Uguaglianza e accesso a Internet*

di Giovanna De Minico
(6 marzo 2013)

SOMMARIO: 1. Premesse sull'accesso a Internet. – 2. Le condizioni legittimanti l'accesso come diritto sociale. – 3. Verso la sua attuazione tra promesse e impedimenti. – 4. L'art. 81 della Costituzione italiana: un nuovo ostacolo ai diritti sociali? – 5. Il punto di vista del decisore europeo (5.1. L'occasione perduta: la revisione delle prestazioni incluse nel servizio universale. – 5.2. La rottura dello *status* di cittadino europeo. – 5.3. L'Agenda digitale europea tra mito e realtà). – 6. Regno Unito e Italia: un insostenibile confronto? – 7. Oltre il diritto di accesso. – 8. Le garanzie minime del costituzionalismo.

1. Premesse sull'accesso a Internet

Il diritto alla connessione veloce è la pretesa nei confronti dello Stato perché provveda a coprire diffusamente e omogeneamente il territorio nazionale con la banda larga in modo da permettere al pretendente, ovunque risieda e a un prezzo abbordabile, di navigare in rete alla velocità idonea per partecipare alle comunità virtuali, telefonare tramite Internet e ricevere dall'amministrazione i servizi digitalizzati. I vantaggi della connessione veloce sono valutabili in termini di inclusione della persona nel processo sociale e politico, perché la banda asciuga le distanze tra remoti e vicini, azzera le differenze di età, livella le impari condizioni fisiche: insomma, rende uguali coloro che tali non sono per le diverse fortune, favorendo la partecipazione attiva dei cittadini alla società dell'informazione e inventando modalità inedite didemocrazia continuativa destinate a rivitalizzare il dialogo intermittente tra rappresentante e rappresentato, proprio, appunto, della democrazia rappresentativa.

L'accesso veloce è pertanto funzionale all'uguaglianza sostanziale perché, agendo da leva atta a rimuovere gli ostacoli materiali ed economici al pieno sviluppo della persona, diventa occasione per l'effettivo esercizio delle libertà fondamentali – manifestazione del pensiero, comunicazione intersoggettiva – alle quali chi è gravato dalle preoccupazioni del vivere quotidiano (art. 2 Cost.)[1], è costretto a rinunciare. Quindi, il diritto di accesso sposta flussi finanziari verso chi non ha, condividendo la funzione equilibratrice propria dei diritti sociali[2], rispetto ai quali, però, presenta un profilo di unicità: a differenza del diritto alla salute o al lavoro, in grado di procurare vantaggi da soli, il diritto alla connessione di per sé non soddisfa alcun bisogno: la soddisfazione dell'interesse è qui rinviata all'acquisizione del bene finale, di volta in volta procurato dalla navigazione. Quindi, siamo in presenza di un diritto sociale a utilità plurima e differenziata.

---

* Questo saggio riproduce con alcuni aggiornamenti il capitolo IV del mio volume "*Internet. Regola e anarchia*, Jovene, 2012", perciò i rinvii qui presenti si intendono riferiti ai capitoli del volume.

[1] M. Mazziotti, *Diritti sociali*, in *Enc. Dir.*, vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964, a p. 808.

[2] In Assemblea Costituente (*Relazione alla Costituente*, I, 145 ss.) si avanzò un'interpretazione dell'uguaglianza sostanziale come fondamento assiologico dei diritti sociali. La dottrina che sviluppò questa intuizione è ricca di voci, tra le tante cfr.: F. Pergolesi, *Alcuni lineamenti dei diritti sociali (collana quaderni della Costituzione)*, Giuffrè, Milano, 1953, a p. 38; U. Natoli, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1955, a p. 72; L. Paladin, *Il principio costituzionale di uguaglianza*, Giuffrè, Milano, 1965, a p. 319; A. Baldassarre, *Diritti inviolabili della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1997, a p. 151; M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, vol. II, Cedam, Padova, 1995, a p. 101.

2. Le condizioni legittimanti l'accesso come diritto sociale

Ho chiamato "diritto" la pretesa di accesso a Internet, ma questa qualificazione è corretta se esiste una norma di diritto oggettivo che riservi alla pretesa il trattamento giuridico proprio della situazione soggettiva in cui si identifica[3]. Quale è il titolo legittimante da esibire?

a) Il titolo può essere contenuto in disposizioni espresse o implicite, che hanno a loro volta il proprio titolo in atti normativi nazionali o sovranazionali. Quanto alle disposizioni implicite, il diritto in oggetto sarà ricavabile per interpretazione sistematica o estensiva di una o più norme che non lo menzionano nominativamente.

Questo accesso esibisce come norma di diritto oggettivo disposizioni sovranazionali e anche interne costituzionali.

Partiamo, dall'ordinamento comunitario.

Qui il riferimento è a quelle norme della Carta dei Diritti - resa vincolante in virtù dell'incorporazione nel Trattato di Lisbona - che riconoscono, tra i vari diritti sociali[4], in particolare: agli anziani (art. 25) il diritto a "condurre una vita […] indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale"; alle persone con diversa abilità (art. 26) 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).

La Carta dei diritti fondamentali e, più in generale, il diritto dell'Unione - non più ordine parallelo, ma integrativo di quello statale - concorrono a comporre il parametro di legittimità costituzionale, il cui rispetto si impone al legislatore interno, secondo l'insegnamento della nostra Corte[5]. Ai fini della mia ricostruzione, l'interposizione

---

[3] Si conoscono bene le posizioni contrarie alla mia, espresse dalla quasi totalità della dottrina italiana. Qui non mi soffermerò a discuterle, ma riproporrò le mie ragioni, sviluppandole ulteriormente in punto di fatto e di diritto. Ma intanto segnalo i lavori di: P. Passaglia, *Diritto di accesso ad Internet e giustizia costituzionale. Una (preliminare) indagine comparata*, in *http://www.giurcost.org/studi/passaglia.htm*, p. 20; P. Tanzarella, *Accesso a Internet: verso un nuovo diritto sociale?*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" "I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia: Il ruolo della giurisprudenza", Trapani, 8-9 Giugno 2012; L. Cuocolo, *La qualificazione giuridica dell'accesso a Internet, tra retoriche globali e dimensioni sociale*, in *Pol. Dir*, 2-3, 2012, a pp. 263 ss.; F. Borgia, *Riflessioni sull'accesso ad Internet come diritto umano*, in *La Com. Intern.*, 2012, pp. 395 ss; T. E. Frosini, *Il diritto costituzionale di accesso ad internet*, in M. Pietrangelo (a cura di), *Il diritto di accesso a internet*, cit., pp. 23 ss. e, ritornando sul tema con ulteriori argomentazioni, P. Costanzo, *Miti e realtà dell'accesso ad Internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in P. Caretti (a cura di), *L'informazione. Il percorso di una libertà*, vol. II, Passigli, 2012.

