, in presenza dell'intervento privato, quanto con l'aiuto pubblico, in assenza di mercato.

Il terzo obiettivo della ricerca sarà dedicato all'esame delle politiche regolatorie adottate in Italia e della loro compatibilità con la disciplina comunitaria degli aiuti di Stato. L'analisi della prassi rivelerà l'esistenza di una molteplicità di modelli nazionali e locali: in alcuni casi, la scelta si è concentrata su una politica regolatoria basata sul finanziamento pubblico straordinario, sussidiario, e relegato alle cc.dd. zone bianche. In altri, le diverse autonomie territoriali hanno riprodotto l'esperienza già maturata oltre confine; né sono mancati anche esempi di interventi inediti e *ad hoc*. Si anticipa sin d'ora che tali misure di sostegno non hanno prodotto il risultato atteso: la connettività universale nel rispetto delle regole concorrenziali. Nel corso del lavoro se ne esamineranno le ragioni, fondamentalmente riconducibili all'assenza di una *policy* regolatoria coordinata fra centro e periferia, in grado sia di evitare il rischio di *digital divide* fra regioni virtuose e non, sia di impedire l'incostituzionale bipartizione tra cittadini con diritto alla connessione e cittadini sprovvisti, realizzandosi così un' "attuazione rovesciata" dell'art. 3, co. 2, Cost.

Il quarto obiettivo della ricerca tenderà a dimostrare il nesso che corre tra la domanda di connessione veloce e il diritto dei cittadini di

ricevere a domicilio servizi amministrativi, dei quali sarebbero altrimenti privati al di fuori di un contesto di digitalizzazione, date le loro particolari condizioni fisiche, sociali o territoriali.

Si tratta di servizi, si pensi alla tele-educazione, dalla qualità variabile principalmente in ragione della larghezza di banda disponibile, dipendendo dunque da quest'ultima il tipo di servizio e di prestazione concretamente erogabile. Ci chiederemo se rientri nei compiti del decisore politico individuare la soglia minima di questa variabile, intesa come livello non derogabile in basso, tale da garantire a ciascun cittadino, indipendentemente da dove viva, la prestazione essenziale resa dall'amministrazione, considerato che il potere pubblico – a differenza di quello privato – non può scegliersi il cliente, avendo l'obbligo di 'servire' indifferentemente tutti gli amministrati, come il principio di uguaglianza formale impone.

L'ultimo punto dell'indagine interesserà il tipo di regolamentazione riferibile ai servizi di pubblica utilità. L'assenza di una disciplina specifica e, dall'altro canto, l'inadeguatezza di quella esistente per le omologhe fattispecie non telematizzate, pongono con urgenza la questione di come disegnare la futura regolazione, che si dovrà misurare con problemi di non facile soluzione, quali: l'identificazione a distanza dell'utente, la domanda di sicurezza e di qualità del segnale – presupposto nella telemedicina dell'attendibilità della prestazione del professionista –, la tutela della riservatezza dei dati sensibili e l'interoperabilità delle rispettive banche dati delle amministrazioni digitalizzate. Il nostro obiettivo non è tracciare un modello di *regulation*, ma affermare la necessità di una disciplina dei servizi per grandi linee unitaria, imposta dalla convergenza delle piattaforme trasmissive, che non può più accontentarsi della sola omogeneità delle regole sui mezzi, guardando a quella sui contenuti come obiettivo ultimo, secondo un percorso di parziale armonizzazione già avviato in sede europea per i servizi audiovisivi.

Il filo rosso che lega questi quattro passi del nostro *iter* è la convinzione che neanche un diverso riparto del lavoro tra Stato e privati possa sottrarre al primo il compito irrinunciabile di pareggiare le asimmetrie iniziali tra inclusi ed esclusi, ostacolo alla realizzazione effettiva dell'uguaglianza sostanziale, riequilibrando risorse e spostando flussi finanziari da chi ha a chi non ha. Si teme allora che l'assenza di una regia politica unitaria, che implicitamente rinvia a una

delega in bianco agli operatori di comunicazione, produca l'effetto opposto a quello sperato: una tecnica egoisticamente ripiegata su interessi individuali. Essa, infatti, gioverà a chi è già avanti nella gara, consentendogli, per l'assenza di efficaci regole pro-competitive, di trasferire sulle reti di nuova generazione la sua posizione di dominanza pregressa; e, parimenti, non sarà in grado di allineare i cittadini, e ai meno fortunati per nascita o per ubicazione geografica non rimarrà che osservare chi riceverà i nuovi servizi a domicilio ed eserciterà nelle forme virtuali le antiche libertà fondamentali. Conseguenza questa, inevitabile di una crescita tecnologica non eterodiretta alla coesione sociale e al riequilibrio finanziario, incapace *ex se* di asciugare le distanze, perché naturalmente incline a dilatarle verso una nuova asimmetria: la disuguaglianza digitale.

CAPITOLO PRIMO

TECNICA E DIRITTI SOCIALI NELLA *REGULATION* DELLA BANDA LARGA*

GIOVANNA DE MINICO

SOMMARIO: 1. Premesse della ricerca. – 2. La banda larga: la tecnica e il diritto. – 3. Attualità o obsolescenza del catalogo delle prestazioni di servizio universale? – 4. Il diritto alla banda larga come nuovo diritto sociale? – 5. Quale regolazione per la banda larga? – 6. Nuova *regulation* per le nuove reti? – 7. Regno Unito e Italia: un confronto insostenibile. – 8. I nodi problematici dei modelli di governo della banda larga (8.1. Il modello pubblico. – 8.2. Il modello privato). – 9. Conclusioni.

1. *Premesse della ricerca*

Il tema del presente lavoro è stato indagato quasi esclusivamente dal sapere scientifico, sia tecnico che economico, il quale si è limitato rispettivamente a suggerire le diverse architetture di rete su cui correrà la banda larga, nonché a esaminare i fattori che ne compongono la domanda di accesso. Quindi, l'argomento non è stato oggetto di una riflessione giuridica compiuta; a tale obiettivo guarda il mio contributo secondo tre prospettive prioritarie: il criterio selettivo delle prestazioni acquisibili al servizio universale; le regole tecnicamente

* Questo saggio, in parte pubblicato in *Pol. dir.*, n. 4 del 2009, si presenta in una versione aggiornata e ulteriormente approfondita, in particolare nelle riflessioni relative alla banda larga come nuovo diritto sociale. Ho avuto modo di confrontarmi sugli argomenti trattati con i colleghi della *London School of Economics*, in particolare con il *Dean* del *Department of Law*, prof. HUGH COLLINS, nonché con JULIA BLACK, MARK THATCHER e MARIO MONTI. Un doveroso ringraziamento va inoltre ai dottori: DAVE CLARKSONE e VALERIA BAIAMONTE dell'O.F.COM.; al direttore Samuel Sharps del *Department Culture, Media and Sport and Department for Business, Innovation and Skills* del Governo Britannico; e, infine, all'economista MARTIN CAVE per i generosi suggerimenti.

adeguate alla banda e politicamente compatibili con la sua vocazione sociale, e il modello di governo delle nuovi reti.

Le tre *issues*, apparentemente distanti, saranno decise in base a parametri in tutti i casi di natura politica. Nel corso del lavoro dimostrerò questa affermazione e mi soffermerò sulle sue conseguenze.

2. *La banda larga: la tecnica e il diritto*

Farò precedere la riflessione giuridica da brevi cenni tecnici sulla banda larga. Questa permette all'utente di navigare in internet su rete fissa o mobile a una velocità variabile secondo l'ampiezza di banda. Con l'aumentare di quest'ultima si moltiplicano le utilità per l'utente, il quale potrà esercitare le vecchie libertà fondamentali nelle inedite forme degli spazi virtuali o accedere a servizi pubblici in rete. Così il computer consente gli incontri immateriali nelle piazze dei *social networks* (*Facebook*), le discussioni tra persone fisicamente distanti e la ricezione del segnale audiovisivo tramite protocollo IP. Il dialogo con l'amministrazione inizia a essere un discorso tra soggetti equiordinati, perché i tempi della procedura non sono più un costo per l'utente, che da casa potrà scaricare certificati anagrafici, conciliare e pagare multe automobilistiche, seguire le lezioni *on line* o prenotare visite mediche.

Da quanto detto risulta che la banda non è di per sé in grado di soddisfare bisogni individuali o collettivi, perché connettersi a internet è come viaggiare su un'autostrada immaginaria, l'utilità dipenderà da cosa e da chi si incontrerà durante il percorso. E nel nostro caso i beni finali sono l'intrattenimento, l'informazione, l'educazione e l'accesso alla amministrazione. Non diversamente da quanto accadeva, a partire dall'Ottocento, quando le reti ferroviarie, elettriche o idriche provvedevano alle necessità materiali delle persone di mobilità fisica, di illuminazione, di accesso all'acqua. Con l'evolversi dei tempi i bisogni mutano nell'oggetto, volgendosi alla possibilità istantanea dell'incontro virtuale a prescindere dalla materialità degli spazi, ma conservano l'attributo dell'indefettibilità. Anzi diventano urgenze indilazionabili quando a inviare messaggi di posta elettronica o a prenotare visite mediche *on line* sia l'anziano, il disabile o chi vive in zone remote del paese. Categorie sociali, queste, la cui diversità impedisce l'accesso ai servizi pubblici in modalità tradizio-

nali, mentre la banda larga, portando i servizi a domicilio, rimuove almeno in linea di principio la barriera fisica e rende tutti realmente uguali nel momento in cui crea condizioni di effettività per l'esercizio di tali diritti¹. Nella società dell'informazione la banda larga assolve al medesimo compito che la Costituzione all'indomani del fascismo aveva affidato ai diritti sociali: «realizzare davvero qualcosa da poter chiamare democrazia, e che poteva ottenersi soltanto se si assicurava l'esistenza di certe condizioni sociali, più favorevoli di quelle 'naturalmente' prodotte dal mercato»².

La banda larga diventa così lo strumento 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. Questa era un tempo parametro di effettività dei servizi pubblici tradizionali dell'amministrazione – nel senso che ricco e povero erano uguali nel ricevere le cure mediche – ora è anche misura dell'imparzialità amministrativa nell'erogare prestazioni immateriali. Il collegamento tra la banda larga e l'art. 97 Cost. nasce dalla constatazione che mentre l'imprenditore privato si può scegliere il cliente al quale vendere un bene, l'amministrazione «è tenuta a 'servire' tutti gli amministrati»³. Da qui la conseguenza che se l'amministrazione convertisse un documento in un *file* elettronico, dovrebbe altresì consentire a ogni cittadino di scaricare quel *file*, perché è esso la "prestazione". Allo stesso modo, se non tutti i cittadini potessero accedere ai servizi dell'e-medicina per difetto di banda larga, avremmo un'amministrazione se-

¹ P. TIMMERS, *EU-e-inclusion policy in context*, in *Info*, vol. 19, no.6/6, 2008, in part. a p. 17: «It is also increasingly recognized that the capability to address the complex needs of the excluded groups will constitute a competitive advantage in a word that is 'flat', i.e. where solutions that are designed for the 'average user' can only compete on price. A much more sustainable competitive advantage would be in intelligent, highly-personalised and highly localized solutions such as the ones needed for most groups at risk of exclusion».

² M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Dem. dir.*, 1, 1995, a p. 558.

³ P. COSTANZO - R. ZACCARIA (a cura di), *I "tre codici" della Società dell'Informazione*, Torino, 2007, a p. 5. Per un'analisi puntuale delle prime esperienze di digitalizzazione (carta di identità, carte dei servizi, provvedimento elettronico ed altro), si vedano i contributi di: Trucco, Lombardi, Cappello, Pietrangelo, Frediani, Grazi e Sagri, nella medesima Parte I curata da P. Costanzo.

lettiva verso i suoi clienti e, quindi, inottemperante al dovere di imparzialità (art. 97). E ancora, se il mancato accesso all'e-medicina comportasse un peggioramento quali-quantitativo del servizio, ad esempio per la minore tempestività dell'intervento, sorgerebbe il dubbio di una violazione anche degli artt. 3 e 32 della Costituzione.

In un contesto nazionale la banda larga può essere lo strumento tecnico che pareggia le iniziali asimmetrie sociali e rende effettivo il dovere di imparzialità dell'amministrazione. In una dimensione sovranazionale la stessa concorre all'equiordinazione sociale e al riequilibrio territoriale in linea con le preoccupazioni europee, che non a caso vincolano, almeno in punto di principio, la promozione delle reti di telecomunicazione a una precisa missione sociale: l'armonico sviluppo dell'insieme delle Comunità (art. 158, par. 1, TUE).

3. *Attualità o obsolescenza delle prestazioni di servizio universale?*

La coesione sociale e l'equilibrio territoriale – l'anima nobile dell'Europa antagonista alla logica del mercato – sono ragioni sufficienti a giustificare la sottrazione di un'attività economica alla legge competitiva. Infatti, quando il decisore politico considera un'utilità indispensabile allo sviluppo inclusivo dei consociati, la isola dalla dinamica concorrenziale e predispone mezzi e uomini perché quella prestazione sia assicurata al cittadino ovunque sia e a un prezzo a lui accessibile⁴. Io però preferisco definire il servizio universale come "l'insopprimibile

⁴ Esula dal mio studio la questione relativa al tipo di pretesa soggettiva vantata dall'utente nei confronti del fornitore del servizio (cfr.: D. SORACE, *Gli 'interessi di servizio pubblico' tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro amm.*, 1988, V, pp. 212 ss.; da ultimo, G.F. CARTEI - S. FARO, *Consumatore e utente*, in M. CHITI - G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, tomo II, Milano, 2007, pp. 919 ss.); parimenti estranea alla mia riflessione è la sua azionabilità in sede giudiziaria o paracontenziosa (M. OROFINO, *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello*, Milano, 2008, p. 351). Mi preme invece chiarire 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 istituzionalizza la protezione, piena a titolo intervenuto – è tratto comune a ogni diritto sociale in quanto pretesa a che lo Stato si attivi. Ciò non significa che durante l'omissione statutale il diritto sociale sia declassato ad aspettativa di mero fatto, esso conserva invece il suo affioramento giuridico diretto, sia come parametro interpretativo delle norme primarie, se contenuto in una disposizione programmatica della Costituzione, sia come impegno politico *pro futuro*.

pubblico a processo di liberalizzazione avviato”, un *quid* di imperativo intangibile dal libero gioco della domanda e dell’offerta. Insomma, una presenza pubblica disponibile in prima persona (o tramite delegato privato) a prestare beni o servizi indispensabili ai cittadini, che si muove su un terreno impermeabile alla *lex mercatoria* nella misura in cui le regole della concorrenza le impedirebbero l’adempimento della specifica missione sociale cui quella presenza tende. Altri preferiscono definire il servizio universale dal lato dell’impresa incaricata: la quale, se non fosse tenuta agli obblighi di servizio universale, non intratterrebbe rapporti con categorie sociali non redditizie perché la finalità lucrativa sconsiglia le situazioni di fallimento di mercato per incapacità a remunerare l’attività economica prestata.

Il fatto però che la banda larga possa essere sorretta dalle stesse ragioni che giustificano l’isolamento di talune prestazioni dalla logica imprenditoriale non implica la sua automatica inclusione nel catalogo delle prestazioni imperative, di cui alla Direttiva 2009/136⁵. Infatti, è la stessa Direttiva che vincola la Commissione a un preciso criterio di aggiornamento della lista al fine di separare ciò che è dovuto al cittadino come prestazione imperativa da ciò che non lo è, una rilettura, questa, imposta dall’evolversi dei bisogni e delle innovazioni tecnologiche.

Il parametro in oggetto è la diffusività della domanda, per cui una prestazione è meritevole di inclusione nell’elenco, se già diffusa tra la maggioranza dei cittadini europei al punto che la minoranza, privata della medesima, sarebbe esposta al rischio dell’esclusione sociale.

Riteniamo questo criterio non esente da critiche, perché funziona da parametro valutativo chiuso in se stesso, incapace di proiezioni future, di sviluppi inediti. È facile la constatazione che un bene, non sufficientemente diffuso *in rerum natura*, non può essere richiesto dal consumatore, che ignorandone i vantaggi non domanda ciò che non conosce. Il criterio, quindi, andrebbe sostituito con quello

⁵ 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, in *GUCE* 18 dicembre 2009, n. L. 337/11, d’ora in poi citata come Direttiva Servizio Universale. Essa non riscrive il catalogo delle prestazioni incluse nel servizio universale di cui alla precedente direttiva 2002/22, né la relativa disciplina, intesa e come metodo di individuazione dell’impresa designata e come modalità di svolgimento del servizio; la novità consiste quasi esclusivamente nella tutela rafforzata riservata alla prestazione universale di talune categorie di utenti deboli.

finalistico, già sperimentato dalla *Federal Communications Commission*⁶, concentrato sul bisogno ultimo soddisfatto dalla prestazione, piuttosto che sulla sua diffusività. Ne conseguirebbe che nel caso si trattasse di un bisogno essenziale, anche se in una lettura prospettica, la prestazione corrispondente all'esigenza *in itinere* andrebbe assicurata a tutti, a prescindere dall'ubicazione e dalla capacità di spesa del cittadino richiedente.