[4] C. Salazar, A Lisbon story: l*a Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da un tormentato passato a un incerto presente*?, Relazione al Convegno su "I diritti sociali dopo Lisbona. Il ruolo delle Corti. Il caso italiano. Il diritto del lavoro fra riforme delle regole e vincoli di sistema" (Facoltà di Giurisprudenza, Università "Mediterranea"di Reggio Calabria, 5 Novembre 2011); P. Costanzo, *Il sistema di protezione dei diritti sociali nell'ambito dell'Unione europea*, in *http://www.giurcost.org/studi/CostanzoBelem.htm#_ftn1*; B. Caruso, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo*, in S. Sciarra - B. Caruso (a cura di), *Il lavoro subordinato*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, diretto da G. Ajani - G. A. Benacchio; M. Cartabia, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in F. Bassanini - G. Tiberi (a cura di), *Le nuove Istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Il Mulino, Bologna, 2008.

[5] Corte Cost. nn. 349 e 348 del 2007; 311 e 317 del 2009; 227 del 2010, reperibili in *http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do*. In dottrina: F. Donati, *La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, da consultare al sito: *http://www.osservatoriosullefonti.it/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=82&Itemid=56*; E. Pistoia, *Una nuova pronuncia della Corte Costituzionale sui rapporti tra diritto nazionale e diritto europeo*, in *Riv. Dir. Internaz.*, 2011, 1, pp. 79 ss.; A. Pace, *La sentenza Granital, ventitré anni dopo*, Relazione al seminario su "Diritto comunitario e diritto interno", tenuto presso la Corte Costituzionale il 20 Aprile 2007; R. Mastroianni, *Conflitti tra norme interne e norme comunitarie non dotate di efficacia diretta: il ruolo della Corte costituzionale,* in *Dir. Un. Eur.*, 2007, 03, 585; R. Calvano, *Una nuova (ed ottima) decisione in tema di mandato d'arresto europeo ed un vecchia obiezione*, nota a sentenza n. 227 del 2010, in *http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/articolorivista/una-nuova-ed-*

normativa del diritto dell'Unione, disposta dall'art. 117, co. I, Cost., comporta la coercibilità giuridica della pretesa prestazionale alla banda larga nei confronti del legislatore nazionale, non più libero di attivarsi, perché tenuto da un preciso obbligo comunitario a procurare un risultato utile al *quisque de populo*.

Lasciamo sullo sfondo la prevalenza e l'immediata precettività del diritto comunitario e cerchiamo in sede costituzionale il radicamento di questa inedita pretesa che il cittadino vanterebbe verso il legislatore nazionale.

Qui i riferimenti sono più di uno.

Innanzitutto, l'art. 2, leva che la Corte ci ha abituato a impiegare per dilatare il catalogo delle libertà individuali[6], rafforzata da argomenti aggiuntivi desumibili da specifiche disposizioni costituzionali, che ne agevolano l'azione estensiva.

Nel mio tentativo di ricostruzione ricorrerebbero entrambe le condizioni: l'art. 2 non opera da solo ma in sinergia con l'art. 3, co. 2, generando una nuova pretesa sociale, la domanda di connessione veloce, in quanto Internet, con il rendere disponibile alle libertà classiche lo spazio planetario, diventa strumento necessario alla crescita personale. Ma la rete serve anche a incoraggiare la propensione dell'individuo a stare con gli altri, cioè ne promuove la dimensione sociale. In tale prospettiva Internet va vista come una di quelle formazioni sociali di cui all'art. 2 - impensabile al tempo dell'Assemblea costituente impegnata a discutere delle entità dove l'individuo "svolge la sua personalità" - ovvero un soggetto astratto, benché non entificabile nei consueti termini del diritto privato. Grazie alla lettura combinata degli artt. 2 e 3, co. 2, Internet diventa la leva virtuale con effetti reali, essenziale a rimuovere le iniziali disuguaglianze che ostacolano il pieno sviluppo della persona umana.

Quanto ai riferimenti testuali rinvenibili nel testo costituzionale, del primo ho già parlato, il secondo è, invece, rintracciabile nell'art. 117, co. 2, lett. *m*) che, nell'assegnare alla competenza del legislatore statale la definizione dei livelli essenziali delle prestazioni inerenti ai diritti civili e sociali, implicitamente consente l'attrazione alla categoria ricordata dell'accesso a Internet, con ciò funzionando come titolo legittimante il diritto in esame, preso in carico dalla norma limitatamente al soggetto chiamato a definirne la consistenza[7]. Quindi, lo Stato, dovendo assicurare alla generalità dei cittadini, a prescindere dal luogo di residenza, i diritti civili e sociali in base a livelli di fruibilità essenziali, sarà al pari tenuto a garantire a chiunque una copertura di banda insuscettibile di differenziazioni geografiche e adeguata ai parametri di qualità indispensabili. Questi ultimi, riferendosi a un segnale, si risolveranno negli attributi di velocità, continuità e ampiezza della connessione.

L'art. 117 Cost. completa il discorso avviato con gli artt. 2 e 3 Cost., perché individua il legittimato passivo del dovere di *facere*, il cui beneficiario era la "persona" di cui agli art. 2 e 3. Il richiamo al 117 ci consente di risolvere questioni, probabilmente lasciate aperte dagli artt. 2 e 3, quali, il riparto dell'obbligazione di risultato tra lo Stato e le articolazioni locali minori. La norma è chiara in proposito: il peso prevalente è dello

---

ottima-decisione-tema-di-mandato-darresto-europeo-ed-un-vecchia; T. Giupponi, *Corte costituzionale, obblighi internazionali e "controlimiti allargati": che tutto cambi perché tutto rimanga uguale?*, reperibile in *http://www.forumcostituzionale.it/site/index.php?option=comsearch&Itemid=2&searchword=Corte+costituzionale%2C+obblighi+internazionali&submit=Cerca&searchphrase=exact*.

[6] Il tema, eccessivamente arato dalla dottrina, alimentata anche da una vivace giurisprudenza, non è per ampiezza quantitativa e qualitativa racchiudibile in una nota. Rinvio pertanto alla visione di sintesi tratteggiata da A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Cedam, Padova, 2003, pp. 20-41.

[7] Non legge nei "diritti civili e sociali" una clausola di chiusura, sintesi delle sole prestazioni tipizzate nel testo costituzionale, ammettendone altre purché strettamente funzionali alla dignità umana: A. D'Aloia, *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazi oni*, in E. Bettinelli – F. Rigano (a cura di), *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2004, in part. a p. 116.

Stato, le Regioni potranno sì intervenire[8], ma solo in aumento rispetto alla misura essenziale, da assicurarsi uniformemente a tutti i cittadini, pena la creazione di una "Repubblica di diseguali"[9].

b) La mia ricostruzione ha riconosciuto alla pretesa di connessione veloce un doppio titolo da esibire, ma in caso di sua violazione, il diritto quale misura punitiva potrà esigere? Oppure si è dinanzi a un diritto privo di sanzione?

Ritengo che la qualificazione di diritto possa spettare solo alle situazione soggettive assistite dalla forza della coercizione[10], diversamente il titolare avrebbe una posizione di vantaggio spendibile solo tra gentiluomini. Il diritto soggettivo, invece, è tale solo se l'ordinamento giuridico abbia messo a disposizione, in caso di sua violazione, rimedi ripristinatori o compensativi diretti ad assicurare al titolare il bene della vita cui aspira o il suo equivalente pecuniario. In sintesi, non esistono diritti non coercibili, o meglio essi non sono diritti[11].