Questo criterio, a differenza di quello quantitativo del grado di condivisione sociale del servizio, si presta a una valutazione di tipo politico, la sola in grado di separare secondo opportunità ciò che è considerato indispensabile all'inclusione politica e sociale dei cittadini da ciò che non lo è. La natura del criterio lo attrae alla competenza del decisore politico, che non a caso concentra nelle sue mani l'intero arco di vita del servizio universale, dalla nascita all'estinzione. La premessa di tutto è il ragionamento sulle necessità del cittadino. E sarebbe alquanto singolare che solo questo punto venisse declassato a un mero accertamento matematico di quanta parte della popolazione usufruisce della prestazione⁷, mentre le ulteriori fasi della procedura sono dettate da considerazioni di convenienza politica⁸. Si pensi al giudizio sull'incapacità del mercato a soddisfare una data domanda di beni o ancora alla valutazione della necessità di intervenire con un'impresa pubblica per compensare il fallimento del mercato o, infine, alla scelta della modalità di finanziamento del servizio pubblico. Se questi tre momenti, consequenziali alla premessa, sono rimessi a una scelta politica, a maggior ragione dovrebbe esserlo il passaggio preliminare.

⁶ Il *Telecommunication act* del 1996 ha vincolato la valutazione della F.C.C. nel determinare il contenuto del Servizio Universale a parametri alternativi, cioè non necessariamente concorrenti, e, tra questi, figurano appunto l'essenzialità della prestazione (raffrontata all'esigenze di educazione pubblica, sicurezza e salute) e la sua diffusività tra la maggioranza dei cittadini.

⁷ M. LIBERTINI, *Che cosa resta del servizio universale nelle comunicazioni elettroniche?*, in G. MORBIDELLI - F. DONATI (a cura di), *La nuova disciplina delle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2009, in part. a p. 121, critico, tra le altre cose, sulla conservazione da parte della Commissione del criterio quantitativo-matematico incapace di sviluppi sociali futuri.

⁸ Sulla politicità dell'intero *iter* istitutivo del servizio universale si vedano: M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1, 1998, a p. 193; da ultimo, G. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, 2002, a p. 277. Nella dottrina anglosassone: T. PROSSER, *The limits of competition law*, Oxford, 2005, pp. 39-65; M. FEINTUCK, *'The public interest' in regulation*, Oxford, 2004, pp. 70 ss.

Inoltre, solo una valutazione dinamica del bisogno, e in particolare della sua indefettibilità, consente di mantenere sempre attuale il dato normativo. Costruire un elenco statico di prestazioni, perché misurate sui bisogni già stabilizzatisi nelle tendenze del consumatore, condurrebbe fatalmente a una regola giuridica superata al momento della sua nascita.

Ma la Commissione ha sostenuto l'immodificabilità del criterio. Infatti, nell'*iter* di revisione del pacchetto di direttive essa lo ha riconfermato come parametro del riesame periodico delle prestazioni imperative, e nella relazione alla proposta di direttiva sul servizio universale⁹ ha negato drasticamente che la revisione potesse essere l'occasione per modificare "l'attuale nozione di servizio universale", rinviandone il riesame in sede di consultazione pubblica. Quest'ultima¹⁰, condotta in base al criterio quantitativo della diffusività della domanda, si è ovviamente conclusa con l'esclusione della banda dall'elenco.

4. *Il diritto alla banda larga come nuovo diritto sociale?*

Al metodo comunitario noi preferiamo un criterio finalistico, il quale avrà il pregio non solo di includere la banda larga tra le prestazioni obbligatorie del servizio universale, perché bene-mezzo indispensabile alla soddisfazione dei bisogni essenziali della persona (quelli della conoscenza, della comunicazione, della partecipazione politica, dell'accesso ai servizi pubblici), ma, altresì, di acquisirla al catalogo aperto dei diritti sociali, perché la connettività veloce consente agli esclusi dal dialogo economico-politico di offrire il proprio

⁹ Cfr. COMMISSIONE EUROPA, *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, 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*, COM(2007) 698 Def., in <http://eur-lex.europa.eu>.

¹⁰ Cfr. COMMISSIONE EUROPA, *Comunicazione 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*, COM (2008) 572 Def., in <http://eur-lex.europa.eu>, a p. 8, dove la stessa conduce a fatica il suo ragionamento perché, pur ammettendo una rapida crescita delle connessioni veloci a internet, ne esclude la loro acquisizione al servizio universale per difetto di diffusività, ma nello stesso documento riconosce che la banda larga «si avvicina alquanto rapidamente a tale traguardo».

contribuito alla crescita collettiva, annullando in un istante diversità geografiche, fisiche o di età, cause di “diversità” dalla gente comune.

Questo diritto può esibire come titolo legittimante le disposizioni della Carta dei diritti, ora recepita dal Trattato di Lisbona, che riconoscono agli anziani (art. 25) il diritto a «condurre una vita [...] indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale»; (art. 26) alle persone con diversa abilità il diritto a beneficiare di «misure intese a garantire l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità»; e infine, a chi vive in territori remoti il diritto «alla coesione sociale» (art. 36). Il diritto in oggetto riallinea i diversi punti di partenza delle persone, imponendo al soggetto pubblico, sovranazionale e statale, di regolare con norme asimmetriche *in bonam partem* la connettività veloce a internet, che diventa solo per i soggetti meno fortunati pretesa di una prestazione abbordabile, se non gratuita, che, in mancanza di tale obbligo, nessun operatore renderebbe perché diseconomica.

Vediamone le conseguenze sugli ordinamenti comunitario e statale.

Per il primo si porrà un problema di adeguatezza del criterio impiegato per selezionare le prestazioni obbligatorie del servizio universale (di cui alla Direttiva 2002/19 e alla sua novella del 2009); tale parametro, infatti, si presta a facili rilievi di illegittimità comunitaria, considerato il suo esito diametralmente opposto all'acquisizione della banda al catalogo dei diritti sociali, conclusione cui si perviene in forza del ragionamento sulle disposizioni del Trattato. E siccome la qualificazione pattizia rende incompatibile una diversa ricostruzione a opera di fonti comunitarie secondarie, quanto previsto dalla Direttiva in esame risulterebbe illegittimo, lasciando invece impregiudicata la questione relativa al tipo di regolazione da riservare alla banda, una volta acquisita alla prestazione universale.

Dalla impostazione qui suggerita deriverebbe ancora una conseguenza sempre in termini di diritto dell'Unione: il significato del nuovo *Considerandum* 5 introdotto dalla Direttiva servizi 2009.

Questo *Considerandum*¹¹, nel promuovere la banda larga a prestazione facoltativa del servizio, lascia agli Stati la decisione di inte-

¹¹ Il *Considerandum* 5, introdotto dal Parlamento Europeo con la Risoluzione legislativa del 6 maggio 2009, risulta nella sua versione definitiva formulato come segue: «I collegamenti dati alla rete pubblica di comunicazione in posizione fissa dovrebbero

grare o no l'elenco secondo valutazioni socio-economiche relative al proprio territorio; e, in caso di esito positivo di queste ultime, la banda, in quanto prestazione facoltativa, sarà finanziabile solo dalla fiscalità generale. A ciò si aggiunga che tale previsione è collocata in un *Considerandum*, il quale ha valore di indicazione politica *pro futuro*, e non di prescrizione giuridicamente vincolante nell'immediato¹². Si tratta allora di un discorso in divenire, che al momento come cittadini europei non ci rassicura, perché l'impegno sarà suscettibile di esiti diversi: precisamente, negli Stati che avranno onorato il *commitment*, il nuovo diritto sociale sarà a disposizione di chiunque lo richieda a un prezzo ragionevole; in quelli che lo avranno disatteso, nessun nuovo diritto spetterà al cittadino, anche se questi è *civis* europeo non meno del primo.

Ridurre il diritto in esame a impegno politico discrimina il popolo europeo in ragione delle rispettive nazionalità; il *Considerandum* 5 disegna infatti una pretesa a fruizione territorialmente differenziata, che non solo asciuga illegittimamente le libertà fondamentali di quei cittadini, che, in difetto di banda, non potranno ricevere i servizi audiovisivi in alta definizione, ma nega agli stessi anche il diritto d'impresa, confinato per ragioni di calcolo economico nei soli

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 fornitore 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» (corsivo nostro per sottolineare la facoltatività della prestazione dell'accesso veloce).

¹² Questa è anche la posizione della nuova commissaria della *Information Society and Media Directorate-General*, N. KROES, *Future Internet - the way forward*, discorso reso in occasione del Convegno organizzato dal Presidente spagnolo: «The European Framework Programmes: From Economic Recovery to Sustainability», Valencia, 14th April 2010. Così come nella recentissima *public consultation* su «Universal service principles E-Communications» indetta dalla Commissione, tenuta il 30 marzo 2010 in sede, nel cui questionario figurava, tra le altre, la domanda «If Universal service obligations should prove necessary to achieve the policy objective of broadband for all, at what level should such obligations be defined, taking into account the different levels of market development across the current Union of 27 Member States?», in http://ec.europa.eu/information_society/policy; per le risposte dei consultati, tra cui anche quella di chi scrive, si veda il sito web: http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecommlibrary/public_consult/universal_service_2010/comments/index_en.htm.

territori coperti dalla banda. In sintesi, l'assenza di quest'ultima diventa fattore ostativo all'iniziativa economica in quel dato mercato, barriera tecnologica al libero dispiegarsi delle forze della domanda e dell'offerta, dunque impedimento di fatto al mercato unico. In conclusione, se il *commitment* può far bene sperare i cittadini degli Stati virtuosi, lascia invece preoccupati quelli degli Stati indolenti; queste riflessioni ci inducono a non valutare il *Considerandum* un punto di arrivo, ma premessa di un negoziato con la Commissione, che sarà soddisfacente solo quando la banda sarà acquisita al catalogo obbligatorio, e, in tal modo, sottratta alla disponibilità delle maggioranze politiche degli Stati membri.

Quanto all'ordinamento interno, riconoscere la banda larga come nuova pretesa sociale consentirebbe di superare la situazione di debolezza giuridica, in cui i diritti sociali sono stati confinati da una timida lettura della nostra Corte Costituzionale, che li ha ammessi condizionandoli alle disponibilità finanziarie statali¹³, seppure con il contro-limite dell'intangibilità del loro nocciolo duro¹⁴. Il fatto che la Corte abbia imposto alla discrezionalità del legislatore un contenuto minimo insuperabile non ha però funzionato da argine al loro

¹³ Abbondantissima la giurisprudenza in proposito, si ricordano, a titolo esemplificativo, solo quelle storiche (n. 137/87, sui diritti connessi al rapporto lavorativo; n. 455/90 sul diritto alla salute; n. 211/97 in materia di diritti previdenziali), nonché, da ultimo, le nn. 193/07 e 141/10. Ripercorre il ragionamento della Corte, che esclude che i diritti sociali comportino un rinvio in bianco al potere decisionale del legislatore, quanto piuttosto l'obbligo di quest'ultimo di graduare l'attuazione dei diritti «in riferimento al quadro generale degli interessi primari costituzionali che è chiamato a soddisfare e alle esigenze globali del bilancio dello Stato»: A. BALDASSARE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, vol. XI, Roma, 1988, a p. 31.

¹⁴ In dottrina, ampiamente e con riferimenti alla giurisprudenza, in particolare alla Corte cost., sent. n. 240 del 1994, A. PACE, *Libertà e diritti di libertà*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, a p. 31, in cui l'Autore chiarisce che «i diritti sociali sono diritti a prestazioni positive da parte dello Stato (cd. diritti all'eguaglianza), per i quali – come per il Tribunale costituzionale federale tedesco così per la nostra Corte costituzionale –, vale la “riserva del possibile”, nel senso cioè che l'erogazione delle prestazioni a carico dello Stato deve tener conto delle disponibilità del bilancio statale, ancorché col limite della salvaguardia del minimo essenziale alle esigenze di vita». Da una diversa prospettiva M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotto di Celso*, vol. II, cit., a p. 126, critica il bilanciamento tra entità ineguali compiuto dalla Corte, in ragione della lucida constatazione che quando il giudice delle leggi confronta le esigenze economiche finanziarie con gli imperativi sociali da attuare confonde il fine del soddisfacimento dei diritti sociali della persona con il mezzo dell'efficienza economica, che in quanto strumentale al primo non dovrebbe mai prevalere, bensì porsi al suo servizio.

azzeramento, perché la Corte non ha saputo ancorare questo *ubi consistam* a parametri obiettivi, di sicura acquisizione, come tali, non dilatabili o restringibili alle occorrenze del bilancio. Già diversa appare la situazione emergente da una recentissima pronuncia del Tribunale costituzionale tedesco¹⁵, che, va oltre la tesi della “riserva del possibile”, dal medesimo organo inaugurata, a favore di limiti oggettivi, ragionevoli, affidabili, di sicuro radicamento costituzionale, che vincolerebbero le scelte future del legislatore all’effettività dei bisogni sottesi ai diritti sociali. Per cui è la reale consistenza del bisogno a dettare la misura di attuazione del diritto e non le disponibilità finanziarie, che dovranno invece modularsi in ragione del primo. Ne consegue che la legge tedesca in ragione del suo contenuto costituzionalmente vincolato dovrà essere in via eccezionale motivata, cosa che però la sentenza non dice espressamente, e dovrà seguire una procedura trasparente e adeguata¹⁶ al fine di consentire questo penetrante scrutinio della plausibilità del risultato in ragione del limite del bisogno¹⁷; insomma, una sorta di trasposizione del *due process* dal

¹⁵ BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, no. 5/2009 del 9 febbraio 2010, in tema di sussidi di disoccupazione, in cui il Tribunale costituzionale ha contestato al legislatore il metodo impiegato per il calcolo del minimo vitale, non dunque l’attendibilità del suo risultato, ma la scelta in sé del parametro valutativo dei bisogni primari. In specie, si trattava dei bisogni di mantenimento della prole, che non possono in base a un criterio astratto e statistico essere calcolati pari a quelli di un uomo adulto meno il 40%, perché un minore ha esigenze educative e di istruzione che hanno un costo, e che il criterio statistico trascura. Da qui il suggerimento del Tribunale al legislatore futuro di un criterio inedito cui attenersi: l’effettività dei bisogni mediamente avvertiti dalla categoria in esame, da calcolarsi in base a una procedura trasparente e appropriata alla consistenza effettiva dei medesimi, cioè in linea con la realtà: «In order to lend the claim concrete shape, the legislature has to assess all expenditures that is necessary for one’s existence consistently in a transparent and appropriate procedure according to the actual need, i.e. in line with reality».

¹⁶ La protezione dei diritti della persona possiede, accanto a una dimensione sostanziale, intesa come minimo vitale insopprimibile, una procedimentale. Ne consegue che tanto più i processi decisionali dello Stato saranno importanti per il singolo, quanto più andrà garantita una procedura informata, trasparente e aperta alla partecipazione della persona in modo che la decisione possa tener conto dei suoi reali bisogni; in questi termini si esprime F. HUFEN, *Staatsrecht*, vol. II, II ed., München, 2009, 158, l’Autore richiede il canone del *due process* per la legislazione sui diritti sociali in quanto funzionali al pieno sviluppo della dignità della persona. Analogamente: P. HÄBERLE, *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, in J. ISENSEE - P. KIRCHHOF (hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. II, III ed., Heidelberg, 2004, pp. 355 ss.

¹⁷ BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, no. 5/2009, cit., nella versione inglese: «In order to ensure a traceability of the extent of the statutory assistance benefits that is com-

terreno giudiziale al processo legislativo in funzione attuativa dei diritti sociali.

In attesa che anche la nostra Corte segua la strada di quella tedesca, la via comunitaria si propone al momento come l'unica percorribile per sottrarre i diritti sociali a un riconoscimento meramente formale. Promosse, dall'ordinamento dell'Unione, le pretese prestazionali a diritti, gli Stati non potranno più invocare l'incapienza dei bilanci interni per sottrarsi alla loro attuazione, salvo incorrere nelle conseguenti responsabilità per violazione degli obblighi comunitari.

Peraltro, la previsione in sede pattizia europea dei diritti sociali è altresì apprezzabile perché si pone su di una linea di continuità ideale con il mandato dei nostri costituenti, che, nel consegnare i diritti sociali alle disposizioni programmatiche, non intendevano negare loro l'attributo della giuridicità¹⁸, ma piuttosto affidare alla discrezionalità del decisore politico futuro, nazionale o sovranazionale, modalità, tempi e misura della loro esigibilità. Il riconoscimento sovranazionale è un primo passo verso la coercibilità dei diritti sociali, che, usciti dal limbo delle situazioni soggettive imperfette, perché prive di sanzione, si impongono con una veste inedita all'autorità pubblica, tenuta ad attivarsi perché stavolta la sua inerzia non sarà priva di conseguenza giuridiche. È fuori discussione l'insostituibilità della sentenza della Corte di Giustizia all'omissione del legislatore interno, ma è anche indubitabile il suo agire da deterrente psicologico all'inadempimento di un obbligo comunitario. Si vuole dire, cioè, che se una pronuncia di condanna non supplisce alla norma interna mancante, è pur vero che la stessa possa essere un efficace coercitivo all'inadempimento del legislatore indolente, avviando un iter il cui esito finale potrà procurare al cittadino europeo il bene ultimo cui aspira.

mensurate with the significance of the fundamental right and to ensure the review of the benefits by the courts, the assessment of the benefits must be viably justifiable on the basis of reliable figures and plausible methods of calculation».