Ma prima di studiare come costringere il debitore all'adempimento, un passaggio intermedio: ragioniamo per similitudini e vediamo se questo diritto assomigli a situazioni giuridiche consuete.

Per struttura si avvicina ai diritti sociali: con questi condivide la funzione compensatrice delle asimmetrie politiche, sociali e culturali al servizio dell'uguaglianza sostanziale[12], e, come per il proposto termine di paragone, anche per l'accesso l'esecuzione è autonoma e procrastinata nel tempo rispetto all'esercizio. In altri termini, rivendicare il diritto alla connessione non sarà sufficiente per accedere a Internet perché, fin quando lo Stato non avrà coperto la zona al buio digitale, il cittadino non potrà navigare. Il momento satisfattivo è pertanto futuro e incerto, dipendendo da una puntuale azione di adempimento del suo debitore[13], proprio come non basta rivendicare il diritto al lavoro per averne uno, in mancanza di uno Stato attivo nel creare nuova occupazione.

---

[8] Non entro nel merito della *querelle* sulla legittimità di un intervento regionale in anticipo sullo Stato, sostitutivo di una sua omissione nel dettare la prestazione base. Esula dalla mia trattazione la questione competenziale, sul punto si rinvia pertanto a: A. Pace, *I progetti 'PC ai giovani? E 'PC alle famiglie: esercizio di potestà legislativa esclusiva statale o violazione della potestà legislativa regionale residuale?* in *Giur. Cost.*, 2004, pp. 321 ss.; nonché F. Leotta, *La competenza legislativa nei sistemi autonomisti. Dalla crisi della sovranità statale all'affermarsi della sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2007, a pp. 264 ss.

[9] L'espressione è presa a prestito, anche se usata in un contesto differente, da M. Villone, *Il tempo della Costituzione*, Aracne, Roma, 2012, a p. 545.

[10] Chiare le parole di S. Holmes - Cass R. Sunstein, *The cost of rights. Why liberty depends on taxes,* New York, WW. Norton, 1992, traduzione italiana, *Il costo dei diritti*, Il Mulino, Bologna, 2000, a p. 46: «quasi tutti i diritti implicano un obbligo correlativo, e gli obblighi sono assolti davvero solo quando l'inadempienza è punita dai publici poteri che a tal fine fanno ricorso a danaro pubblico. Non esistono diritti giuridicamente tutelabili in assenza di doveri che l'ordinamento è in grado di imporre: è questa la ragione per cui la legge può permettere solamente nel momento stesso in cui obbliga».

[11] Quanto alla necessità di assistere la situazione giuridica soggettiva con la forza della sanzione, e ciò a prescindere dalla struttura interna del diritto, diversamente ridotto a una pretesa di mero fatto, si vedano, *ex multis*: A. Auer, *La protection et les garanties constitutionnelles des droits et des libertés*, Relazione al II Congresso mondiale dell'AIDC, 1987, pp. 22 ss., V. Frosini, *Situazione giuridica* (voce), in *Novissimo Digesto Italiano*, XVII, 1970, in part a p. 470; P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, Parigi, 2005; S. Villari, *Le forme organizzative del diritto sovietico. Aspetti e funzione della soggettività*, Giuffrè, Milano, 1964, a p. 147; W. Cesarini Sforza, *Il diritto soggettivo*, in *Riv. It. Sc. Giur.*, I, 1947, pp. 181-211. Ancora attuali le riflessioni di W. N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, Yale University Press, New Haven, 1920, pp. 63 ss.

[12] Ricca di voci e di sfumature la dottrina che lega i diritti sociali ora all'uguaglianza sostanziale – M. Ainis, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Pol. Dir.*, 1999, 48 e ss.; A. Giorgis, *La costituzionalizzazione dei diritti di uguaglianza sostanziale*, Jovene, Napoli, 1999, *passim* - ora al concetto con forte capacità espansiva della "dignità della persona", così: C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 20 e ss.

[13] S. Holmes - Cass R. Sunstein, *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*, cit., in part. a pp. 45 ss.

Il diritto in oggetto non ha, dunque, capacità autosatisfattiva: questa dipende da un atteggiamento collaborativo del soggetto pubblico, necessario all'effettivo godimento del diritto e, quindi, alla "concreta realizzazione degli interessi costituzionalmente protetti"[14].

Allo Stato si chiede, infatti, di assumere un comportamento istituzionale operoso: ideare norme asimmetriche *in bonam partem*, le quali, prevedendo vantaggi nella sola direzione delle categorie sociali escluse, compensano le diverse fortune iniziali tra chi ha e chi non ha. Tali norme differenziano per equiordinare, in quanto consentono solo ai meno fortunati per nascita, età, condizioni personali o ubicazione geografica, di connettersi velocemente a un prezzo abbordabile e ovunque siano. Questo risultato in mancanza dell'obbligo di *facere* – adempiuto dal potere pubblico in prima persona o per il tramite di un operatore – non si verificherebbe *ex se* sul mercato, perché nessun operatore renderebbe un servizio diseconomico, se non fosse costretto a farlo[15].

Chi ritenesse, invece, il legislatore semplicemente facoltato, e già non obbligato, a un *facere*, non ha risposte convincenti quanto al perché dell'inserimento di tali diritti nel dettato costituzionale[16].

c) Né tantomeno convince quella costruzione dottrinale[17], che in linea con una debole lettura della Corte Costituzionale, li ha declassati a diritti condizionati alla "riserva del possibile": diritti, quindi, la cui soddisfazione sarebbe rimessa alla buona volontà del legislatore.

Lasciamo sullo sfondo il diritto costituzionale, e facciamo una rapida incursione nel diritto privato, che ragiona in proposito come segue: un credito sottoposto a una condizione sospensiva meramente potestativa del debitore, non è un credito condizionato, ma un credito puro. Quindi, se io dicessi "ho diritto a 30 se Mario vorrà", è come se dicessi che non ho diritto a niente, perché tutto dipende dalla volontà

---

[14] Così sul tema generale: M. Villone, *Interessi costituzionalmente protetti e giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 265.

[15] Quanto alla corrispondenza concettuale tra il diritto di accesso veloce e le prestazioni obbligatorie del servizio universale, sia consentito il rinvio a G. De Minico, *Tecnica e diritti sociali nella 'regulation' della banda larga*, in G. De Minico (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti*, cit., a pp. 6-9. Nella dottrina straniera, da tempo attenta al tema dei nuovi diritti connessi alle tecnologie, si veda: W. Sauter, *Services of general economic interest and universal service in EU law*, in *European Law Review*, 2008, 33(2), pp. 167-193; D. F. Spulber - C.S. Yoo, *Rethinking Broadband Internet Access*, reperibile al sito *http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?ab-stract_id=1177378*; nonché si consulti l'intero numero di *Info* (con contributi di Berne, Falch, Feiio, Forge, Goggin, Milne, Simmon e Timmers), vol. 19, n.5/6, 2008, curato da M. Cave per una lettura da un punto di vista economico. Per un'analisi comparata cfr.: D. R. Reiss, *Agency Accountability Strategies After Liberalization: Universal Service in the United Kingdom, France, and Sweden*, in *Law & Policy*, vol. 31, n. 1, 2009, pp. 111-141.