¹⁸ Si legga l'intervento dell'on. L. BASSO, *Assemblea Costituente*, Seduta pomeridiana di giovedì 6 marzo 1947, pp. 1823 ss.; di avviso contrario, P. CALAMANDREI, *Assemblea Costituente*, Seduta pomeridiana di martedì 4 marzo 1947, pp. 1745-1746, che, negando la giuridicità alle norme programmatiche, ne propose la collocazione in un preambolo; in tal modo non avrebbero concorso a integrare il parametro di costituzionalità nel sindacato sugli atti normativi primari, come la Corte chiarì nella pronuncia n. 1/56, in cui però ne sottolineò una giuridicità atipica rispetto alle prescrittive ai fini, ad esempio, del prodursi dell'effetto abrogativo, precluso alle prime.

Chiarita la dimensione di libertà positiva del nostro nuovo diritto, chiediamoci se lo stesso non presenti tratti comuni anche con le libertà negative, considerato il suo essere strumentale all'esercizio delle libertà fondamentali di pensiero e di comunicazione, ai diritti politici, nonché a quello di accesso ai servizi dell'amministrazione, patrimonio questo, indispensabile al compimento della persona, che grazie a internet vede moltiplicati i luoghi della sua realizzazione individuale e sociale.

Allora l'indispensabilità del mezzo (banda larga) rispetto al fine (libertà fondamentali) non esclude, anzi impone, che si comunichi anche al primo il regime giuridico dei beni obiettivo, diversamente la libertà di parola sarebbe formalmente rispettata dallo Stato, che non la vieterebbe direttamente, pur conseguendo ugualmente il risultato di negarla attraverso l'indisponibilità del mezzo tecnico per il suo esercizio. Già la nostra Corte costituzionale aveva affermato la necessità di una tutela parallela tra la libertà di manifestazione del pensiero e il diritto di accesso al mezzo radiotelevisivo, sebbene subordinandolo al limite del "tecnicamente possibile". Una recente pronuncia del *Conseil constitutionnel*¹⁹ ripropone nella realtà del mondo virtuale il rapporto di strumentalità inscindibile tra mezzo e fine per affermare che «12. Considérant qu'aux termes de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789: "La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme: tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi"; qu'en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services». Questo ragionamento è stato preceduto da un interessante dibattito nelle sedi europee, che però non è riuscito ad andare oltre

¹⁹ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Décision n. 2009-580 DC*, sur projet de loi «favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet», del 10 giugno 2009, in *AJDA*, 2009, 1132 (con osservazioni di S. Brondel), in part. si leggano i *Cons.a* n. 11-16. In proposito, cfr. il commento di L. MARINO, *Le droit d'accès à internet, nouveau droit fondamental*, in *R. Dalloz*, 2009, p. 2045: «l'accès à internet devient ainsi, en lui-même, un droit-liberté, en empruntant par capillarité la nature de son tuteur, la liberté d'expression».

l'indicazione di linee direttive per *policies* future, suggerite in atti di *soft law* comunitario²⁰. Ne consegue che gli attributi propri della libertà negativa sono anche i tratti minimi della tutela accordata al diritto alla banda, una volta che lo stesso sia venuto a esistenza grazie all'adempimento da parte dello Stato del suo debito prestazionale verso i cittadini. Con ciò non si vuole dire che la situazione soggettiva in esame sia un diritto accessorio agli artt. 21 o 15 della Cost., la sua strumentalità è solo genetica, una volta nato, meriterà il trattamento giuridico più adeguato alla sua natura. Quindi, un regime in parte condiviso con le libertà fondamentali, per quanto concerne la doppia garanzia della riserva di legge e di giurisdizione, ma in parte ancora da disegnare con norme inedite, flessibili, modulabili all'occorrenza, obiettivamente ragionevoli, cioè porose alle specifiche tecniche della rete. E, solo per fare un esempio, si pensi alla questione del se e come regolare la responsabilità dell'internet *provider* per i contenuti illeciti dei servizi da lui prestati agli utenti, questione che, a prescindere da come si definirà, non è comunque assimilabile al controllo imposto al direttore responsabile di testata, data la diversità delle situazioni di fatto in cui i due soggetti si trovano concretamente a operare.

Il comune denominatore con il 21 e il 15 risiede nella pretesa, ancora una volta azionabile verso lo Stato, a un suo *non facere*, cioè il nostro diritto si autosoddisfa con l'astensione del soggetto autoritativo dal compimento di atti restrittivi dell'accesso. Insomma, la banda sembra avere un percorso simile a quello già intrapreso dalla riservatezza, che, nata da valori e diritti tipizzati in Costituzione, si è poi dagli stessi allontanata fino a sdoppiarsi nella duplice pretesa, alla protezione del foro interno e all'autodeterminazione dei propri dati, in risposta alle minacce di una sorveglianza pervasiva e senza confini.

Dunque, nella seconda fase temporale il diritto alla banda si comporta non diversamente da quelle libertà finali alla cui soddisfazione

²⁰ PARLAMENTO EUROPEO, Risoluzione del Parlamento europeo sulla libertà di espressione su Internet, P6_TA(2006)0324; ID., Raccomandazione Rafforzamento della sicurezza e delle libertà fondamentali su Internet, del 26 marzo 2009 destinata al Consiglio sul rafforzamento della sicurezza e delle libertà fondamentali su Internet (2008/2160(INI) P6_TA(2009)0194, nel suo sito *web*.

E, ancora, si legga la *road map* della COMMISSIONE PER L'INDUSTRIA, LA RICERCA E L'ENERGIA, *Relazione sulla governance di internet: le prossime tappe* (2009/2229), del 7 giugno 2010.

esso tende. E la recente polemica francese sulla legge HADOPI²¹ in tema di limiti all'accesso alla rete imposti da un'autorità amministrativa indipendente a tutela della diritto d'autore è una prova di quanto lo Stato non possa fare sul diritto di accesso: cioè bloccarne l'ingresso in rete, a meno che non rispetti le garanzie costituzionali a presidio delle libertà negative. Segnatamente, l'equiordinazione tra valore limitante e bene limitato, la definizione *ex lege* rigorosa e proporzionata della misura di coesistenza, e, infine, l'applicazione di detto limite con atto motivato dell'autorità giudiziaria. Nessuna autorità indipendente possiede gli attributi formali del potere giudiziario, e i loro atti non hanno il valore di giudicato, i due difetti rendono pertanto illegittimo l'assegnazione di tale potere sanzionatorio alla neo Autorità, considerazioni a parte sulla sua indipendenza genetica e funzionale, comunque incapace di surrogarsi all'assenza dei requisiti²².

In questa sede non esprimeremo un giudizio sull'adeguatezza della successiva risposta del legislatore francese²³ alla censura del *Conseil*, perché questione estranea alla nostra riflessione, qui abbiamo voluto ricordare il caso francese perché esso è il primo esempio di un atteggiamento positivo, che lo Stato non dovrebbe mai tenere verso una libertà negativa, e, quindi, anche nei confronti del diritto di accesso a internet.

Problemi analoghi a quelli francesi si porrebbero anche nel nostro ordinamento nel caso in cui si volesse assegnare a un'A.I. un potere sostanzialmente inibitorio di accedere a internet, perché le ragioni della riserva di giurisdizione, implicita nel sistema francese, ri-

²¹ La sua prima versione, censurata dal *Conseil*, risale alla *Loi 2009-669*, del 12 giugno 2009, in part. gli artt. 5, 10 e 11, «favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet».

²² M. BRUGUIÈRE, *Lois "sur la protection de la création sur internet": mais à quoi joue le Conseil constitutionnel?*, in *R. Dalloz*, 2009, p. 1770, sostiene invece, l'equivalenza tra A.I. e potere giudiziario più con affermazioni che non con argomentazioni.

²³ La seconda versione a completamento dell'HADOPI 1, la *Loi 2009-1311* del 28 ottobre 2009, tenta di rimediare all'assegnazione illegittima, conferendo il potere sanzionatorio all'autorità giudiziaria e disegnandolo in termini meno stringenti rispetto alla sospensione dell'accesso, perché il tribunale di grande istanza potrà ordinare «toutes mesures propres à prévenir ou à faire cesser une telle atteinte à un droit d'auteur ou un droit voisin». Dunque, nell'atipicità di qualsiasi misura atta a prevenire si apre una rosa di possibili rimedi, che, a differenza del blocco totale dell'accesso al *web*, potrebbero consistere anche nell'adozione di sistemi di filtraggio, che rendano visionabili i siti protetti da *copyright* senza possibilità di scaricarne i dati.

correrebbero *a fortiori* in una costituzione che dispone un'esclusiva espressa a favore del potere giudiziario.

Quanto detto sulla doppia identità del diritto alla banda larga, pretesa sociale *ab initio* e libertà negativa nel suo svolgersi, è solo la ricostruzione scientifica di chi scrive, ancora lontana dal concreto operare delle istituzioni europee, che da ultimo²⁴ hanno però iniziato a spostare sul terreno della giuridicità la domanda del cittadino europeo alla connettività universale.

5. *Quale regolazione per la banda larga?*

Acquisire la banda larga dal punto di vista soggettivo dei diritti sociali e da un'ottica oggettiva al servizio universale pone, ma non risolve la questione della disciplina di riferimento²⁵. Personalmente,

²⁴ Essa si coglie negli atti preparatori della Commissione coerenti con gli impegni di Lisbona (le Raccomandazioni dettate dalla Presidenza del Consiglio dell'Unione Europea, *Vienna 'E-inclusion' ministerial conference conclusions*, 2 dicembre 2008, in <http://europa.eu>), aventi a tema l'*eGovernment*, argomento distinto, ma connesso dalla banda larga. Si veda, ad esempio, *Il piano d'azione eGovernment per l'iniziativa i2010: accelerare eGovernment in Europa a vantaggio di tutti*, COM(2006), 173 definitivo, http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=en&type_doc=COMfinal&an_doc=2006&nu, dove la Commissione sollecita gli Stati a realizzare quanto prima il progetto comune di digitalizzazione dell'amministrazione. Il buon esito di questa operazione presuppone che la connettività veloce a internet sia assicurata a tutti i cittadini europei, altrimenti il piano rischierebbe di essere un programma politico irrazionale perché privo di utilità sociale. Infatti, la spesa per la rivoluzione digitale dell'amministrazione sarebbe senza ritorno in termini di vantaggi sociali, se i cittadini in mancanza di banda larga non potessero ricevere i servizi digitalizzati. Ancora, ID., *Comunicazione. Un'agenda digitale europea*, COM(2010) 245 def., nel sito *web* della Commissione, a pp. 4 e 20, dove la Commissione ha articolato le priorità dell'agenda europea, dalla sicurezza della rete e degli oggetti fino all'uso efficiente e neutrale dello spettro, ma ha anche chiarito che l'universo di internet non deve rimanere un privilegio di pochi, ma un'opportunità di crescita per tutti.

²⁵ Il tema è quasi ignorato dalla dottrina italiana, il che quindi mi impedisce di fare riferimenti bibliografici, a esclusione degli articoli di quotidiani. Esso è invece centrale negli studi recenti della scienza giuridica anglosassone; si vedano: C. MILNE - C. FEIJÓ, *Re-thinking European universal service policy for the digital era: Editors' conclusions*, in *Info*, vol. 10, n. 5/6, 2008, pp. 166-173; ma si consulti l'intero numero di *Info*, dedicato interamente al tema della banda larga, esso raccoglie contributi di studiosi di vari Stati europei a conclusione di una ricerca giuridico-economica condotta dal prof. M. CAVE. Per un'impostazione che sconta invece un certo conformismo giuridico si veda: M. BURRI-NENOVA, *Defining regulatory objectives for contemporary electronic communications: between a rock and a hard place*, in *International Journal of communications law & policy*, n. 12, 2008, in part. pp. 292-303.

tenderei a escludere che la regolazione introdotta con la Direttiva 2009/136 sia adeguata, in quanto questa sconta un peccato originale: concepisce il servizio universale come un'attività sottratta *in toto* alla legge del mercato, ammettendo deroghe all'equilibrio competitivo non indispensabili all'adempimento della missione sociale. La riscrittura delle regole, anche quelle applicabili ai servizi già inclusi nella lista, diventa dunque necessaria al fine di tenere insieme universalità e competitività, e ciò anche se la Commissione non intende affatto alterare il nocciolo duro della *regulation* sulla banda larga. Infatti, la nuova Direttiva ha modificato la precedente del 2002 su profili alquanto marginali ai nostri fini, lasciando dunque invariato tanto il criterio di revisione periodica quanto la disciplina sostanziale delle prestazioni dovute.

In realtà, fantasia ed equilibrio dovrebbero assistere il nuovo percorso regolatorio al fine di individuare una misura di compromesso sostenibile tra mercato e obbligatorietà, contemplando le sole deroghe al mercato strettamente necessarie all'assolvimento della missione sociale²⁶.

Alcuni studiosi²⁷ ritengono invece che il contrasto tra i valori confliggenti interessi l'alternativa tra l'obbligatorietà e la facoltatività della prestazione²⁸. A mio avviso, sono altri i termini della questione, perché se un'attività è sottratta alla *lex mercatoria* e attratta al servizio universale, significa che il sottostante conflitto tra obbligatorietà e facoltatività è stato già risolto *ex lege* a favore della prima. Infatti, quando il legislatore in base a una valutazione politica ritiene una prestazione essenziale allo sviluppo sociale ed economico dei cittadini, ne

²⁶ La dottrina anglosassone da tempo ha rivolto la sua attenzione al tema; si vedano i contributi centrali di: P. XAVIER, *Universal service obligations in a competitive telecommunications environment*, in <http://oecd.org>, 1995; C. BLACKMANN, *Universal service: obligation or opportunity?*, in *Telecommunications policy*, vol. 19, no. 3, 1995, pp. 171-176; S. SIMPSON, *Universal service issues in converging communications environments: the case of the UK*, in *Telecommunications Policy*, 28, 2004, pp. 233-248; W. SAUTER, *Services of general economic interest and universal service in EU law*, in *European Law Review*, vol. 33, n. 3, 2008, pp. 167-193. Non sono mancati contributi di economisti, per tutti con ampi riferimenti alla dottrina economica, cfr.: T.M. VALLETTI, *Introduction: Symposium on universal service obligation and competition*, in *Information Economics and Policy*, vol. 12, 2000, pp. 205-210.

²⁷ M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, cit., a pp. 185 ss.

²⁸ ID., *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, cit., a pp. 185 ss.

impone l'esecuzione all'imprenditore. Qui il dovere è la dimensione soggettiva prevalente, che annulla la libertà di iniziativa: l'operatore privato non è determinato dalla logica del profitto, ma dal dovere di solidarietà che lo obbliga a fornire il servizio a categorie sociali non remunerative, alle quali diversamente il servizio non sarebbe prestato perché ragioni di convenienza economica lo sconsiglierebbero.

Dalle cose dette risulta chiaramente che il servizio universale non può conciliare l'inconciliabile, obbligatorietà e facoltatività, termini estremi in rapporto di esclusione reciproca. Infatti, una volta acquisita una prestazione al servizio universale, essa cessa di essere esercizio di una libertà economica e diventa adempimento di un compito pubblico, affidato al privato, che contribuisce per la sua parte a realizzare un progetto di uguaglianza sociale.

A mio avviso, il servizio universale deve tenere insieme altri termini antitetici: l'obbligatorietà della prestazione e l'equilibrio competitivo in modo da apportare alla disciplina antitrust le sole deroghe strettamente necessarie all'adempimento degli obblighi sociali. Ne conseguirebbe che le deviazioni indispensabili sarebbero conformi al diritto comunitario, perché di esse non si potrà fare a meno; per le altre, la loro anticomunitarietà sarà anche la misura della loro incompatibilità con l'universalità, perché esse pregiudicherebbero il buon fine del progetto di coesione sociale.

Si deve dunque partire da questa premessa per disegnare a grandi linee la nuova disciplina del servizio universale, che mutuerà metodo di indagine, parametri valutativi, approccio pragmatico proprio dalla disciplina antitrust alla quale vuole derogare. Secondo un'impostazione, che a me sembra l'unica accettabile, le deviazioni riguarderanno unicamente la sostanza – perché se c'è bisogno di servizio universale significa che il mercato ha fallito rispetto alla domanda diffusa di quel bene a un prezzo abbordabile – non anche il metodo descrittivo della fattispecie normativa. Ciò imporrebbe di ribaltare i punti chiave di questa nuova *regulation* rispetto a come sono trattati nell'attuale disciplina (Direttiva 2009/136, cit.).