[16] Risponde, invece, convincentemente l'on. A. Moro, *Assemblea Costituente*, seduta del 13 Marzo 1947, p. 2044: «ma quale è l'effetto giuridico che pongono queste norme? L'effetto giuridico è quello di vincolare il legislatore, di imporre al futuro legislatore di attenersi a criteri supremi che sono permanentemente validi. Ciò significa imporre la superiorità di determinazione in sede di Costituzione di fronte alle effimere maggioranze parlamentari». Difendendo la piena giuridicità dei diritti sociali, Moro ne sostenne, quindi, l'inserimento nel testo costituzionale, contrariamente alla proposta di Calamandrei di relegarli in un preambolo (*Assemblea Costituente*, seduta del 4 Marzo 1946, a p. 1748. «per questo io ritengo che sia necessario […] che queste disposizioni […] siano collocate in un preambolo, ma con una dichiarazione esplicita del loro carattere non attuale, ma preparatore del futuro […] in modo che anche l'uomo semplice che leggerà, avverta che non si tratta di concessione di diritti attuali, che si tratta di propositi […]».

[17] Per tutti A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Cedam, Padova, 2003, l'Autore - il cui pensiero era stato già manifestato in *Diritti di libertà e diritti sociali nel pensiero di Piero Calamandrei*, in Aa.Vv., *Ventidue saggi su un grande maestro*, a cura di P. Barile, Giuffrè, Milano, 1990, a pp. 311 ss. - pur riconoscendo in punto di principio la tutela dei diritti sociali «contro lo stesso legislatore che pretendesse di dettare una loro disciplina in contrasto con gli indirizzi derivanti dalle norme costituzionali (a p. 150)» conclude poi che «sono di tutta evidenza le difficoltà, addirittura insormontabili, che si frappongono all'intervento della Corte in ipotesi di radicali omissioni legislative» (a p. 152).

dell'obbligato di riconoscere il mio credito; il che dunque nega la vincolatività della condotta dell'obbligato, che a rigore non è tale. La contraddizione in termini è risolta dal diritto privato con la nullità di tale condizione e, quindi, la conversione del diritto di credito condizionato in un credito puro, cioè *sine condicione*. La parentesi privatistica si chiude e torniamo alla nostra *querelle* costituzionalistica.

d) Se nei rapporti soggettivi questa condizione è nulla, perché appunto denuncia l'assenza di una seria volontà di obbligarsi, e quindi non esiste un diritto soggettivo condizionato alla volontà meramente potestativa del debitore, a maggior ragione nei rapporti pubblici, in cui il diritto si fa valere nei confronti dello Stato, una tale condizione si deve dare per non apposta, perché rimanda a un'ironica volontà di obbligarsi.

Vedremo in seguito perché la Corte decise per una battaglia di retroguardia sui diritti sociali, i quali, punta avanzata della nostra Costituzione, avrebbero meritato di essere compiuti anche grazie alle spinte propulsive della Corte, piuttosto che venire congelati in uno stato di quiescenza.

Inoltre, l'intervento di una pronuncia isolata della Corte sul tema non è considerabile un ostacolo a una futura interpretazione dell'accesso come diritto. Infatti, nella sentenza 307/2004[18] la Corte - invece di ritornare sulle argomentazioni svolte nella difesa dell'Avvocatura di Stato, che aveva offerto una convincente prospettazione dell'accesso in termini di diritto[19] - preferì aggirare la questione, riconoscendo che la diffusione dei *personal computer* «corrisponde a una finalità di interesse generale, quale è lo sviluppo della cultura, nella specie attraverso l'uso dello strumento informatico […]». La sentenza non impedisce però che la Corte possa rivedere la sua impostazione teorica, come del resto già fece su un tema affine: il diritto dei cittadini a essere informati. In principio quest'ultimo, da mero interesse, fu poi promosso a "diritto del cittadino all'informazione", assistito dal massimo pluralismo esterno, perseguibile "attraverso una pluralità di voci concorrenti"[20]. Che la Corte nella sentenza n. 420/94 si riferisse a un'autentica pretesa soggettiva alla diversificazione soggettiva delle imprese televisive[21] o che, invece, più semplicemente, alludesse a una posizione soggettiva solo indirettamente protetta, è una *querelle* mai definita neanche in dottrina.

Ho richiamato quest'orientamento solo per dimostrare l'evoluzione diacronica del pensiero dei giudici, estendibile anche a Internet; peraltro, in punto di diritto, la sentenza 307/04, non pronunciandosi affatto sulla natura dell'accesso alla rete, non giunse sul punto a cosa giudicata, la sola in grado di precludere un mutamento di indirizzo futuro che rimane, invece, sempre possibile in tal caso.

e) Peraltro, il fatto che i diritti sociali figurino in disposizioni programmatiche non ne attenua la cogenza, la quale discende direttamente dal valore giuridico pieno di tali

---

[18] Corte Cost., n. 307/04, nel suo sito istituzionale.

Per una parziale e diversa prospettazione circa l'assenza di impedimenti a un cambio di indirizzo si veda: L. Cuocolo, *La qualificazione giuridica dell'accesso a Internet, tra retoriche globali e dimensione sociale*, cit., par. 4,

[19] Si riporta testualmente il p. to 6.1 del *Considerandum* in diritto della difesa dell'Avvocatura «non è contestabile che, nell'attuale assetto sociale, l'accesso ai mezzi informatici vada considerato un vero e proprio diritto sociale, strumentale all'esercizio di altri diritti fondamentali [….]».

[20] R. Zaccaria, *Radiotelevisione*, in *Trattato di Diritto Amministrativo*, diretto da G. Santaniello, Cedam, Padova, vol. VX, tomo II, 1996, pp. 17-27.

[21] N. Lipari, *Libertà di informare o diritto ad essere informati*, in *Dir. Radiodiff*, 1978, pp. 1 ss., già da tempo aveva anticipato le conclusioni cui pervenne la Corte nel 1994, sostenendo il diritto a essere informati come titolo legittimante l'introduzione di una disciplina antitrust speciale in attuazione del pluralismo esterno.

norme[22], idonee a integrare al pari delle precettive il parametro di costituzionalità[23].

La diversità strutturale delle disposizioni precettive da quelle programmatiche a nulla rileva ai fini della giuridicità e, quindi, della cogenza dei diritti ivi contemplati[24]. Piuttosto essa inciderà sul diverso piano del rapporto tra le due tipologie di disposizioni e la normativa primaria che, se violativa delle prime, sopporterà rimedi diversi a seconda che il parametro di legittimità costituzionale siano norme precettive oppure programmatiche. Dunque, non è questa raffinata distinzione un argomento solido per escludere la coercibilità dei diritti sociali, previsti sì nelle norme programmatiche, ma solo perché in Assemblea Costituente quel risultato fu il punto di massimo accordo possibile tra forze politiche antagoniste[25]: insomma, un accordo che riconosceva i diritti sociali, pur rimettendone tempi e modi di attuazione al decisore politico futuro, senza con ciò voler negare loro quella giuridicità cosi faticosamente conquistata.

f) La dottrina americana, certamente meno sofisticata della nostra[26], ma più pronta sul piano pragmatico a tutelare con discipline adeguate situazioni reputate diritti, non ha mai accolto la costruzione delle libertà negative in termini di diritti gratuiti, perché non comportano spese per lo Stato, a differenza di quelle positive, la cui attuazione ha dei costi. Anzi, questa dottrina è riuscita a dimostrare con puntali indagini sul campo che anche i diritti negativi sono onerosi per l'ordinamento giuridico: ad esempio, la proprietà costa allo Stato che deve predisporre tribunali e altri mezzi per dare soddisfazione a quel proprietario leso nel suo dominio, non diversamente da come si dovrà attrezzare per prestare l'educazione ai suoi cittadini. Quindi, se la differenza tra le due categorie non può risiedere in una supposta gratuità delle libertà negative a fronte dell'onerosità delle positive, non si può invocare questo attributo come esimente per lo Stato dal suo inadempimento delle libertà positive: entrambe hanno dei costi. Il problema, ovvero scegliere a quali costi andare incontro e quali non sopportare, sarà di priorità politiche e non di diversa giuridicità e, quindi, di cogenza differenziata delle due categorie soggettive in esame.

g) Ancora qualche argomento a favore della coercibilità dei diritti sociali e poi esaminerò come la stessa sia spendibile dal diritto sociale in oggetto.

L'acquisizione ormai pacifica in dottrina[27] dei diritti sociali alla categoria dei diritti inviolabili (di cui all'art. 2 Cost.) impone di individuare un significato giuridico minimo all'aggettivo impiegato nell'art. 2 'inviolabili'[28] Se esso, per il legislatore di revisione

---

[22] Per tutti si rinvia a: V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952, pp. 19. L'Autore esclude che il contenuto programmatico di una disposizione possa incidere sull'efficacia obbligatoria della disposizione stessa «perché ogni norma costituzionale deve dirsi senz'altro obbligatoria nei confronti di ogni potestà statale discrezionale». Ritorna sul pensiero del Crisafulli, arricchendolo di ulteriori riflessioni: A. D'Aloia, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, Cedam, Padova, 2002, p. 63.

[23] Corte Cost., n. 1 del 1956: «la nota distinzione fra norme precettive e norme programmatiche può essere bensì determinante per decidere dell'abrogazione o meno di una legge, ma non è decisiva nei giudizi di legittimità costituzionale, potendo la illegittimità costituzionale di una legge derivare, in determinati casi, anche dalla sua non conciliabilità con norme che si dicono programmatiche […]».

[24] Ancora il riferimento è all'on. A. Moro, *Assemblea Costituente*, seduta di giovedì 13 Marzo, cit., in part. a p. 2044.

[25] In questi termini M. Villone, *Il tempo della Costituzione*, Aracne, Roma, 2012, a pp. 57-64.

[26] Il rigore scientifico mi impone, però di ricordare anche autorevoli studiosi italiani, che da tempo hanno sottolineato e provato i limiti del dualismo tra le libertà, positive e negative, costruito sugli opposti comportamenti cui lo Stato debitore sarebbe tenuto; così: M. Mazziotti, voce *Diritti sociali*, in *Enc. Dir.*, vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 806 ss. e M. Luciani, *Sui diritti sociali*, cit., a p. 121, al punto che quest'ultimo Autore arriva ad affermare che affinché «un diritto sia considerato "sociale" ovvero di "libertà" dipende dunque dalla sua storia, o tuttl'al più dal prevalere dell'uno o dell'altro dei quattro aspetti che sono tipici di tutti i diritti fondamentali».

[27] Per tutti D. Bifulco, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Jovene, Napoli, 2003 con generosa bibliografia sul tema.

[28] Assumono l'inviolabilità come sinonimo di irrivedibilità: P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti*

costituzionale e per quello comunitario, significa intangibilità del nocciolo duro dei diritti, lo stesso non può perdere valore precettivo per un legislatore di rango inferiore, quello ordinario.

Pertanto, l'unico significato possibile sarà la doverosità della loro attuazione; in caso contrario, si consentirà al legislatore ordinario di poter fare con la sua inerzia quanto è, invece, proibito al decisore politico superiore, il che in diritto non è dato.

3. Verso la sua attuazione tra promesse e impedimenti

La questione è ora matura per trasferirsi sul diverso piano della coercibilità dei diritti affidati al legislatore futuro: ci spostiamo sul terreno dell'ammissibilità del giudizio di costituzionalità su una condotta negativa, cioè sul non *facere* del legislatore che, risolvendosi appunto in un'omissione, la mancata produzione dell'atto normativo cui era obbligato, priva il sindacato di legittimità del suo elemento oggettivo indispensabile, la norma da valutare. Ne consegue l'inevitabile sottrazione dell'omissione legislativa, benché illegittima, al controllo del giudice delle leggi.

Quanto detto non rappresenta, invece, un impedimento al sindacato di costituzionalità sul cattivo uso del potere legislativo nell'attuazione di un diritto sociale, perché in tal caso, diversamente dall'ipotesi di cui sopra, esiste un atto normativo primario, ancorché rivelatosi risposta inadeguata alla pretesa prestazionale, perché, ad esempio, il legislatore ha adottato criteri incongrui e astratti nel rilevare il bisogno oppure, perché, dominato dalle preoccupazioni di equilibrio finanziario, ha soddisfatto al di sotto del minimo indispensabile la domanda di inclusione sociale.

Qui la Corte dovrebbe sostituire all'immagine dei diritti sociali, situazioni soggettive ad attuazione futura e incerta[29], perché subordinati alle disponibilità economiche insindacabilmente quantificate dal legislatore, l'inedita figura del diritto incondizionato, esito imposto anche dalla vocazione personalistica condivisa tra diritti sociali e libertà negative, entrambi funzionali al pieno sviluppo della dignità umana. Il diritto sociale, se situazione soggettiva incondizionata, pretenderebbe dal decisore politico una risposta regolativa immediata, certa e *reasonable* rispetto al bisogno sottostante da soddisfare. Pertanto, la scelta discrezionale di quel decisore sulla quantificazione delle risorse a disposizione della pretesa prestazionale dovrebbe essere oggetto di scrutinio della Corte secondo parametri obiettivi e plausibili, al fine di assicurare la ragionevole aderenza della misura alla domanda di inclusione sociale della persona.

Una recente pronuncia del Tribunale costituzionale[30] non ha esitato a percorrere la

---

sociali, Giappichelli, Torino, 2002, p. 143; P. Grossi, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1972, a p. 145, ma già P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, a p. 53; A. Baldassarre, voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur.*, vol. XI, Treccani, Roma, 1989, a p. 3. Mentre A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., a p. 43, riserva all'inviolabilità un'autonomia concettuale dall'irrivedibilità.

[29] Ricca la giurisprudenza sul tema, si ricordano solo le pronunce esemplari rispetto al proprio settore di riferimento (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 sentenze nn. 193/07 e 141/10. In dottrina, ampiamente e con riferimenti alla giurisprudenza (in particolare,Corte Cost., sent. n. 240 del 1994) vedi: A. Pace, *Libertà e diritti di libertà*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*., a p. 31, che sembra condividere l'iter argomentativo della nostra Corte, per la quale «come per il Tribunale costituzionale federale tedesco […], 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». M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, vol. II, cit., a p. 126, imposta, invece, il rapporto tra diritti sociali e risorse necessarie per soddisfarli, dando priorità ai diritti sulle risorse.