Considererei vincolanti i seguenti punti.

a) Quanto all'individuazione dell'impresa designata a prestare il servizio, si dovrebbe escludere l'affidamento automatico – quale, ad esempio, l'incarico *ex lege* all'ex-monopolista, previsto dal nostro d.lgs. 240/03 (art. 58, co. 3) – in luogo della designazione secondo

criteri concorsuali affidata all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. A parte la considerazione non irrilevante che la Direttiva non contempla affatto la prima possibilità, è opportuno chiedersi se l'ex-monopolista offra adeguate garanzie di efficienza. A mio avviso, tale soggetto ha il solo pregio di essere l'operatore storico, pregio che in questo caso diventa un difetto perché si tratta di un soggetto poco abituato al confronto competitivo e quindi meno portato al rinnovamento. Ben altri potrebbero essere i metodi per individuare l'impresa onerata²⁹, sempre che si tratti di procedure trasparenti, comparative e guidate da parametri obiettivi, quali l'efficienza gestoria, intesa come ragionevole equilibrio tra costi netti per la prestazione del servizio e standard qualitativi, come impone il dettato comunitario.

Una selezione al rialzo, pur evocata anche se non con chiarezza metodologica dalla Direttiva³⁰, eviterebbe sprechi di denaro, perché il designato sarebbe indennizzato dei soli costi netti effettivamente sostenuti per assolvere agli obblighi non remunerativi di servizio universale, e i soldi dei contribuenti o degli altri operatori, a seconda che si opti per il finanziamento basato sulla fiscalità o sul fondo perequativo degli operatori, non sarebbero impiegati per compensare le inefficienze dell'ex-monopolista.

b) Quanto all'alternativa tra i due modelli di finanziamento previsti dalla Direttiva, riterrei valida l'opzione binaria anche rispetto alla banda larga e, trattandosi di una scelta squisitamente politica³¹,

²⁹ L'Autorità aveva lanciato una consultazione pubblica (cfr. *Delibera*, 14/01/CIR, in www.agcom.it) per verificare l'opinione degli altri operatori in merito a sistemi di individuazione alternativi e più conformi al dettato comunitario: quali l'asta o il *play or pay*. Quest'ultimo consiste nel consentire agli operatori di scegliere tra la fornitura del servizio (appunto il *play*) e la partecipazione *pro quota* alle spese (il *pay*) di un servizio prestato da altri, sul presupposto di una precisa quantificazione forfettaria dei costi in modo da consentire la scelta.

Benché la consultazione avesse registrato una tendenziale disponibilità degli altri operatori a impegnarsi come obbligati al servizio, a essa l'A. non ha però dato seguito. A questo punto mi sembra incomprensibile indire una consultazione, se poi si considera inamovibile la Telecom dal ruolo di designato unico alla prestazione universale, nonostante la dubbia compatibilità comunitaria di un sistema d'individuazione *ex lege*, divenuto da temporaneo definitivo.

³⁰ In merito F. DONATI, *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, Torino, 2007, a pp. 173-175.

³¹ Sulla questione di chi paga il servizio universale, cfr.: P.E. CHIANG - J.P. HAUGE, *Funding Universal Service: The Effect of Telecommunications Subsidy Programs on Competition and Retail Prices*, in <http://ssrn.com/abstract=1013661>; W.R. CRANDALL - L. WAVERMANN, *Who pays for universal Service? When telephone subsidies become tran-*

ne riconfermerei l'affidamento al decisore politico statale, e non alle autorità di regolazione. Ricordiamo per brevità che gli Stati, ritenuti 'eccessivi' i costi per l'adempimento degli obblighi non remunerativi, possono decidere di indennizzare l'impresa incaricata, attingendo alla fiscalità generale, e cioè imputando in ultima istanza l'onere economico ai cittadini, oppure di ripartire l'onere tra gli altri operatori in ragione del loro fatturato. Nel caso si scegliesse quest'ultima soluzione, il sistema andrà però adeguato alla nuova prestazione universale, che, consistendo nell'accesso a internet, non procura vantaggi neanche indiretti agli altri operatori di telefonia, a differenza della prestazione del ricevere e dell'effettuare chiamate che giova anche agli operatori diversi dalla Telecom, i quali, grazie alla diffusività capillare della rete, procurano un ulteriore servizio ai propri clienti, l'interconnessione con i clienti Telecom. Ora, questo vantaggio indiretto, *ratio* giustificatrice del riparto diffuso dei costi sugli altri operatori, non ricorre nel caso della banda larga, che procura vantaggi indiretti agli operatori di tale servizio, e non anche a quelli di telefonia, nonché agli operatori di contenuti che viaggino sulla rete. Su questa linea si sta infatti muovendo il Governo britannico³², che si è di recente interrogato sui possibili soggetti tenuti a sostenere i costi eccessivi di una banda divenuta prestazione universale. E con una lungimiranza, che per noi dovrebbe essere di esempio, non si è accontentato di ripartirli tra i soli «communications providers» e «who provides communication services over the network», ma ha sollecitato la disponibilità, con prestazioni se non in denaro quantomeno in natura, degli operatori delle reti mobili. Questi ultimi possono contribuire al pieno sviluppo della banda larga estendendo la copertura tramite reti *wireless* proprio a quelle zone remote o scarsamente popolate, difficilmente raggiungibili dalla rete fissa. E il Governo³³ per incoraggiare gli operatori sta puntando principalmente su misure incentivanti, tra le altre, la conversione della licenza dell'operatore mo-

parent, Brooking institution Press, 2000, *passim*; F. MIRABEL - J.D. POU DOU - M. ROLAND, *Universal service obligations: the role of subsidization schemes*, in *Information Economics and Policy*, vol. 21, 2009, pp. 1-9.

³² Cfr. DEPARTMENT FOR CULTURE, MEDIA AND SPORT AND DEPARTMENT FOR BUSINESS, *Innovation and Skills, Digital Britain. The Interim Report*, gennaio 2009, in http://www.culture.gov.uk/images/publications/digital_britain_interimreportjan09.pdf, a p. 55.

³³ Id., *Digital Britain. The Interim Report*, cit., a p. 29 all'interno dell'*action* n. 6, lett. c).

bile da temporanea a definitiva per compensare gli ingenti costi connessi a un progetto di copertura senza fili.

c) Il carattere dell'universalità, inteso in origine come diffusività *erga omnes* dell'intero pacchetto delle prestazioni, andrebbe asciugato entro un *set* minimo di vantaggi sociali fruibili da chiunque. È la scarsità delle risorse a consigliare al legislatore di sostituire alla regola del "tutto a tutti" il più praticabile metodo di un *plafond* di prestazioni indispensabili accessibili a chiunque a prezzi abbordabili, integrato da utilità aggiuntive – quali, ad esempio, la gratuità o una maggiore velocità di trasmissione – disponibili a favore di utenti selezionati per compiti di rilevanza collettiva o per debolezza sociale. Questa ricostruzione coerente con una lettura evolutiva dell'uguaglianza sostanziale riserverebbe pertanto la banda larga ai soli cittadini meritevoli in ragione del loro disagio fisico (anziani, disabili) o a comunità intermedie (scuole, università, ospedali) in cambio delle funzioni di pubblica utilità assolute. Quanto qui proposto richiama il concetto costituzionale di universalità relativa dei diritti sociali³⁴, i quali, diversamente dalle libertà negative, non sono tendenzialmente riferibili all'indifferenziata comunità di base, ma a un ambito sociale, selezionato *ex ante* dal costituente in ragione di quell'asimmetria sociale o economica cui il dovere di prestazione intende provvedere per compensare le diverse fortune iniziali. Si ritiene quindi che la funzione pareggiatrice del diritto sociale sia incompatibile con la dispersione *erga omnes* del beneficio suppletivo, perché per rimuovere ostacoli e azzerare distanze occorre che un flusso di risorse sia spostato da chi ha verso chi non ha al fine di porre tutti sulla stessa linea di partenza.

d) Quanto al modo di svolgimento del servizio, qui l'alternativa si porrebbe tra la gestione solitaria, cioè rimessa a un'unica impresa designata per l'intero servizio, e il coesercizio tra più imprese affidatarie di servizi frazionati per oggetto e/o ambito territoriale.

Già la Direttiva avrebbe consentito questo frazionamento, escluso invece dalle legislazioni nazionali, che hanno tendenzialmente confermato il modello monistico, il quale ha compromesso l'effi-

³⁴ Sempre attuale la lettura a doppia colonna tra diritti sociali e diritti di libertà di M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, pp. 805-806. Mentre BENEDETTO XVI, *Caritas in veritate*, Lettera Enciclica, Città del Vaticano, 2009, a p. 43, richiama l'attenzione sulla forza equilibratrice della carità per contrastare gli squilibri distributivi di un'economia ripiegata su se stessa, incapace di «produrre quella coesione sociale di cui pure ha bisogno per ben funzionare».

cienza, valore da assicurare *durante societate*, e non solo nella fase dell'individuazione dell'impresa: diversamente, i costi crescono irrazionalmente a fronte di un decremento della qualità delle prestazioni a danno dei cittadini-utenti. Sono, dunque, dell'avviso che il servizio andrebbe diviso per tipologie di prestazione, nonché per segmenti territoriali, lotti da mettere separatamente in gara in modo da immettere dosi massicce di competizione anche nello svolgimento del servizio universale, che dopo tutto è e rimane un'attività d'impresa.

6. Nuova regulation per le nuove reti?

Le reti di nuova generazione (da ora con l'acronimo anglosassone di NGN)³⁵, destinate a sostituire con la fibra ottica la vecchia rete fissa in rame perché satura, consentiranno il trasporto di servizi di comunicazione integrati, che viaggeranno ad altissima velocità grazie alla banda ultra larga. E siccome abbiamo già detto che dalla velocità di trasmissione dipende il tipo di servizio accessibile all'utente, una banda da 20 Mb/s in su supporterà servizi sofisticati e convergenti, cioè in grado di combinare suoni, dati, immagini, si pensi, ad esempio, alla tele-educazione, tele-medicina e tele-lavoro.

Queste reti sono estranee alla tematica del servizio universale, perché il realizzarle o no dipende, non dall'adempimento di un obbligo per l'impresa, bensì da una sua libera scelta d'investimento. Il regolatore europeo e nazionale, in mancanza di obblighi *ex lege*, dovrà studiare una regolazione in grado di incentivare gli investimenti degli operatori privati nelle nuove reti e, al tempo stesso, di prevenire la fisiologica attitudine dell'*incumbent* della vecchia rete a spostare la sua dominanza sui nuovi scenari tecnologici.

³⁵ Per una puntuale definizione delle reti di nuova generazione si rinvia allo studio dell'OECD, *Convergence and next generation networks* (Rapporto reso in occasione del *Ministerial meeting on the future of the internet economy*, Seoul, Korea, 17 giugno 2008), reperibile in <http://www.oecd.org/dataoecd/25/11/40761101.pdf>, in part. a p. 9: «as a packed network able to provide services including telecommunications services and able to make use of multiple broadband, [...] in which service related functions are independent from underlying transport-related technologies». Quindi, si tratta di una infrastruttura che, aggregando *asset* di reti fisse e mobili, è in grado di consegnare velocemente servizi convergenti all'utente, il quale grazie a terminale e infrastruttura unici potrà disporre di servizi un tempo accessibili grazie a distinti sistemi di trasmissione.

Questo tipo di regole rientra nella categoria della disciplina asimmetrica, la quale, come quella per il servizio universale, è un esempio di eteronomia correttiva di un fallimento di mercato: la regola base è l'obbligo per il dominante di fare quanto è necessario per compensare l'iniziale disuguaglianza che lo separa dagli operatori privi di rete³⁶. Più precisamente, nei mercati di telecomunicazioni liberalizzati la disponibilità esclusiva della rete nelle mani dell'ex-monopolista, operatore verticalmente integrato – perché presente sul mercato dell'accesso alla rete e su quello al dettaglio di fornitura dei servizi ai clienti finali – è il *defeat* del mercato al quale la norma asimmetrica con *fictio iuris* intende provvedere. La regola asimmetrica prova a mimare³⁷ le condizioni che un mercato maturo creerebbe *ex se*, obbligando l'*incumbent* a mettere a disposizione degli altri operatori la sua rete, *essential facility*, alle stesse condizioni praticate alle proprie divisioni commerciali. Quindi, *regulation* sul servizio univer-

³⁶ Nella manualistica in tema di regolazione asimmetrica nelle comunicazioni elettroniche si vedano: L.J.H. F. GARZANITI, *Telecommunications, Broadcasting and the Internet: EU competition Law and regulation*, Sweet&Maxwell, 2003, 2^a ed., p. 539: «They have been adopted on the assumption that market forces alone, even under the threat of *ex post* application of competition rules, would not suffice, at least not in the short term, to achieve a fully competitive market given that at liberalisation, incumbent operators had monopoly or very strong market position. In this sense, sector-specific rules complement the competition rules». Da ultimo: I. WALDEN, *Telecommunications law and regulation*, Oxford, 2009, 3^a ed., pp. 322 ss. Quanto alle caratteristiche delle regole, cfr.: A. DE STEEL, *Remedies in the European electronic communications sector*, in D. GERADIN (ed.), *Remedies in Network Industries: EC competition law vs. sector-specific regulation*, in *Intersentia*, 2004, p. 31; P. LAROCHE, *A closer look at some assumptions underlying EC regulation of electronic communications*, in *Jour. of network industries*, 3, 2002, p. 141: «As time goes by and the incumbent progressively loses its grips on the market, then the fundamental question begin to arise more seriously: were regulatory burdens imposed on the incumbent because of its size and market position or because of certain features of telecommunications which were only present in the incumbent since it represented for all intents and purpose the whole sector? Second, the determination of the regulated areas should be more flexible to keep pace with rapid market evolution?».

³⁷ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, rist., 2001, a p. 37. Ricorre al concetto di simulazione, da ultimo, G. AMATO, *Privatizzazioni, liberalizzazioni e concorrenza nel sistema produttivo italiano*, in L. TORCHIA - F. BASSANINI (a cura di), *Sviluppo o declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del Paese*, Firenze, 2005, p. 45 «Con tali regolazioni si cerca di 'mimare' un mercato concorrenziale. Ma è una concorrenza in ogni caso artificiale, diversa da quella che naturalmente si sviluppa fra operatori indipendenti l'uno dall'altro, giacché gli equilibri non li determina la dinamica dei loro rapporti, ma la disciplina delle modalità di accesso all'infrastruttura, dei prezzi per usarla, della soluzione dei conflitti che ne possono derivare».

sale e regolazione asimmetrica si incontrano sul terreno comune dell'uguaglianza sostanziale: la prima la realizza a livello di *equal access* tra i consumatori, perché questi ultimi, se non abbienti, hanno diritto alla prestazione a condizioni più vantaggiose di quelli aventi reddito, cioè essa è la condizione di effettività della pari titolarità formale del diritto dei consumatori; la seconda la realizza sul piano dell'*equal access* tra gli operatori, equiordinando le loro domande di acquisto della rete dinanzi all'*incumbent* unico offerente, cioè essa è la condizione di effettività della pari titolarità formale del diritto di iniziativa economica dell'imprenditore.

Detto questo, chiediamoci se la nuova rete, per intenderci quella futura che sostituirà con la fibra ottica il rame della vecchia rete, sia sottoponibile alla stessa regolazione prevista per quest'ultima, a una diversa o a nessuna.

Tale *regulation*, come ogni norma asimmetrica³⁸, dovrà essere proporzionata al *defeat* da correggere, in un caso come questo, complesso, perché si dovranno tenere insieme obiettivi di difficile coesistenza: la promozione della concorrenza e il sostegno agli investimenti. Ne conseguirà che il decisore dovrà bilanciare valori contrapposti e risolverli in una misura di equilibrio tra l'apertura delle NGN agli altri operatori e il sostegno a chi rischia danaro proprio in un'impresa dagli esiti incerti³⁹. Questa regolazione presenta dunque un tasso di politicità ben più elevato di quello che assisteva la disciplina asimmetrica sulle vecchie reti; quest'ultima doveva rispondere a un unico imperativo: promuovere la concorrenza sulla rete dell'*incumbent*, imponendo proporzionati obblighi di accesso, rimanendo a lei estranea la preoccupazione di stimolare gli investimenti per realizzarla, data la sua preesistenza.

³⁸ Direttiva 2002/19/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa «all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime», del 7 marzo 2002, in part. art. 8, in *GUCE*, 24 aprile 2002, L 108/7 e sua novella del 2009/140.

³⁹ T. PROSSER, *The limits of competition law. Markets and public services*, cit., pp. 237-246. L'Autore riconosce alle norme asimmetriche il compito, non solo di rimediare ai fallimenti del mercato, ma di incontrare le aspettative dei cittadini europei all'effettività dei diritti sociali, motivo che lo induce a sostenere la sopravvivenza della disciplina in oggetto anche a mercato riequilibrato. Da ultimo, sul contrasto tra i fini, si legga anche: M.B. NENOVA, *Defining regulatory objectives for contemporary electronic communications: between a rock and a hard place*, in *International Journal of Communications Law and Policy*, vol. 12, 2008, pp. 274-312.

La difficoltà di combinare interessi opposti si legge già in un documento di studio dell'O.F.COM.⁴⁰ – poi recentemente ripreso dallo stesso regolatore britannico – che indica ben tre opzioni regolatorie in ragione dei due obiettivi⁴¹. È da questi due obiettivi che conviene partire per poi ipotizzare una misura asimmetrica coerente con i primi. Spiegheremo brevemente i termini di questo attrito tra beni⁴².

Da un lato, la regola asimmetrica dovrà promuovere la concorrenza; per cui, se l'*incumbent* deciderà di investire nelle nuove reti, queste non saranno in suo uso esclusivo, ma dovranno essere accessibili anche agli altri operatori dietro pagamento di un prezzo, perché esse rappresentano uno strumento indispensabile per fornire il servizio al cliente finale. Considerate queste premesse, se la regola asimmetrica obbedisse unicamente al primo obiettivo, il corrispettivo di questo accesso sarebbe determinato in ragione dei soli costi effettivi degli investimenti, non anche del relativo rischio, e quindi avremo una misura sbilanciata a favore degli altri operatori con la conseguenza che nessuno investirebbe nelle reti.

Dall'altro lato, la regola simmetrica deve promuovere gli investimenti nelle NGN, e siccome la propensione all'investimento non è un obbligo per l'imprenditore in un'area di libero mercato, ma una libera scelta, essa andrà sostenuta e incentivata, diversamente è destinata a cadere.

Lo spazio di intervento della regola si apre pertanto tra il diritto degli altri operatori di pagare un accesso giusto, cioè alleggerito dai costi degli investimenti inefficienti, e quello di chi investe a una remunerazione adeguata per il rischio d'impresa, cioè a un ritorno economico in ragione del capitale impiegato. Alla luce di questi due obiettivi esaminiamo le tre opzioni regolatorie avanzate nel documento di O.F.COM.

⁴⁰ O.F.COM., *Regulatory challenges posed by next generation access networks. Public discussion document, 23 november 2006*, in <http://www.ofcom.org.uk/>; ID., *Next generation new build. Promoting higher speed broad band in new build housing developments, 16 th April 2008*, p. 5, nel medesimo sito *web*, in cui si propone all'autorità competente di dotare le nuove case di accesso alla banda larga approfittando della costruzione delle infrastrutture civili per le abitazioni.

⁴¹ S.J. MARCUS - D. ELIXMANN, *Regulatory Approaches to NGNs: An International Comparison*, in www.si.unimich.edu/prc/papers2007/800regulatory, pp. 1-32.

⁴² Cfr.: F. KIRSCH - C. VON HIRSCHHAUSE, *Regulation of NGN: structural separation, access regulation, or no regulation at all?*, in *Communications & Strategies*, 2008, 69, pp. 64 ss.

a) La prima, la cd. ‘vacanza regolatoria’⁴³, introdotta nell’ordinamento tedesco⁴⁴, comporta che l’*incumbent* sia esonerato dall’osservanza della regolazione *ex ante* per un certo periodo di tempo, insomma la *deregulation* come compenso per il rischio d’investimento; la libera determinazione dei prezzi sarebbe il corrispettivo all’incertezza della domanda di nuovi servizi. Ma terminato il periodo di vacanza, la regolazione asimmetrica riprenderà la sua vigenza, nel presupposto della perfetta coincidenza temporale della sospensione con il periodo necessario per ammortizzare gli investimenti.

Lasciando da parte le considerazioni economiche, sulle quali la relativa dottrina non è univoca, soffermiamoci sulle finalità di questa ipotesi regolatoria⁴⁵. Essa risponde esclusivamente alla preoccupazione dell’*incumbent* di assicurarsi un ritorno per il capitale rischio investito, ma non incontra anche la legittima aspettativa degli altri operatori di avvalersi della nuova rete, in quanto sul nuovo terreno di gioco saranno ammessi solo i possessori delle nuove reti, «This because there may be no wholesale products for other operators to purchase»⁴⁶. Quindi, la vacanza regolatoria non incrementerebbe la competizione, dando vita a un mercato a numero chiuso, dove l’in-

⁴³ In proposito, cfr.: J. GANS - S. KING, *Access Holidays for Network Infrastructure Investment*, in *Agenda*, 10 (2), 2003, pp. 163-178.

⁴⁴ In breve, la nuova legge tedesca sulle TLC esonerava per un tempo limitato l’ex-monopolista nazionale dall’osservanza della regolazione asimmetrica, limitatamente al mercato dell’accesso veloce a Internet (secondo tecnologia VDSL), giustificando la vacanza regolatoria in quanto unico incentivo all’operatore per gli investimenti nelle nuove tecnologie. Per le ragioni esposte nel testo la Commissione ha contestato questa posizione e ha avviato l’azione di infrazione contro la Germania (IP/07/05), che, invece, avendo mantenuto l’interpretazione della sua legge, è stata da ultimo deferita alla Corte di Giustizia. In proposito, cfr.: K. MATZIG, *The proposed regulatory reforms of the electronic communications sector in the EU and Germany - a cause of conflicts between the European Commission and the German Government?*, in *Communications. l.*, 2006, pp. 1-10.

⁴⁵ G. MONTI, *Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law*, paper, London School of Economics and Political Science Law Department, *Society and Economy Working Papers 8/2008*, in http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2008-08_Monti.pdf, a p. 14, dove l’A. individua le ragioni ostative alla “vacanza” nell’esigenza di assicurare l’uniformità e la coerenza regolatoria, altrimenti compromesse da sospensioni normativi decise dai singoli Stati: «A more general argument against regulatory holidays is that they lead to different regulation across the Member States, thereby harming firms that wish to invest in more than one Member State. The argument goes that if one wishes to promote pan-European telecommunications services, one should strive for regulatory uniformity».

⁴⁶ O.F.COM., *Regulatory challenges posed by next generation access networks. Public discussion document*, cit., a p. 22.

cumbent sarebbe libero di trasferire la sua dominanza incontestata dai concorrenti, esclusi *a priori* dalla gara, non a causa di una riserva di attività a favore dell'*incumbent*, ma per l'assenza dell'accesso garantito, condizione di effettività del loro diritto di iniziativa.

Questa soluzione, benché si risolva nell'eliminazione di una norma, equivarrebbe a introdurre una disposizione asimmetrica *in malam partem*, perché accentuerebbe la distanza tra l'ex monopolista e i nuovi entranti, regalando al primo l'eccezionale privilegio di monopolizzare anche il nuovo mercato. La preoccupazione che l'*incumbent* riproponga sulle NGN il suo potere di mercato è tutt'altro che remota, considerato che le nuove reti, favorendo la fornitura di servizi convergenti, saranno più appetibili da chi, sfruttando sinergie incrociate, potrà con un'unica rete offrire servizi multipli. Anche l'OECD ha espresso serie riserve in merito, invitando il regolatore a vigilare affinché ciò non accada; ritengo però che il regolatore non abbia strumenti adeguati per impedire tale rischio. A ciò non basterebbero le norme asimmetriche, a meno che non fossero completate da una normativa antitrust disegnata, non solo per settori distinti, cioè audiovisivo separato dalle telecomunicazioni, ma per macroaree economiche pluricomprendenti. Precisamente, intendo dire che si dovrebbero introdurre illeciti antitrust intersettoriali, cioè limiti quantitativi alle risorse economiche e tecniche da calcolarsi sull'intero comparto della comunicazione, da aggiungersi a quelli dei singoli settori. Così si eviterebbe davvero che «Service convergence and the shift towards next generation networks could therefore contribute to the creation of additional bottlenecks and control points, which may need to be addressed by the regulator»⁴⁷ grazie all'efficacia deterrente di una completa disciplina antitrust.

All'asimmetria negativa si dovrebbe rispondere con una disciplina differenziata *in bonam partem*, cioè orientata a favore di chi è indietro nella gara al fine di riallinearlo rispetto a chi è partito prima; insomma, regole che da un lato raffreddino la corsa dell'*incumbent* e dall'altro accelerino quella degli altri operatori.

b) Parimenti non regge neanche l'altra ipotesi regolatoria, quella opposta alla "vacanza", diretta a riprodurre con un certo automatismo la regolazione *ex ante* pensata per un obiettivo unico, la promo-

⁴⁷ OECD, *Convergence and next generation networks*, Rapporto presentato a Seoul, Korea, 17-18 giugno 2008, in occasione della Conferenza *OECD Ministerial Meeting on the Future of the Internet Economy*, in <http://www.oecd.org>, a p. 9.

zione della concorrenza sulla medesima rete. Invero, essa risulterebbe inadeguata rispetto a finalità composite – incrementare il grado di competitività e promuovere gli investimenti nelle NGN – perché sbilanciata dal lato degli altri operatori, che potranno accedere alle nuove reti pagando un prezzo basso, in quanto calcolato sui soli costi e non anche sul rischio negli investimenti. Se venisse accolto questo modello regolatorio, nessun *incumbent* investirebbe nelle NGN, perché correrebbe un rischio non remunerato. L'inevitabile fuga dagli investimenti comporterebbe una stasi della politica competitiva, bloccata sul modello della concorrenza tra i servizi, prestati da operatori della medesima rete, incapace di evolversi verso una «facilities based competition»⁴⁸ per mancanza di nuove reti concorrenti.

La difficoltà dinanzi alla quale si troveranno le autorità di regolazione nazionale consisterà nell'individuare la misura di compromesso⁴⁹, di massima realizzazione possibile tra i due obiettivi, risultato non facile da conseguire.

La tesi dell'O.F.COM. – ripresa con la consultazione del dicembre 2008 e ulteriormente sviluppata nel suo documento conclusivo del marzo 2009⁵⁰ – ci indica però una possibile via di uscita dalla strettoia: una regolazione *ex ante*, che da un lato assicuri agli altri operatori l'*equal access*, e dall'altro presti attenzione agli investi-

⁴⁸ Sul tema chiare le riflessioni di: J. KITTL - M. LUNDBORG - E.O. RUHLE, *Infrastructure-Based Versus Service-Based Competition In Telecommunications*, in *Communications & Strategies*, 64, 4th-quarter, 2006, pp. 66-88; V. KOC SIS - P.W. J. DE BIJL, *Network neutrality and the nature of competition between network operators*, in <http://www.springer.com>., pp. 1-28; J. M. BOWER, *Regulation and State Ownership: conflicts and complementarities in EU telecommunications*, in *Annals of Public and Cooperative Economics*, 2005, pp. 151-177.

⁴⁹ M. CAVE, *Encouraging infrastructure competition via ladder of investment in Telecommunication*, in *Telecom. pol.*, 2006, 30, pp. 223-237, soffermandosi sull'individuazione delle misure più appropriate rimesse alle NRAs atte a incoraggiare gli operatori a progredire nella scala degli investimenti. Ma anche: H. GRUBER, *European sector regulation and investment incentives for broadband communication networks*, in papers.ssrn.com/soL3/papers.cfm?abstract_id=976887, 2007, pp. 1-32; G. GUTHRIE, *Regulating Infrastructure: The Impact on Risk and Investment*, in *Journal of Economic Literature*, 44, 2006, pp. 925-972.

⁵⁰ O.F.COM., *Delivering super-fast broadband in the UK*, 3 marzo 2009, in <http://www.ofcom.org.uk/>, dove il regolatore inglese si sofferma sulla necessità di introdurre poco più che una *light regulation* limitatamente ai prezzi dei prodotti sul mercato all'ingrosso (quello dell'accesso alla banda larga su rete di rame), perché trattandosi di reti future, quindi di una domanda futura, non è dato anticipare ragionevoli previsioni su di essa e quindi è preferibile rimettere i prezzi all'andamento del mercato, con il solo correttivo del loro orientamenti ai costi, come detto nel testo (in part. a pp. 54 e 59).

menti, proponendo un nuovo parametro di calcolo del prezzo dell'accesso, orientato a remunerare unitamente ai costi effettivi anche il rischio per gli investimenti efficienti⁵¹. Questa misura regolatoria ha incontrato il favore anche della Commissione Europea⁵², che, nella terza stesura della bozza di raccomandazione, la ha apprezzata per la sua capacità di «strike a balance between providing adequate incentives for companies to invest (implying a sufficiently high rate of return), while at the same time promoting efficiency and suitable competition and maximising consumer benefits». La stessa Commissione però, nella precedente versione della bozza, quella al giugno 2009⁵³, sembrava avvicinarsi più alla tesi tedesca della deregolazione che non a quella anglosassone della regolazione leggera. Infatti, la Commissione riteneva che un accordo di co-investimento tra l'*incumbent* e gli altri operatori finalizzato alla realizzazione di NGN in multi fibra fosse di per sé idoneo a esonerare il primo dall'obbligo dei prezzi orientati. Nel dettaglio si richiedevano le seguenti condizioni: un accordo di condivisione dei costi e dei rischi connessi all'investimento nelle nuove reti; reti future in multi fibra, come tali idonee a consentire a ciascuno operatore di intrattenere rapporti di servizio autonomi con i propri clienti; equiordinazione dei coinvestitori all'*incumbent* nell'accesso alla nuova rete; apertura della rete a terzi operatori estranei all'accordo. La contestualità delle prescritte condizioni giuridiche e tecniche avrebbe «aim at ensuring effective competition on the downstream market», rendendo così inutile, anzi illegittima, la misura correttiva dell'obbligo di orientamento dei prezzi.

Ma il punto era proprio questo: le suindicate condizioni erano da sole sufficienti a convertire una concorrenza assente in una competizione efficiente? La risposta non può dipendere però dall'automatico verificarsi delle condizioni scritte a tavolino dalla Commissione, bensì dalla concreta valutazione di altri fattori – quali una ridotta quota di

⁵¹ Per intenderci sono tali quelli che goveranno alla collettività, in proposito cfr.: W. DISTASO - P. LUPI - F.P. MANETTI, *Static and Dynamic Efficiency in the European Telecommunications Market. The Role of Regulation on the Incentives to Invest and the Ladder of Investment*, in <http://ssrn.com/abstract=131931>.

⁵² COMMISSIONE EUROPEA, *Draft Commission Recommendation on regulated access to Next Generation Access Networks (NGA)* C(2010), giugno 2010, in http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/library/public_consult/nga/index_en.htm.

⁵³ ID., *Draft Commission Recommendation of "on regulated access to Next Generation Access Networks"* C(2009), giugno 2009, in http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/library/public_consult/nga_2/index_en.htm.

mercato dell'*incumbent*, l'assenza di barriere all'ingresso, la sua non integrazione verticale, l'effettiva competizione sul mercato a valle – sintomi, questi, di una ripresa della dinamica competitiva. In sintesi, se nella seconda stesura del *draft* la Commissione intese dire che le tre condizioni erano esimenti automatiche dall'obbligo asimmetrico per l'*incumbent*, si è trattato di un'affermazione incompatibile con la legalità comunitaria. Infatti, tutto il pacchetto direttive del 2002 aveva già affermato il metodo regolatorio *ex post*, basato su un approccio pragmatico, guidato dai criteri del diritto antitrust, allergico alle presunzioni assolute e alle valutazioni legali tipiche⁵⁴, che qui invece ritornavano. Se dunque la Commissione intendeva accordare esenzioni aprioristiche⁵⁵, non si comprende per quale ragione un anno prima aveva contestato alla Germania la “vacanza regolatoria”, visto che il documento del giugno 2009 regalava all'*incumbent* la libertà nella determinazione dei prezzi non diversamente da quanto faceva la soluzione tedesca.

Nella terza stesura del *draft*⁵⁶ l'alleggerimento del vincolo normativo non è più l'effetto automatico dell'accordo di investimento nelle NGN, bensì l'eventuale conseguenza di una puntuale analisi di mercato, che potrebbe condurre a rimuovere ogni obbligo asimmetrico, sempre che risultasse indebolita la dominanza dell'*incumbent* e quindi, incrementata la competizione sul mercato a valle.

L'attuale versione del documento presenta però ulteriori profili critici: essa è poco attenta sia alla posizione dei coinvestitori diversi dal dominante, che a quella dei terzi. I primi non sono equiordinati all'operatore verticalmente integrato per il semplice fatto di essere divenuti suoi soci, perché la parificazione dipenderà da come sono disegnati i rapporti all'interno del organismo gestorio. Intendo dire che la cogestione renderà superfluo l'*equivalence of access*, solo se

⁵⁴ Sui caratteri prima sintetizzati del nuovo corso regolatorio avviato dal Pacchetto 2002 sia consentito il rinvio a G. DE MINICO, *Le Direttive CE sulle comunicazioni elettroniche dal 2002 alla revisione del 2006. Un punto fermo?*, in P. COSTANZO - G. DE MINICO - R. ZACCARIA (a cura di), *I “tre codici” della Società dell'Informazione*, Torino, 2007, pp. 173-175.

⁵⁵ EUROPEAN REGULATORS GROUP, *Response to the draft NGA Recommendation*, giugno 2009, (09) 16rev3, in: http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/library/public_consult/nga_2/index_en.htm, chiede alla Commissione di «state that it is not granting a priori exemptions within the Recommendation in order to ensure that the fundamental principles of the EU Regulatory Framework are followed» a p. 11.

⁵⁶ COMMISSIONE EUROPEA, *Draft Commission Recommendation on regulated access to Next Generation Access Networks (NGA)*, C(2010), cit., che presumibilmente si tradurrà nella Raccomandazione definitiva, attesa per l'autunno 2010.

tutti gli operatori avranno pari poteri nel gestire la rete a prescindere dal capitale investito, diversamente l'accordo sarà una finta protezione, che invece li pregiudicherà ulteriormente, privandoli anche della tutela esterna rappresentata dagli obblighi asimmetrici. Stesso discorso vale per i terzi, nei cui confronti l'accordo ipotizzato non prevede alcuna clausola di ingresso postumo nell'organismo gestorio. In altri termini, intanto l'autoregolazione può stare in luogo della eteronormazione in quanto risponde alle medesime domande sociali soddisfatte dalla seconda, cioè non lascia scoperte categorie di interessi oggettivi difesi dalle norme imposte dall'alto.