[30] Bundesverfassungsgericht, no. 5/2009 del 9 Febbraio 2010, in tema di sussidi di disoccupazione, in cui il

via qui illustrata. Il giudice tedesco, accantonata la tesi da lui stesso inaugurata della "riserva del possibile", ha guidato le scelte future del legislatore dettandogli un criterio oggettivo, ragionevole, affidabile cui attenersi nella valutazione dei bisogni. Ne consegue che la reale consistenza del bisogno definirà il *quantum* del diritto, non dunque le disponibilità finanziarie, destinate a cedere alle ragioni del primo. Questa tecnica decisoria potrebbe imporre precisi obblighi procedimentali al legislatore: ad esempio, quello di supportare la scelta normativa con un'adeguata motivazione, necessaria a consentire l'eventuale riesame giudiziario del Tribunale costituzionale sulla congruità della scelta col vincolo di risultato imposto nella sentenza. Ma gli adempimenti procedurali non si esauriranno nella sola motivazione, potendosi altresì richiedere una partecipazione equilibrata, nonché un'ampia visibilità esterna della procedura legislativa in modo da assicurare la plausibilità del risultato atteso rispetto al bisogno[31].

In sintesi, il giudice tedesco ha sollecitato il trasferimento del *due process* dalle aule di giustizia a quelle dell'assemblea elettiva al fine di attuare i diritti sociali, trasferimento questo, da tempo già richiesto dalla più accorta dottrina che desumeva dal super valore costituzionale della dignità della persona (art. 1, 1, Grundgesetz)[32] la pretesa sociale a un'esistenza libera dal bisogno e, da quest'ultima, traeva il diritto al contraddittorio legislativo a garanzia della dignità umana. La vicenda tedesca ricordata si è conclusa con la tempestiva ottemperanza prestata dal legislatore federale alle indicazione del Tribunale costituzionale, il che da un lato dimostra l'efficacia persuasiva di questo tipo di pronunce; dall'altra rende astratta la questione dei rimedi in caso di inottemperanza ai criteri[33].

Si è ben consapevoli che un siffatto *judicial review* sulla norma primaria equivalga a sostituire il potere giudiziario a quello legislativo, surrogazione, come tale, illegittima perché la decisione normativa viene orientata in direzione dei risultati scelti dai giudici; ma il rispetto dell'intangibilità della discrezionalità politica produrrebbe un male peggiore del rischio che si vuole evitare: la negazione dei diritti sociali.

Per stemperare questa confusione tra poteri, la Corte potrebbe ricorrere a tecniche decisorie compromissorie, in grado di tenere insieme discrezionalità politica e tutela dei diritti sociali: la prima, orientandola verso un obbligo di risultato; la seconda, affidandola alla capacità conformativa dei criteri dettati dalla Corte. In tal modo non si azzererebbe lo *spatium deliberandi* del legislatore, come accade, invece, con le

---

Tribunale costituzionale ha contestato al legislatore proprio il metodo per il calcolo del minimo vitale, non dunque l'attendibilità del suo risultato, cioè la scelta in sé del parametro valutativo dei bisogni primari. In specie, si discuteva dei bisogni di mantenimento della prole i quali non sono calcolabili in base a un criterio astratto e statistico pari a quelli di un uomo adulto meno il 40%, perché un minore ha esigenze educative e di istruzione che hanno un costo trascurato dal criterio statistico. «In order to lend the claim concrete shape, the legislature has to assess all expenditure that is necessary for one's existence consistently in a transparent and appropriate procedure according to the actual need, i.e. in line with realty».

[31] Bundesverfassungsgericht, no. 5/2009, cit., nella versione inglese prima citata: «In order to ensure a traceability of the extent of the statutory assistance benefits that is commensurate 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».

[32] P. Häberle, *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, in J. Isensee – P. Kirchhof (*hrsg.*), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. II, 3ª ediz., Heidelberg, 2004, 354 ss; P. Häberle, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Saggi, Giuffrè, Milano, 2003 (traduzione curata dalla cattedra del prof. Häberle) «la dignità umana si trasforma in un mandato costituzionale attivo […] per lo Stato, a che realizzi qualcosa di positivo [...]. Il "due process" è una delle più importanti garanzie della dignità umana», a pp. 60 e 62.

[33] Quanto a un giudizio sull'adeguatezza o meno della produzione normativa successiva a questa sentenza si veda: H. Caroli Casavola, *Dignità della persona e diritto al minimo vitale nello Stato sociale tedesco*, in *Giorn. Dir. Amm.*, n. 3, 2011, a pp. 307-308.

sentenze additive di prestazione[34]; né si consegnerebbe alla sua incontrollata libertà la realizzazione dei diritti sociali, stante il vincolo cogente del giudicato costituzionale. Si tratta però di un risultato conseguibile a condizione che la Corte sfrutti a pieno le potenzialità conformative della sentenza additiva di principio con due accorgimenti, già precedentemente impiegati. In primo luogo, sarebbe opportuno integrare il dispositivo con la previsione di un termine certo per l'ottemperanza del legislatore al giudicato costituzionale[35], cioè per tradurre i principi orientativi dettati dalla Corte in precetti immediatamente operanti nei rapporti intersoggettivi. In secondo luogo, sarebbe consigliabile che la Corte non disponga del regime giuridico delle sentenze additive di principio, le quali condividono con la pronuncia di annullamento la forza del giudicato costituzionale; vincolo, questo che, in presenza dell'elemento additivo, comporta altresì la cogenza del principio aggiunto[36], troppo spesso declassato proprio dalla Corte a mero indirizzo per il legislatore futuro[37].

Personalmente, piuttosto che temere per la separazione dei poteri, compromessa dalle indicazioni della Corte al decisore politico[38], mi preoccuperei della compatibilità di queste sentenze 'costose' con l'equilibrio finanziario. La questione, ben nota alla Corte[39], trovò risposta ora nell'attuazione stemperata nel tempo dei diritti sociali[40], ora nella loro subordinazione alla capienza di bilancio[41]. Condizione, quest'ultima, di dubbia compatibilità costituzionale, perché inverte l'ordine gerarchico dei valori posti in Costituzione, in quanto il giudice delle leggi, confrontando grandezze ineguali – le esigenze economiche finanziarie con gli imperativi sociali da attuare – finisce per confondere il fine (soddisfacimento dei diritti sociali) con il mezzo (l'efficienza economica), il quale, da strumento al servizio del fine, viene promosso dalla Corte a iper-fine condizionante il perseguimento dell'obiettivo mediato[42]: risultato inevitabile

---

[34] L. Elia, *Le sentenze additive di prestazione e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, vol. I, Cedam, Padova, 1985, a pp. 313 ss., in cui l'Autore esclude che tale tipologia di sentenze comporti una sostituzione tra poteri, perché la Corte non aggiungerebbe niente di suo, limitandosi a ricavare dal testo costituzionale quanto il legislatore avrebbe già dovuto dire: «è la stessa struttura dell'omissione incostituzionale a imporre l'addizione conseguente alla pronuncia costituzionale».