Ancora un'osservazione su questa interessante Raccomandazione futura⁵⁷: essa non dovrebbe usare un linguaggio troppo prescrittivo, perché in linea con la sua natura di atto debole del diritto si dovrebbe limitare a suggerire un approccio, una metodologia regolatoria, lasciando le specificità e il dettaglio alle singole Autorità nazionali (le ANR). Ma la Commissione non perde l'occasione di richiamare a sé competenze che anche il nuovo pacchetto le ha sottratto: la scelta dei rimedi, ormai definitivamente affidati alle ANR, previo contraddittorio con la Commissione. Qui riaffiora la sua tentazione, mai vinta, di riappropriarsi dell'intero flusso regolatorio a garanzia dell'uniformità della regolazione asimmetrica, e, in ultima istanza, a difesa del mercato unico, altrimenti compromesso da discipline dove severe e dove deboli. Lasciando da parte i problemi di compatibilità comunitaria di un atto che nella forma *soft* vuole essere più impositivo di un atto *hard*, la nostra riflessione va in un'altra direzione: se la Commissione in ogni occasione prova a recuperare il terreno perduto, ciò significa che la divergenza dei diversi approcci normativi è inopportuna di per sé al punto che la Commissione ricorre alla raccomandazione per armonizzare il pluralismo regolatorio ancora prima che il temuto rischio di una lesione dei valori comunitari accada. In sintesi, la Commissione vede nella diversità in sé il pericolo all'unità del mercato, ne consegue che aver diffuso la potestà regolatoria tra le ANR non supera il limite della finzione giuridica⁵⁸.

⁵⁷ Nel momento in cui si licenziava il lavoro alla stampa non c'era ancora la versione definitiva della Raccomandazione, intervenuta il 20 settembre 2010, n. 6223. Il suo contenuto è pressoché rimasto invariato rispetto alla versione del giugno 2010, ampiamente commentata nel testo.

⁵⁸ Rilievi in parte sollevati dal BEREC nel parere al *draft*, *Opinion to the Draft Recommendation on regulated access to Next Generation Access Networks of 28 April 2010*, a p. 2, in http://berec.europa.eu/doc/berec/bor_10_25.pdf.

7. Regno Unito e Italia: un confronto insostenibile

A questo punto del lavoro ritengo opportuno riportare alcuni dati ufficiali relativi alla penetrazione della banda larga in Italia e confrontarli con il livello medio statistico europeo, perché è la situazione reale del divario digitale – cioè dell'esclusione di alcune aree del paese dall'accesso alla banda – a costituire la variabile della scelta politica tra un intervento pubblico principale e uno integrativo dell'azione privata.

Ecco i dati: in Italia la banda larga copre appena il 40% delle famiglie e il divario digitale raggiunge il 12% della popolazione, vale a dire 7,5 milioni di cittadini sono privi di connessione veloce a internet⁵⁹. Il nostro tasso di penetrazione, il 19%, è quindi sensibilmente inferiore alla media europea, che è pari al 22,9%⁶⁰; in termini comparativi, pertanto, noi siamo agli ultimi posti nella classifica dell'OECD⁶¹, precisamente al 17°, mentre, ad esempio, la Gran Bretagna è al 3°.

Per una lettura completa della situazione di fatto, a questi dati vanno aggiunti almeno due ulteriori elementi. L'inerzia italiana negli investimenti pubblici, dato ormai cronico, non è stata compensata da un'attiva iniziativa degli operatori privati, perché il nostro dominante, la Telecom, non avendo competitori capaci di erodere il suo potere di mercato, non ha speso nel migliorare la rete, né nell'estendere la banda larga fino alle zone remote. Diversa è la situazione del Regno Unito⁶², dove la *British Telecom* si deve misurare con il forni-

⁵⁹ Dato tratto dal rapporto F. CAIO, *Portare l'Italia verso la leadership europea nella banda larga. Considerazioni sulle opzioni di politica industriale. Presentazione sulle conclusioni del progetto al Ministero dello Sviluppo Economico - Comunicazioni*, 12 marzo 2009, a p. 38, in www.comunicazioni.it.

⁶⁰ I dati sono tratti da: COMMISSIONE EUROPEA, *Progress report on the single European electronic Communication market, (14th report)*, COM(2009) 140 final, a p. 174, in <http://ec.europa.eu/communitylaw>.

⁶¹ OECD, *Broadband Portal*, in <http://www.oecd.org/sti/ict/broadband>.

⁶² Per una analisi puntuale della situazione anglosassone, da me sintetizzata nel testo, si legga il rapporto ufficiale di 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>, p. 7. Questo rapporto, commissionato più di un anno fa dal Governo britannico, sembrerebbe aver avuto maggiore fortuna nel Regno Unito rispetto al corrispondente atto reso al Governo Italiano; lo dimostra il fatto che i suoi consigli sono stati ampiamente accolti e assunti come punti prioritari dell'agenda politica, come si legge nell'*Interim Report*, sopra citato e poi sviluppato secondo continuità politica nel *Final Report*.

tore di servizi audiovisivi *Virgin Media*, che da tempo sta utilizzando il cavo come condotto per la fibra ottica. Questa sana competizione a due ha sollecitato investimenti considerevoli da parte di *British Telecom*, costretta prima ad aggiornare, poi a sostituire la piattaforma in rame con la fibra ottica; dunque, in sintesi al monismo italiano di concorrenti e piattaforme – un dominante e un solo mezzo trasmissivo (la vecchia rete fissa in rame) – corrisponde il dualismo britannico di *competitors* e di mezzi.

Il secondo fattore non trascurabile riguarda la politica di utilizzazione dello spettro radio: noi fino a oggi abbiamo mantenuto ferma la corrispondenza biunivoca frequenza/tipologia del servizio⁶³, per cui le frequenze liberate con la conversione del segnale televisivo da analogico in digitale sono state *a priori* negate all'operatore di telefonia mobile, potenzialmente interessato al loro acquisto per coprire con la banda larga in tecnica *wireless* zone del paese irraggiungibili dalla rete fissa. Il nostro Governo e l'A.G.Com., ciascuno per quanto di propria competenza, hanno scelto di restituire le frequenze residue al comparto dell'audiovisivo. In particolare, l'Autorità ha deliberato un piano di assegnazione delle frequenze discutibile⁶⁴ in punto di diritto: perché inidoneo a riequilibrare a favore dei nuovi entranti la posizione di vantaggio dei due oligopolisti televisivi, il cui pacchetto di frequenze, invece di essere congelato, è cresciuto proporzionalmente in modo da conservare loro inalterata la rispettiva dominanza⁶⁵; perché anticomunitario per violazione del principio della neutralità tecnologica⁶⁶ quando ripropone la connessione

⁶³ Per una panoramica dei vizi e delle poche virtù del nostro sistema di ottimizzazione "al ribasso" dello spettro frequenziale, si leggano le lucide osservazioni di N. D'ANGELO, *Dividendo digitale. Cosa fa l'Europa, cosa non ha fatto l'Italia*, in *www.la-rete.net*.

⁶⁴ AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI, *Piano nazionale di assegnazione delle frequenze per il servizio di radiodiffusione televisiva terrestre in tecnica digitale: criteri generali*, *Delibera 300/10/CONS* (28 giugno 2010), in *www.agcom.it*, preceduto dalla *Delibera 181/09/CONS*, quanto a vizi specifici della *Delibera 181*, si pensi alla sua discontinuità rispetto al sistema comunitario concorsuale di assegnazione delle frequenze, convertito nel non remunerativo e discrezionale metodo del *beauty contest*, si veda l'intervista a N. D'ANGELO di G. CAMPESATO, pubblicata in *Corriere delle comunicazioni*, del 6.4.09, a p. 15.

⁶⁵ Cfr.: G. DE MINICO, *Banda larga e tv digitale: c'è un futuro per i nuovi diritti sociali?*, in *Europa*, 28 maggio 2009, a p. 8.

⁶⁶ In proposito, cfr.: R.W. HAHN - R.E. LITAN - H.J. SINGER, *The economics of 'wireless net neutrality'*, in *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 3(3), 2007, pp. 399-451; da ultimo, anche: U. KAMECKE - T. KORBER, *Technological neutrality in the EC*

biunivoca frequenza-servizio, escludendo di distrarre frequenze in origine destinate all'audiovisivo per i servizi di comunicazione elettronica. Non va però taciuto un importante passaggio del piano in oggetto (art. 12 del piano e il punto 4.2.5 del suo allegato tecnico), in cui l'Autorità si riserva di segnalare alle sedi politiche competenti le opportune azioni per ricostruire un futuro dividendo esterno a favore di operatori diversi dai *broadcasters*⁶⁷. A giudizio di chi scrive, il *modus operandi* dell'Autorità non convince e per molte ragioni. Perché è inefficiente in quanto rinvia a domani quello che avrebbe potuto fare oggi. Perché ha esiti incerti in quanto l'azione suggerita al legislatore, probabilmente la revoca sanzionatoria delle frequenze inutilizzate, aprirà un contenzioso lungo e dal risultato recuperatorio improbabile, visto che le emittenti locali, potenziali sottoutilizzatrici delle frequenze, potranno sempre sostenere che anche mandare in onda un vecchio film sia impiego fruttifero della frequenza al fine di sottrarsi alla sua restituzione. Perché è inidoneo il metodo regolatorio: rispetto a situazioni suscettibili di compromissione irreversibile, quali l'occupazione inefficiente dello spettro, tecniche regolatorie di tipo precauzionale andrebbero preferite per la semplice constatazione che è meglio prevenire l'evento dannoso piuttosto che reprimerlo una volta accaduto. Nel nostro caso ciò avrebbe consigliato all'Autorità l'adozione di sistemi di accesso alle frequenze selettivi dell'aspirante in ragione del prezzo offerto, onnicomprensivo di tutte le utilità desumibili dal bene stesso. Questa particolare modalità concorsuale avrebbe evitato all'origine atteggiamenti di sottoutilizzazione delle frequenze. E infine, perché esso è anomalo⁶⁸ e antitetico rispetto alla politica europea di ottimizzazione dello spettro, soste-

regulatory framework for electronic communications: a good principle widely misunderstood, in *European Competition Law Review*, vol. 29, n. 5, 2008, pp. 330-337.

⁶⁷ Si legga in particolare l'Allegato tecnico 2, a p. 26: «in particolare grazie alla tecnica SFN sarà *possibile*, in *prospettiva*, soddisfare l'esigenza di una riserva dei canali 61-69 ai servizi mobili e personale da realizzarsi con una sequenza di *recuperi* delle frequenze non assegnate o non utilizzate in maniera efficiente» (corsivo dell'autore: noti il lettore le tre espressioni "prospettiva", "possibile" e "recuperi" sintomatiche di questa politica del rinvio a tempi futuri).

⁶⁸ Anomalia, questa, che anche il Presidente della Camera dei Deputati, Gianfranco Fini ha prontamente rilevato in occasione della *Relazione annuale sull'attività svolta e sui programmi di lavoro dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, Roma, 6 luglio 2010: «Le risorse di 'spettro radio', conformemente alle indicazioni delle istituzioni comunitarie, dovrebbero essere, inoltre, assicurate ai servizi di connessione in banda larga, sulla base del modello del cosiddetto "dividendo digitale esterno"».

nuta, sebbene con qualche incertezza, dalla Commissione Europea, che, salvo in sede di revisione del pacchetto Direttive, ha incoraggiato in documenti di *soft law*⁶⁹ comunitario gli Stati membri all'impiego promiscuo delle frequenze liberate in vista dell'azzeramento del divario digitale.

Anche su questa questione merita di essere ricordata la diversa posizione del Governo britannico⁷⁰, che ha destinato una parte della banda, recuperata dalla digitalizzazione del segnale televisivo, alla telefonia mobile, i cui gestori, selezionati secondo procedure comparative, concorrono nella ripartizione del cd. "dividendo digitale esterno" da impiegare per coprire in banda larga luoghi remoti o scarsamente popolati disertati dalla rete fissa⁷¹.

⁶⁹ Si veda in particolare il parere del RADIO SPECTRUM POLICY GROUP (RSPG), *Opinion on the radio spectrum policy programme*, Brussels, 9 June, 2010, in <http://rspg.ec.europa.eu/consultations7/responses-rspp2010/index-en-btm>, atto anticipatorio della imminente politica comunitaria sullo spettro radio, obbediente ai principi della neutralità tecnologica e dell'armonizzazione degli *standard* operativi. Il parere auspica che il progetto politico europeo tenderà a «achieve coordinated availability of the 800 MHz band for ECS other than broadcasting in all the EU Member states by 2015» (punto 32, a p. 9). Qui preme sottolineare che questo documento – non diversamente dai precedenti (COMMISSIONE EUROPEA, *Raccomandazione 2009/848/EC* del 28 ottobre 2009) e presumibilmente dal suo atto definitivo – non impone agli Stati la destinazione al mobile della banda 800, ma li invita a considerare questo obiettivo. Del resto se la Commissione avesse voluto impedire situazioni ambigue, tipo quella italiana, lo avrebbe potuto fare nel rivedere la direttiva quadro, la cui versione novellata (Dir. 2009/140), invece, è debole, limitandosi a incoraggiare gli Stati ad assumere atteggiamenti di disponibilità verso tale risultato (nei *Cons.a* 34, 35 e 36 e nell'art. 7, co. 3).

⁷⁰ DEPARTMENT FOR CULTURE, MEDIA AND SPORT AND DEPARTMENT FOR BUSINESS, INNOVATION AND SKILLS, *Digital Britain. Final Report*, (giugno 2009), pp. 70-72, in <http://www.officialdocuments.gov.uk/document/cm76/7650/7650.pdf>., già anticipato dall'*Interim*, dove a p. 55 è annunciato che: «Making available more radio spectrum suitable for next generation mobile services. O.F.COM. has proposed the release of the so-called 3G expansion band at 2.6 GHz. The Government will support proposals from O.F.COM. to play a key role in a pan-European alignment of the digital Dividend Review Spectrum (the so-called Channel 61-69 band), being released by the progressive switchover from analogue to digital broadcasting, pioneered by the UK. This will free up radio spectrum particularly valuable for next generation mobile services».

⁷¹ Un'attenta riflessione si deve a M. CAVE - K. HATTA, *Universal service obligations and spectrum policy*, in *Info*, vol. 10, n. 5/6, 2008, pp. 59-69, in part. a p. 66, gli Autori individuano, tra le misure regolatorie incentivanti l'utilizzazione ottimale delle frequenze, il loro prezzo d'asta, da calcolare sul parametro dell'"opportunity cost", inteso come «the cost of providing the alternative service in the production of which the spectrum would most efficiently be used if it were not employed a sit currently is». In tal modo, l'operatore avrà tutto l'interesse a impiegarle effettivamente per la fornitura della banda larga pur di rientrare nei costi.

In sintesi, i nostri governanti non solo non hanno finora investito alcunché, ma hanno altresì impedito il concorso virtuoso tra le diverse piattaforme trasmissive nella copertura del divario digitale, non curanti del preoccupante ritardo italiano rispetto agli altri Stati, già avvantaggiati grazie alla competizione tra operatori e piattaforme.

Nonostante la situazione italiana sia molto distante da quella inglese, il nostro Governo sembra al più ispirarsi al modello di intervento pubblico, inaugurato da Gordon Brown e ora riproposto con attenuazioni dalla coalizione conservatrice-liberale⁷², nell'errata convinzione della parità delle rispettive situazioni di partenza.

Nel *Final Report* il Governo britannico si è impegnato ad assicurare entro il 2012 la connettività universale, cioè il diritto di ciascun cittadino a una banda non inferiore a 2Mbps, contando dunque di coprire le cc.dd. zone bianche o grigie con aiuti di Stato conformi col diritto comunitario, trattandosi di zone non altrimenti raggiungibili dall'iniziativa privata⁷³. Quindi, il Governo ha avviato un'azione di sostegno finanziario complementare coi piani di investimento privati, giocando un ruolo di attore secondario, residuale, limitatamente ai sussidi, non essendovi la necessità di fare di più⁷⁴. Lo stesso Governo non ha però esitato a ricorrere a ulteriori misure di politica economica a sostegno della banda larga, lì dove ne ha ravvisato la necessità. Così è intervenuto sull'offerta, con la ricordata liberalizzazione delle frequenze a vantaggio del *wireless*, e parallelamente sulla domanda con puntuali programmi di alfabetizzazione informatica, rimessi già da tempo alla *mission* educativa della *British Broadcasting Corporation*.

⁷² THE CONSERVATIVE MANIFESTO 2010, *Invitation to join the government of Britain*, in <http://7www.conservatives.com/>, a p. 24.