[35] Il modello dell'"additiva con termine" è rappresentato dalla sent. 243/93 (a breve seguita dalla sent. 240/94) che innova il *genus* delle additive di principio, perché completa le parti rispettivamente *destruens*, in cui si dispone l'annullamento della norma illegittima, e *costruens*, in cui si assegnano principi vincolanti il legislatore, con l'imposizione a quest'ultimo di un termine certo per introdurre la nuova disciplina della materia. Così F. Politi, *Effetti di una sentenza additiva "di principio" (comportante maggiori spese) e giudizio di ragionevolezza: le esigenze del bilancio e la sempre maggiore imprevedibilità dell'esito del giudizio di costituzionalità"*, in *Giur. Cost.*, 1996, p. 2197.

[36] A. Anzon, *Un'additiva di principio con termine per il legislatore*, in *Giur. Cost.*, 1993, in part. p. 3213; A. Pizzorusso, *Corte costituzionale: un nuovo "tipo" di sentenza?*, in *Corr. Giur.*, 1993, pp. 773 ss.

[37] C. Pinelli, *Titano, l'uguaglianza e un nuovo tipo di "additiva di principio"*, in *Giur. Cost.*, 1993, pp. 1802 ss.

[38] Si consideri inoltre, che si tratterebbe di un sacrificio temporaneo del principio in oggetto, ove si consideri l'effetto deterrente delle sentenze additive di principio sulle reiterate inerzie del legislatore futuro.

[39] Il *vulnus* all'equilibrio di bilancio dovuto alle sentenze additive di prestazione indusse parte della dottrina (V. Caianiello e A. G. Zorzi Giustiniani) a preferire all'uguaglianza verso l'alto una parità declinata in basso, conseguibile con annullamenti secchi, cioè con semplici eliminazioni delle norme contemplanti i benefici solo per taluni. Altri studiosi (L. Elia, F. Modugno e C. Mortati) con diversità di argomentazioni arrivarono a conclusioni diametralmente opposte. Giova ricordare la lucida posizione di C. Mortati, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Raccolta di scritti*, vol. III, Società editrice del Foro italiano, Roma, 1970, p. 964, per il quale «La maggiore spesa per il fatto di essere richiesta dall'osservanza di un imperativo costituzionale, assume carattere obbligatorio, spettando alla responsabilità del Governo e del Parlamento disporre variazioni di bilancio necessarie nell'ottemperarvi».

[40] Aa.Vv., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1993, *passim*.

[41] Si rinvia alla giurisprudenza e alle indicazioni dottrinali già indicate nell'apparato di note precedenti a questo paragrafo.

[42] M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, vol. II, cit., a p. 126.

quando si comparano erroneamente entità diseguali.

Impostata correttamente la relazione tra mezzi e fini, saranno i diritti sociali a imporre al legislatore un certo disegno di bilancio, cioè una ripartizione delle risorse obbediente ai valori fondamentali della persona, e non viceversa. E qualora il legislatore disattendesse tale ordine di priorità, perché, ad esempio, ritenesse prevalenti le esigenze belliche o quelle nucleari sui bisogni irrinunciabili dell'individuo, l'uso accorto delle sentenze additive di principio ricondurrebbe il legislatore all'ordine costituzionale violato.

Questo, quanto all'incidenza dell'accesso nei rapporti tra autorità e cittadino, ma quali sarebbero le conseguenze nei rapporti intersoggettivi? Cioè: se concluso un contratto di accesso, l'operatore interrompesse la connessione anche per un breve periodo, l'utente avrebbe diritto a una qualche forma di risarcimento? E quale? Una recente pronuncia[43] ha riconosciuto al cittadino il diritto di chiedere e ottenere la condanna del suo operatore al pagamento di una somma di denaro compensativa, non del solo lucro cessante per l'interruzione della connessione, ma anche del danno emergente per il pregiudizio sofferto alla propria vita di relazione, perché erano venuti meno i benefici della rete. La sentenza promuove l'accesso a dignità di diritto soggettivo e quindi, lo reputa titolo legittimante la pretesa risarcitoria in caso di sua violazione, perché "Die Nutzbarkeit des Internets ist ein Wirtschaftsgut, dessen ständige Verfügbarkeit seit längerer Zeit auch im privaten Bereich für die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung typischerweise von zentraler Bedeutung ist.". La stessa sentenza lascia, invece, perplessi sui criteri di quantificazione del danno, cioè del pregiudizio alla propria vita di relazione, alla pretesa informativa e alla domanda d'intrattenimento: esigenze fondamentali, rimaste insoddisfatte per l'interruzione della connessione a Internet. È compito della dottrina civilistica ideare un sistema adeguato per quantificare il danno; io mi limito a porre una domanda al futuro legislatore Europeo: perché non individuare un criterio comune a tutti gli Stati, soprattutto nei casi in cui la a-territorialità del mezzo renderebbe poco accettabili sotto il profilo dell'equità misure compensative diverse da Stato a Stato?

La pronuncia, mera occasione per ribadire la necessità di una disciplina uniforme, afferma invece la prescrittività del diritto di accesso, che, se è tale, deve prevedere un corrispondente obbligo di esecuzione. In sintesi, ripeto quanto ho già in altre sedi affermato: l'esistenza di un diritto rimanda sempre al suo correlativo dovere, pronto a essere adempiuto e, in caso di sua violazione, suscettibile di essere compensato con una somma di danaro equivalente al bene originariamente atteso dal suo creditore: la navigazione in rete.

E il cerchio si chiude.

4. L'art. 81 della Costituzione italiana: un nuovo ostacolo ai diritti sociali?

L'esplicita previsione del pareggio di bilancio[44] rende ancora più discutibile la legittimità di questo tipo di sentenze, in quanto l'art. 81 Cost., vietando al legislatore la previsione di spese prive della corrispondente copertura, ripropone il medesimo divieto al Giudice supremo che, con il suo dispositivo, comprometterebbe il saldo 'zero' tra entrate e uscite.

Se prima della recente riforma i diritti sociali, pur nella debole costruzione del giudice di legittimità, trovavano parziale soddisfazione nelle risorse che il legislatore futuro avrebbe reperito per pagare i relativi costi, ora essi con la nuova formulazione dell'art. 81 non sono più affidati alle buone intenzioni della maggioranza politica che verrà. Il compromesso tra le opposte anime della Costituente si era raggiunto grazie

[43] Tribunale Federale Tedesco di Karlsruhe, n. 14, 24 Gennaio 2013, III ZR 98/12 in http://www.bundesgerichtshof.de/DE/Home/home_node.html.

all'espediente della rinviata attuazione dei diritti sociali, mediazione, questa, che aveva avuto il merito di rasserenare gli uomini cauti, spostando avanti il *dies a quo* delle temute riforme, nonché di rabbonire gli animi rivoluzionari con la promessa del "non ancora".