⁷³ I casi più emblematici sono: lo Yorkshire e la Scozia, che, pur nella diversità delle soluzioni gestorie finali, riconfermano la natura suppletiva, residuale, come si diceva nel testo, dell'intervento pubblico, trattandosi rispettivamente di *grey* e *white zones*. Nel primo caso la rete finanziata dalla Stato diventa di sua proprietà, più precisamente di un organismo pubblico lo *Special Purpose Vehicle*, che la deve mettere a disposizione in termini di capacità trasmissiva ai privati fornitori di servizi; nel secondo la rete rimane di proprietà del privato beneficiario del finanziamento, tenuto a compensazione ad assicurare l'accesso all'ingrosso agli altri operatori. Cfr.: 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; EUROPEAN COMMISSION, C(2008) 1623 final, *State aid N 14/2008 - United Kingdom. Broadband in Scotland - Extending Broadband Reach*, in http://ec.europa.eu/com-petition/sectors/telecommunications/broad-band_d.

⁷⁴ DEPARTMENT FOR CULTURE, MEDIA AND SPORT AND DEPARTMENT FOR BUSINESS, INNOVATION AND SKILLS, *Digital Britain*, cit., p. 57.

Sempre nel *Final* il Governo ha chiarito che il secondo livello di intervento consisterà nel «take action separately to address the issue of next generation broadband availability»⁷⁵, cioè nel riconoscere solo ai residenti delle zone rurali il diritto a connettersi alle reti di nuova generazione, che il Governo intende finanziare nella convinzione dell'assenza di un interesse privato a investire perché zone non remunerative. Quindi, il Governo già dal 2009 ha rivendicato un proprio ruolo progettuale nelle NGN, sostenendone la realizzazione nelle sole zone bianche; e che non si sia trattato di un mero impegno politico lo dimostra l'imposizione di una tassa *ad hoc* ai cittadini utenti della rete fissa pari a 50 p annui destinati a finanziare il cd. *final third*⁷⁶.

L'attuale coalizione di governo già nel suo programma elettorale aveva annunciato⁷⁷ che avrebbe eliminato l'odiosa tassazione, senza però rinunciare al secondo livello previsto nel *Final Report*; così ai 50 p ha sostituito una quota del canone della BBC destinata ai progetti pilota di NGN, quelli cioè relativi a zone del paese non servite dal mercato. Una sostanziale continuità politica è il comune denominatore dei due ultimi Esecutivi britannici: entrambi impegnati ad attuare il diritto universale alla banda larga, entro i 2Mbps, e a riconoscere invece un'universalità selettiva, quando lo stesso diventa diritto a una connessione super veloce, quella che corre sulle nuove reti. Si tratta sì di *commitments*, dove però il termine non è sinonimo di un impegno solo sulla carta, perché a esso sono seguiti atti esecutivi del dovere prestazionale, il che ripropone la costruzione giuridica del diritto sociale, che impone al soggetto pubblico il dovere politico della sua attuazione, da assolvere con atti di intermediazione normativa, sempre che il primo lo voglia.

Il nostro attuale governo, invece, sembrerebbe voler imitare l'azione inglese solo nel primo *step*, cioè quanto alla natura complementare dell'intervento finanziario pubblico a sostegno del diritto a 2 Mbps, perché nei due passi successivi o si è mosso nella direzione opposta a quella inglese o non si è attivato affatto.

⁷⁵ DEPARTMENT FOR CULTURE, MEDIA AND SPORT AND DEPARTMENT FOR BUSINESS, INNOVATION AND SKILLS, *Digital Britain*, cit., p. 53.

⁷⁶ ID., *Digital Britain*, cit., a pp. 64-65, e per un'analisi dettagliata delle modalità di finanziamento del terzo livello, cioè delle popolazioni rurali raggiungibili solo dalla mano pubblica, vedi il lavoro di F. ABBONDANTE, cap.IV, in part. parr. 5 e 5.1.

⁷⁷ THE CONSERVATIVE MANIFESTO 2010, *Invitation to join the government of Britain*, cit., a p. 24. Per i primi commenti sul punto nella stampa si vedano: A. PARKER - B. FENTON, *BBC fee to pay for superfast broadband*, in *Financial Times*, June 2010.

A me sembra che un'azione pubblica di tipo residuale, se ben si adatta al Regno Unito, non fa invece al caso nostro, dove occorrerebbe rovesciare la logica dell'intervento statale, da secondario a primario, in modo da restituire al Pubblico un ruolo strategico, non solo nell'impegno di spesa, quanto nella definizione della gestione delle nuove reti. In questa situazione, sarebbe un grave errore se lo Stato delegasse ai privati la decisione del se, come, quando e dove investire nella banda larga, scelte, queste, di *public policies*, che, presupponendo una visione sistemica e di lungo periodo, esulano dalla disponibilità *iure privatorum*⁷⁸. Riservare allo Stato il compito di decidere tempi e modalità del nuovo corso dello sviluppo economico, che vuole sfidare i vecchi miti del liberalismo classico per affermare modelli economici compatibili con le preoccupazioni di solidarietà sociale, può significare varie cose.

a) In primo luogo, per le ragioni esposte prima l'investimento dovrà essere prevalentemente pubblico e generoso nel *quantum*, il che incontrerebbe il favore della Commissione europea, che ha di recente aperto una parentesi di riflessione sulla politica in tema di aiuti di Stato⁷⁹. Il concetto stesso di aiuto è in corso di radicale revisione⁸⁰, stretto nella nozione statica e atemporale elaborata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia⁸¹, flette ora verso una dimensione dinamica, che sappia tenere insieme le preoccupazioni competitive con

⁷⁸ F. CAIO, *Portare l'Italia verso la leadership europea nella banda larga. Considerazioni sulle opzioni di politica industriale. Presentazione sulle conclusioni del progetto al Ministero dello Sviluppo Economico - Comunicazioni*, in www.comunicazioni.it, dove il consulente del Governo italiano rileva l'impraticabilità di una politica di sviluppo della nuova rete di accesso affidata a investimenti prevalentemente privati per l'indisponibilità dei gestori a rischiare denaro su progetti dai ritorni incerti e di lungo periodo. Inoltre, ulteriori fattori, quali: l'impatto sulle dinamiche competitive e sul quadro regolatorio, il notevole sforzo di pianificazione e coordinamento sul territorio [...], la necessità di un coinvolgimento di più attori per il coordinamento di processi un tempo gestiti all'interno di un unico soggetto (l'operatore ex-monopolista)» richiedono una regia statale.

⁷⁹ Vedi la consultazione della COMMISSIONE EUROPEA, *Community Guidelines for the application of state aid rules in relation to rapid deployment of broadband networks*, in http://ec.eu-ropa.eu/competition/consultation/2009_broadband_guidelines/index.html.

⁸⁰ Un'anticipazione si legge già in J.P. VAN DER VEER, *Is the market failing? The commission's assessment of state aid to broadband networks*, in *European Competition Law Review*, vol. 29, n. 6, 2008, pp. 363-366.

⁸¹ Si vedano: CORTE DI GIUSTIZIA, *Regno del Belgio c. Commissione*, causa C-142/87, 21 marzo 1990, in *Racc.*, 1990, I, pp. 959 ss.; *Id.*, *Regno di Spagna c. Commissione*, cause riunite C-279/92 e C-280/92, 14 settembre 1994, in *Racc.*, 1994, I, pp. 4397 ss.; *Id.*, *Altmark Trans GmbH, Regierungspräsidium Magdeburg c. Nahverkehrs-gesellschaft Altmark GmbH*, causa C-280/00, 24 luglio 2003, in *Racc.*, 2003, I, pp. 7747 ss.

l'opportunità di un intervento pubblico, non necessariamente vincolato al fallimento di mercato. In altri termini, il nuovo corso della politica europea apre a forme di supporto pubblico legittimate a intervenire anche in presenza di imprese private pronte a investire, in questo caso però il valore aggiunto dell'aiuto sarà misurabile, in termini, non più di indispensabilità della prestazione, bensì di suo maggiore pregio per copertura o per rapidità di banda. Ovviamente, la valutazione andrebbe condotta con molta cautela: l'aiuto sarebbe subordinato all'obbligo di rendere disponibile la rete agli altri operatori al fine di consentire loro di "pianificare gli investimenti futuri senza subire reali svantaggi concorrenziali". Detto obbligo, a differenza di quelli asimmetrici prima esaminati, è posto a garanzia della "non distorsività" dell'aiuto rispetto alla dinamica competitiva; esso infatti, rimanda a una relazione sinallagmatica tra l'impresa beneficiaria dell'aiuto e la Commissione, il che potrebbe comportare la risoluzione dell'aiuto e la conseguente restituzione dell'apporto finanziario per grave e reiterato inadempimento dell'obbligazione di accesso. A conferma della sua estraneità alla logica delle regole asimmetriche si considerino tre ulteriori circostanze: la Commissione non ne affida l'imposizione alle Autorità nazionali, competenti invece sulle seconde; ha presupposti autonomi da quelli legittimanti la misura asimmetrica⁸²; infine, esso si giustificerebbe prioritariamente nei confronti delle regioni europee in ritardo nel compimento del loro progetto di inclusione sociale. Insomma, questa insolita elasticità di Bruxelles in tema di aiuti sembrerebbe proprio scritta per noi, nel caso volessimo approfittarne.

b) In secondo luogo, lo Stato dovrebbe secondo opportunità politica decidere quale velocità di banda larga intende assicurare, ammesso che la voglia assumere come prestazione di servizio universale, trattandosi di una valutazione ponderata di almeno due variabili: il costo e i vantaggi, intesi come tipologia di servizi a rete ricevibili da casa.

c) Infine, lo Stato come architetto di sistema dovrebbe disegnare un modello gestorio, pubblico o privato, flessibile alla realizzazione degli obiettivi di *public policies*, e, in entrambi i casi, tratteggiarne la fisionomia in modo da assicurarsi un soggetto disponibile al buon fine dell'operazione.

⁸² A mio avviso si potrebbe anche sostenere il cumulo degli obblighi, sempre che ricorrano i presupposti di entrambe le discipline.

8. *I nodi problematici dei modelli di governo della banda larga*

Nella prospettiva da me delineata lo Stato non può rinunciare a disegnare la fisionomia del futuro gestore della rete; la sua libertà non è nel decidere di non esserci, ma nello scegliere le modalità di una presenza all'altezza del compito: guidare il processo di innovazione economica verso la piena inclusione sociale, la competizione tra piattaforme trasmissive vecchie e nuove, l'apertura di queste ultime a operatori alternativi all'*incumbent*, la partecipazione alla ricchezza materiale e informativa di categorie sociali, territori, forze economiche a oggi escluse.

La scelta varierà quindi tra un modello gestorio pubblico e soluzioni più o meno private, benché eterodisegnate in vista della missione sociale.

8.1. *Il modello pubblico.* Nel caso in cui lo Stato decidesse di coprire integralmente i costi necessari alla realizzazione della banda larga, spetterà a esso anche il momento successivo: il governo della rete tramite un soggetto pubblico. Quest'ultimo si limiterà a negoziare con i fornitori dei servizi la capacità trasmissiva della rete, essendogli precluso l'intervento nei traffici sul mercato al dettaglio, cioè non dovrà a sua volta fornire il servizio di connessione all'utente finale. Il vantaggio del gestore 'neutrale' è il suo essere antitetico all'operatore verticalmente integrato, presente contemporaneamente sul mercato all'ingrosso, come venditore di *input* di rete agli altri operatori, e su quello al dettaglio, come fornitore dei servizi al cliente. L'*incumbent* della vecchia rete, infatti, vive una condizione fisiologica di conflitto di interessi che neanche le regole asimmetriche comportamentali sono riuscite a neutralizzare⁸³. Esse infatti lo obbligano a mettere a disposizione degli altri operatori la sua rete alle me-

⁸³ A conferma ulteriore dell'inidoneità dei rimedi comportamentali a compensare la dominanza dell'operatore verticalmente integrato si consideri che nell'esperienza italiana, l'operatore dominante, la Telecom, pur rispettando formalmente la normativa sui rimedi, è stato più volte sanzionato dall'Antitrust per abuso di posizione dominante (tra i tanti, cfr. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Prov. 351/2004*, del 16.11.04, in *www.agcm.it*). Ora, se la norma asimmetrica fosse stata davvero efficace, avrebbe prevenuto la commissione di abusi, ma l'effetto deflattivo atteso sulla normativa *antitrust* non si è avuto a conferma dell'inutilità dei soli rimedi comportamentali in presenza di deficienze di mercato insanabili perché dovute all'unicità della rete, al suo essere *essential facility*, e alla sua titolarità in capo all'*incumbent*.

desime condizioni riservate alle proprie divisioni commerciali⁸⁴, pretendendo così di mimare un mercato effettivamente competitivo. Ma l'*equal access* tra i clienti indipendenti e le sue divisioni commerciali, risultato di questa finzione giuridica, non equivale affatto all'affidamento della rete a un gestore estraneo alle negoziazioni sul mercato a valle. Infatti, mentre per l'operatore integrato il rispetto formale del principio della parità di trattamento non gli impedirà di praticare agli operatori indipendenti condizioni peggiori di quelle riservate a se stesso al fine di ridurre la pressione competitiva sul mercato a valle⁸⁵, per il gestore pubblico neutrale le domande di accesso alla rete saranno effettivamente tutte uguali a prescindere dalla provenienza soggettiva, perché non avrebbe motivo di favorirne una a discapito di un'altra, dipendendo il suo guadagno dalle entrate connesse all'utilizzazione ottimale della rete.

Aver adottato la soluzione gestoria pubblica non azzera la questione regolatoria, semplicemente ne muta l'oggetto, che diventa la fisionomia del nuovo soggetto e il suo dialogo con la sfera pubblica. In altri termini, possiamo a chiederci: il gestore pubblico con chi si rapporterà? Il suo interlocutore sarà il Parlamento o il Governo? Risolverei l'alternativa attraendo sia i poteri di nomina degli organi del gestore di rete, sia quelli di direzione del suo *modus agendi* alla competenza politica del Parlamento, soggetto che, limiti a parte, è in principio deputato a sintetizzare l'intera volontà nazionale, il che, per le opposte ragioni, esclude la candidatura dell'Esecutivo.

Si riproporrebbero insomma problemi simili a quelli che la nostra Corte Costituzionale affrontò agli inizi degli anni '70, quando, nel tentativo di isolare la Rai dall'ingerenza del Governo, invitò il legislatore a disegnare in direzione filo-parlamentare *governance* ed eterocontrollo del monopolista dell'etere. L'involuzione della parlamentarizzazione nell'occupazione partitica della Rai dimostrò che il sistema non era in sé sbagliato, cioè il *vulnus* non era nell'aver spostato la regia dall'Esecutivo al Parlamento, bensì nelle sue modalità attuative, ri-

⁸⁴ In termini generali sulla struttura e sulle differenze tra le regole asimmetriche comportamentale e quelle strutturali, volendo: G. DE MINICO, *La sfida europea sulle telecomunicazioni: autori, regole, obiettivi*, in A. PACE - R. ZACCARIA - G. DE MINICO (a cura di), *Mezzi di comunicazione e riservatezza*, Napoli, 2008, pp. 164-168.

⁸⁵ Rilievi critici all'inadeguatezza dei soli rimedi comportamentali furono esposti dall'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Relazione sull'attività svolta (anno 2004)*, Roma, 2005, pp. 14-15.

messe alla Commissione di vigilanza, vittima della colonizzazione partitica. Quindi, se vogliamo recuperare da quella esperienza un positivo utile ai nostri fini, gli organi amministrativi e di controllo del gestore pubblico dovrebbero essere nominati dall'intero *plenum* assembleare di ciascuna Camera a maggioranza qualificata, previo scrutinio delle candidature secondo procedure competitive di confronto pubblico dei *curricula*, già note da tempo all'esperienza statunitense delle *hearings*, che precedono le nomine dei commissari delle *Independent Regulatory Commissions*⁸⁶. Così come alla medesima assemblea parlamentare dovrebbe spettare la predisposizione anticipata di linee guida, ben più puntuali di quelle elaborate dalla Commissione di vigilanza, dirette a orientare la gestione della nuova rete a quegli obiettivi strategici che costituiscono la ragione di fondo dell'investimento statale nella nuova piattaforma trasmissiva.

Un ultimo problema aperto, ma, a differenza del primo, di difficile soluzione, attiene al fatto che gli operatori, potendo contare su una rete pubblica, perderebbero interesse e incentivo a investire in reti alternative. Quindi, si tratterebbe di un sistema che non promuove affatto il concorso dell'apporto privato.

8.2. *Il modello privato*. Il difetto insanabile del modello pubblico, di cui si è detto prima, non interessa invece la soluzione gestoria opposta, che affida la realizzazione della nuova rete di comunicazione a un coacervo di forze pubbliche e private a composizione variabile.

La soluzione del partenariato pubblico-privato funzionerebbe, ma a una condizione: la regia dell'intera operazione – dal disegnare la fisionomia del futuro gestore all'orientarne l'azione verso l'integrazione territoriale e l'inclusione sociale – deve rimanere allo Stato. Questo, infatti, si avvale dei privati, preferibilmente nella loro dimensione collettiva, per lo svolgimento di un'attività di interesse generale, sempre che i suoi delegati siano all'altezza dei compiti loro affidati. Se la sussidiarietà è una relazione di ausilio del privato allo Stato, a questo spetterà decidere se e a quali condizioni condividere

⁸⁶ La necessità di disegnare meccanismi di nomine neutrali accomuna soggetti costituzionali e non, investiti di compiti di garanzia o di controllo, che, come tali, richiedono l'indipendenza genetica dalla maggioranza politica di turno; in tema sempre attuali le lucide riflessioni di M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994, pp. 226-228.

il lavoro con i privati, guidandone in anticipo gli sviluppi e, se del caso, intervenendo per riallinearlo ai fini sociali⁸⁷.

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

In questa ottica funzionalizzata l'impresa commerciale, sensibile agli interventi orientativi del legislatore per fini di pubblica utilità, subisce una profonda deviazione dal modello privatistico, perché il perseguimento del fine lucrativo è ammesso nella misura in cui è compatibile con gli scopi sociali della promozione territoriale delle zone in *digital divide* e dell'*equal access* alla rete tra i fornitori di servizi.

Le deroghe al diritto commerciale si giustificherebbero allora alla luce di queste finalità e l'impresa di diritto speciale riserverà poteri statici e dinamici allo Stato, benché estraneo alla compagine societaria.

a) Esaminiamo i primi. Essi dovranno consentire allo Stato di disegnare *ex ante* la fisionomia interna dell'impresa deputata alla gestione della rete, un soggetto la cui identità è stata sottratta all'autonomia statutaria e decisa in alto, in quanto servente il buon fine del compito delegatogli dallo Stato. Questa fisionomia a mio avviso dovrebbe consistere in un'identità snella quanto a prescrizioni eteroimposte al fine di comprimere il meno possibile l'autodeterminazione statutaria. Ritengo però che questo minimo si risolva almeno nell'imporre alla futura società per azioni, il cui azionariato sarà tendenzialmente composto dagli operatori di rete e dai fornitori di servizi, la regola del voto *pro capite*. In deroga al principio fondamentale delle società di capitali, che commisura proporzionalmente i diritti amministrativi all'entità del capitale, qui il diritto di voto si autonomizza dal potere economico dei soci in nome del principio mutualistico: un socio un voto.

Un riferimento da cui partire è offerto dall'art. 2351, co. 3, del c.c., che fissa un tetto massimo ai diritti di voto in ragione del pos-

⁸⁷ Problemi analoghi ricorrono ogni qual volta lo strumento negoziale venga impiegato per realizzare *public policies*, è il caso, ad esempio, dell'autoregolazione promossa a fonte di produzione del diritto. In proposito, volendo: G. DE MINICO, *Regole. Comando e Consenso*, Torino, 2005, in part. il cap. IV; una diversa lettura al problema è suggerita da D. SICLARI, *Contributo allo studio della sussunzione legislativa di regole formate dai privati*, in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, paper provvisorio in www.astrid-online.it.

sesso azionario concentrato nelle mani di uno stesso soggetto⁸⁸. Si potrebbe obiettare però che l'art. 2351 parla di limiti, mentre il "voto capitario" va oltre la nozione di "tetto massimo", essendo la misura estrema che azzerava ogni proporzionalità tra potere gestorio e rischio d'impresa. I soci conteranno tutti allo stesso modo quando si dovranno prendere decisioni di politica aziendale: il volere dell'operatore che abbia conferito l'intera sua rete varrà quanto quello di chi abbia rischiato porzioni meno significative. Si potrebbe ancora obiettare che la disposizione ricordata rappresenta il limite estremo, invalicabile, all'autonomia statutaria, mentre il voto "capitario" è un vero e proprio ribaltamento della logica di mercato, secondo cui conta di più chi rischia di più. Ma la disposizione eccezionale sarebbe legittima sia in forza del titolo introduttivo, una legge speciale in deroga alla disciplina primaria del 2351 in linea dunque con quanto il principio di gerarchia delle fonti esige, sia in virtù di un'adeguata giustificazione della deviazione dal modello generale. Qui però tale *ratio*, a differenza di altri esempi di voto equiordinato, non incontra l'esigenza di difendere le minoranze azionarie dalla dominanza del capitale di comando, arginandolo con misure di limitata sterilizzazione del voto, tendendo piuttosto ad assicurare il diritto di tutti gli operatori-soci di accedere alla nuova rete a condizioni di equiordinazione. Gli azionisti di minoranza, cioè i piccoli operatori di rete, non sono protetti in quanto tali – altrimenti saremmo ancora nello schema privatistico diretto a garantire equilibri ponderati nel governo della società – ma come aspiranti all'accesso alla rete. Assicurare loro la *par condicio* nell'amministrare la rete diventa la condizione necessaria per garantire la parità di accesso e con essa l'eliminazione dei vantaggi competitivi ingiustificati dell'*incumbent* nel mercato al dettaglio. Se tutti gli operatori acquistano la propria rete alle medesime condizioni, nessuno di essi godrà di un privilegio competitivo nella relazione con l'utente finale. La perfetta equiordinazione nel voto assicurerà una gestione neutrale della rete rispetto alle domande di acquisto della capacità trasmissiva provenienti prevalentemente dai soci stessi. Se non si vuole riproporre all'interno della società di ge-

⁸⁸ I profili di diritto commerciale esulano dalla mia competenza, tra i commenti alla norma dopo la novella, tra gli altri, si vedano: A. ANGELILLIS - M.L. VITALI, *Commento agli artt. 2346-2362 c.c.*, in M. NOTARI (a cura di), *Azioni*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI - L.A. BIANCHI - F. GHEZZI - M. NOTARI, Milano, 2008, pp. 440 ss., con ampi riferimenti dottrinali.

stione il rapporto negoziale asimmetrico tra *incumbent*, proprietario della rete e acquirenti dell'accesso, si dovrà imporre per via eteronoma una fisionomia di tipo cooperativo alla società di capitali incaricata della gestione della nuova rete. Diversamente, lo squilibrio negoziale oggi intercorrente tra le parti del contratto di accesso permarrrebbe, pur trasferendosi su un diverso piano, quello delle relazioni intersociali, obbedienti al criterio di misurazione *pro capitale* dei diritti di voto, lì dove dovrebbero conformarsi al criterio *pro capite*.

Avere scorporato i diritti amministrativi dal capitale rischio fa però salvo il rapporto proporzionale tra quest'ultimo e i diritti economici; gli utili, infatti, continuerebbero a essere calcolati in ragione della frazione di capitale sottoscritta dal socio. La regola per cui il potere economico è misurato in forza del rischio finanziario che l'azionista corre è rispettata quanto alle aspettative economiche dei partecipanti, perché chi rischia di più ha diritto a un maggior guadagno; salterebbe invece la corrispondenza potere gestorio/capitale, il primo non essendo più determinato dall'entità del conferimento, ma indifferentemente appiattito sul voto *pro capite*.

b) Passiamo ai poteri dinamici. Si è detto che il legislatore non si limiterà a incidere sul governo interno della società, riservando allo Stato anche il potere di direzione, e ciò crea un vero e proprio *vulnerus* all'autosufficienza della società, che si dovrà conformare alle indicazioni di politica aziendale impartite dallo Stato, cioè da un soggetto estraneo ai suoi organi di autogoverno.

Poteri statici e dinamici consentiranno, dunque, allo Stato di mantenere la direzione politica di questo modello privato di gestione della rete fin quando il mercato avrà bisogno di una regia eteroimposta: si tratterebbe di poteri a intensità inversamente proporzionale alla maturità del mercato di autogovernarsi. Ne conseguirà che nel momento in cui il *digital divide* avrà smesso di dividere territori e genti, lo Stato dovrà rinunciare all'eterodirezione della società di gestione, ma dovrà mantenere ferma la regola interna del voto *pro capite* perché funzionale all'effettiva parità di offerte informative a noi cittadini.

9. Conclusioni

Concludiamo il nostro discorrere dalla tecnica ai diritti sociali con una rapida rassegna dei provvedimenti del Governo italiano in ragione della loro pretesa idoneità ad attuare il diritto sociale alla banda larga.

La lista è lunga, ma conta più omissioni che azioni: ha chiuso per alcuni mesi nel cassetto il rapporto Caio; ha bruciato i soldi un tempo previsti nella finanziaria 2008⁸⁹, non ha investito nell'alfabetizzazione informatica⁹⁰; non ha previsto regole incentivanti gli investimenti degli operatori di telefonia mobile nella banda⁹¹; non ha disegnato un modello di intervento unitario per compensare il *digital divide*⁹²; ha finalmente stanziato, dopo stralci e un'estenuante navetta parlamentare⁹³, 800 milioni di euro per la banda larga, cifra irrisoria rispetto a quanto preventivato dal consulente governativo⁹⁴, peraltro ancora congelata sul tavolo del CIPE; non ha conformato il modello di gestione privata delle nuove reti⁹⁵ all'effettiva apertura alla concorrenza;

⁸⁹ L. 24 dicembre 2007, n. 244, in G.U. n. 300/2007 (Legge finanziaria del 2008), il cui art. 2 è stato successivamente abrogato dal d.l. 27 maggio 2008, n. 93, conv. in l. n. 126/2008, che (all'art. 5) ha impiegato tali somme per coprire il mancato introito dovuto all'eliminazione dell'ICI.

⁹⁰ Solo per segnare una distanza si legga il programma del Governo francese, *France Numérique 2012. Plan de développement de l'économie numérique*, in www.franconumerique2012.fr, 20.10.2008. Esso punta a incentivare l'offerta di nuovi contenuti digitali e a vincere l'analfabetizzazione informatica. Per conseguire questo ultimo obiettivo il piano (a p. 48 e ss. e a p. 52 ss.) prevede di arricchire l'offerta scolastica pubblica con le «compétences qui sont devenues aujourd'hui indispensables pour russi son insertion professionnelle et sociale»; e di affidare all'«ambassadeurs du numérique» l'assistenza delle piccole e medie imprese nei percorsi di ICT. Nel caso si avessero ancora dubbi sulla buona volontà francese di promuovere la banda larga a nuovo diritto universale (a p. 10), si rifletta sulle concrete misure finanziarie atte a favorire forme di cooperazione tra Stato e comunità territoriali per la costruzione della banda *très haut débit*. Vedi per questo ulteriore passaggio il Conseil Economique, Social et Environnemental, *Avis*, 16.2.2009, in <http://www.conseil-economique-et-social.fr/rapport/doclon/09021603.pdf>. Sul tema, si rinvia allo studio di M. VIGGIANO, Cap. V, di questo volume.

⁹¹ Vedi quanto diffusamente illustrato nel par. 6 di questo capitolo.

⁹² A proposito di una politica a macchia di leopardo si veda l'analisi puntuale di M. AVVISATI, cap. III, parte I, di questo volume.

⁹³ Legge 18.6.2009 n. 69, *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*, in G.U. n. 140/09, ha disposto (art. 1) che il Governo individui «un programma di interventi infrastrutturali nelle aree sottoutilizzate necessari per facilitare l'adeguamento delle reti di comunicazione elettronica pubbliche e private all'evoluzione tecnologica [...]. Al relativo finanziamento si provvede con una dotazione di 800 milioni di euro per il periodo 2007-2013 a valere sulle risorse del fondo per le aree sottoutilizzate».

⁹⁴ F. CAIO, *Portare l'Italia verso la leadership europea nella banda larga. Considerazioni sulle opzioni di politica industriale*, cit., in part. a p. 45, dove si prevede che: «Il piano può essere completato entro il 2011 se avviato entro il giugno del 2009» con un «investimento stimato di 1,2-1,3 Miliardi di euro»; una cifra questa, molto distante dagli 800 mila stanziati dal Governo.

⁹⁵ Vice-ministro, P. ROMANI, *Audizione* disposta durante la Leg. XVI dalle Commissioni riunite IX Camera e 8 Senato, 8 giugno, in <http://www.comunicazioni.it/mini>

ha annunciato un discreto piano di *e-government*⁹⁶, che rischia di rimanere una promessa mancata in difetto di banda adeguata.

Neanche la crisi in corso può però giustificare il rifiuto a promuovere la banda larga come leva di politica economica, ne sia prova l'atteggiamento incoraggiante degli Stati Uniti⁹⁷, che, pur avendo messo a dieta forzosa la spesa pubblica, stanno impegnando risorse e mezzi sia per assicurare la connettività universale a tutti i cittadini americani, sia per disegnare un imponente sistema di valutazione dei progetti di digitalizzazione in fibra ottica a favore di categorie sociali deboli o di comunità intermedie, deputate a compiti sociali (scuole, ospedali, biblioteche). Ma l'iperattivismo statunitense ha concrete possibilità di successo in quanto non punta semplicemente sull'innovazione, ma lo persegue come obiettivo ricorrendo a una strategia politica, che non risparmia nessun mezzo: dall'uso ottimale dello spettro radio all'offerta con asta pubblica delle frequenze inutilizzate al miglior offerente, preferibilmente l'operatore mobile; dalla rimozione delle barriere anticompetitive di accesso alla alfabetizzazione digitale; dalla promozione dell'*e-health* e degli altri servizi in rete dell'amministrazione alla sicurezza dei dati dei cittadini utenti. Quanto detto comporta che queste iniziative politiche, puntuali suggerimenti della *Federal Communications Commission* al Governo americano, «do not require new government funding: rather, they seek to drive improvements in government efficiency, streamline processes and encourage private activity to promote consumer welfare and national priorities. The funding requests relate to public safety, deployment to unserved areas and adoption efforts, If the spectrum auction recommendations are implemented, the plan is likely to offset the potential costs»⁹⁸.

stero/ufficio_stampa/comuni-cati_stampa/pagina214.html; nella cui audizione mancano riferimenti al modo di essere del partenariato pubblico-privato, omissione che priva di ogni garanzia d'idoneità allo scopo sociale il modello cooperativo pubblico/privato; né tali elementi specifici si possono trarre dal generico richiamo alle «reti aperte alla concorrenza» condizione alla quale il Governo subordina il finanziamento del contratto di partenariato (così l. 69/09, cit., art. 1) tanto da poter definire tale partenariato un modello sbilanciato a favore dell'iniziativa privata, cioè una sorta di "delega in bianco" ai gruppi privati di interesse.

⁹⁶ GOVERNO ITALIANO, PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, MINISTRO PER LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E L'INNOVAZIONE, *Piano di E-Government 2012*, dicembre 2008, in www.ministeroperlapubblicamministrazioneinnovazione.it.

⁹⁷ Esamina ampiamente la politica di Obama il lavoro di A. RUBINO, Cap. II, par. IV, di questo volume.

⁹⁸ FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION, *Connecting America: the National broadband plan*, in <http://broadband.gov/plan/>, p. 4.

Noi invece abbiamo scelto di non puntare sulla banda larga, né come servizio universale⁹⁹, titolo di nuovi diritti sociali in un'ottica solidale, né come volano per uscire dalla crisi e recuperare in competitività internazionale¹⁰⁰.

Si teme dunque che l'assenza di una regia politica unitaria con la sua implicita delega in bianco agli operatori di comunicazione produca l'effetto opposto a quello sperato: la tecnica gioverà solo a chi è già avanti nella gara, perché l'assenza di regole pro-competitive sulle reti di nuova generazione gli consentirà di trasferirvi la sua dominanza; né la tecnica porrà sulla stessa linea ogni cittadino, perché ai meno fortunati per nascita o per ubicazione geografica non rimarrà che guardare chi riceverà i nuovi servizi in rete e potrà esercitare nelle forme virtuali le antiche libertà fondamentali. Esito inevitabile di un progresso tecnico non eterodiretto alla coesione sociale e al riequilibrio finanziario, di per sé incapace di asciugare le distanze, ma naturalmente incline a dilatarle verso una nuova asimmetria: la disuguaglianza digitale.

In conclusione, noi abbiamo rinunciato a innovare seriamente, preferendo alla sfida della coesione sociale e dell'integrazione territoriale una strategia di contenimento dell'innovazione. Bisogna proprio domandarsi: a chi giova tanto immobilismo e quando ripasserà questo treno veloce verso la competitività internazionale?

La bibliografia di questo lavoro e di quelli delle Autrici partecipanti alla ricerca da me coordinata è tutta riportata nelle rispettive note ai testi.

⁹⁹ Per sottolineare la distanza tra l'esistenza solo su carta dei nuovi diritti universali e la previsione di politiche coerenti con l'effettività dei diritti affermati, si veda: DEPARTMENT FOR CULTURE, MEDIA AND SPORT AND DEPARTMENT FOR BUSINESS, INNOVATION AND SKILLS, *Digital Britain. Final Report*, giugno 2009, in <http://www.culture.gov.uk/images/publications/digitalbritain-finalreport-jun09.pdf>, a p. 227, che prevedeva la creazione di un nuovo corpo «the Network Design and Procurement Group – at arm's length from central Government» Passi questi, in parte ripresi anche dall'*Invitation to join the government of Britain*, il Manifesto 2010 del partito conservatore.

¹⁰⁰ Si leggano in proposito le chiare parole di L. WAVERMAN, *Economic Impact of Broadband: An Empirical Study*, in www.connectivityscorecard.org/images/uploads/media/Report-BroadbandStudy-LECG-March6.pdf, p. 9: «The results from our study show that broadband – the ultimate melding of the telephone line [...] can have significant payoffs in terms of increasing productivity and economic growth».