Tutto ciò non potrà più essere per il nuovo tenore dell'art. 81. Esso, infatti, nel vietare al legislatore di contrarre debiti per alimentare le spese - qualunque esse siano, dunque anche quelle destinate all'adempimento delle prestazioni inerenti ai diritti sociali - gli sottrae lo strumento consueto di una politica economica che, tra alterne tensioni tra il male e il bene, aveva pur costruito il suo *Welfare* quasi interamente sulle spalle dei cittadini che lo avevano pagato con i soldi prestati allo Stato.

Ora, la norma rivista non solo ribadisce quanto il legislatore già sapeva, e cioè che ogni spesa deve avere la sua entrata di copertura, ma gli dice anche che non deve prendere questi soldi dal prestito contratto con i cittadini. Quindi, la norma entra a gamba tesa nel merito delle scelte di una politica economica, già sottoposta a severa cura dimagrante dalle incursioni sovranazionali e dalle invasioni comunitarie, per asciugarla ulteriormente, strappandole di mano uno strumento classico di intervento destinato alla crescita: l'indebitamento.

Del resto, non credo che esista uno Stato senza debiti, quantomeno trattandosi di un Paese intenzionato a crescere. E la lettera degli otto premi Nobel al Presidente Obama[45], nel suo convinto invito a non smettere di investire soprattutto in fase di recessione, è una testimonianza autorevole dell'impossibilità di crescere a costo zero. Il punto verterà piuttosto su come vincolare i nuovi debiti unicamente agli investimenti nelle infrastrutture, nella ricerca, nell'istruzione: cioè in quei beni comuni ad utilità futura su cui si poggia lo sviluppo prospettico di una nazione moderna[46].

L'obiezione, pur da taluni svolta[47], della natura eterodettata del divieto

---

[44] Legge Costituzionale 20 Aprile 2012, n. 1, recante «Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale», in *Gazzetta Ufficiale* n. 95 del 23 Aprile 2012. Per un ragionato dibattito dei lavori parlamentari si veda: M. Villone, *Il tempo della Costituzione*, Aracne, Roma, 2012, a pp. 270 ss. Indico solo alcuni degli articoli apparsi sulla stampa quotidiana, puntellandone il suo percorso parlamentare: A. Pace, *Il pareggio di bilancio nella Costituzione*, in *La Repubblica*, 20-09-2011, a p. 35; Id., *Pareggio di bilancio: qualcosa si può fare* (consultabile nel sito dell'associazione dei costituzionalisti); A. Q. Curzio, *Riformare la costituzione economica. Serve una Convezione nazionale*, in *Corriere della Sera*, 14-09-2011, a p. 42; A. Pirozzi, *Il vincolo costituzionale del pareggio di bilancio*, in *AIC*, 4/201. Mentre i lavori parlamentari, non sono parimenti degni di nota, perché il dibattito si è esaurito in annotazioni tecniche, senza soffermarsi sui radicali mutamenti che l'81 stava per introdurre nella politica del diritto.

[45] «Nei momenti di difficoltà economica diminuisce il gettito fiscale e aumentano alcune spese tra cui i sussidi di disoccupazione. Questi ammortizzatori sociali fanno aumentare il deficit, ma limitano la contrazione del reddito disponibile e del potere di acquisto. Chiudere ogni anno il bilancio in pareggio aggraverebbe le eventuali recessioni» [….] «Non c'e' alcuna necessità di mettere al Paese una camicia di forza economica. Lasciamo che presidente e Congresso adottino le politiche monetarie, economiche e di bilancio idonee a far fronte ai bisogni e alle priorità, così come saggiamente previsto dai nostri padri costituenti», così dalla *La lettera di 8 Nobel a Obama: 'Contrari' a pareggio bilancio*, pubblicata in *L'Unità*, 12 Agosto 2011.

[46] Di vincolo parlano: M. Luciani, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, reperibile nel sito ufficiale: *http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/sites/default/files/bandigare/Relazione%20Luciani-1.pdf* e G. Ferrara, *Regressione costituzionale*, in *Il Manifesto* 18 Aprile 2012; il primo chiedendo un vincolo di destinazione in sede costituzionale tale da legittimare e, al tempo stesso, bloccare i nuovi debiti alla causa sociale; il secondo sostenendo l'inserimento di un *quantum* delle poste attive di bilancio al finanziamento dei diritti sociali.

[47] N. Lupo, *Costituzione europea, pareggio di bilancio ed equità tra le generazioni*, *Notazioni sparse*, in *www.amministrazioneincammino.it*, 2011, pp. 1 ss.; Id., *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, in part. a pp. 7, 8 e 14, in *www.astrid-online.it*, 2012; R. Bifulco, *Jefferson, Madison e il momento costituzionale dell'Unione. A proposito della riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, n. 2/2012, pp. 1 ss. e G. M. Salerno, *Alla prova del nove la via europea*

all'indebitamento non è un'esimente spendibile per far passare come obbligata una precisa scelta politica: precludere anche ai governi che verranno il ricorso al debito pubblico con il suo inserimento in Costituzione. È bene chiarire che una cosa è l'obbligo di pareggio di bilancio, questo effettivamente imposto dal Documento del Consiglio europeo[48], altro è conseguirlo con il raffreddamento del debito pubblico, possibile via indicataci dall'Europa, ma non l'unica[49].

L'atto europeo si era limitato a prescrivere il primo, ma non anche il mezzo per conseguirlo, rimettendo, invece, ai singoli Stati la decisione sul come. Si sarebbe trattato di scegliere in primo luogo se intervenire sulle entrate, aumentandole, o sulle uscite, contenendole, e, in questa seconda ipotesi, si sarebbe dovuto scegliere le voci di spesa in esubero da tagliare. Quindi, la cura dimagrante avrebbe potuto colpire la politica nei suoi costi impropri o l'amministrazione pubblica nelle sue croniche inefficienze o, infine, il debito pubblico, cioè il prestito accordato dai cittadini allo Stato. Tanto il IV Governo Berlusconi, proponente di questo disegno di revisione costituzionale, che quello Monti, coautore che lo ha perfezionato con aggiustamenti, si sono, invece, rivolti proprio a quest'ultimo rimedio, intendendolo come esclusivo, cioè senza equipollenti, imposto dall'alto e a percorrenza obbligata anche per i Governi successivi data la sua acquisizione al dettato costituzionale.

Ho voluto semplicemente ribadire che non si è trattato di un'operazione calata da Bruxelles, ma di una precisa decisione di politica economica, della cui costituzionalità è ragionevole dubitare per il suo effetto preclusivo sull'indirizzo politico delle maggioranze future e per la sua forte incompatibilità con la vocazione solidale della Repubblica.

Guardiamo il primo dei presunti sospetti di incostituzionalità. L'inserimento del divieto in Costituzione ha avuto l'effetto di irrigidire questa proibizione anche per l'avvenire, nel senso che i Governi futuri non potranno più ricorrere all'indebitamento a causa di una scelta di una maggioranza che li ha preceduti. In termini generali, mi chiedo quale diritto abbia un Governo di vincolare la politica economica del suo successore, nonché di indirizzarla contro la vocazione solidale del nostro costituente, profilo, questo, che tratterò in chiusura[50].

È facile obiettare che tale indisponibilità non sia assoluta, in quanto la norma prevedrebbe tre ipotesi disgiunte a legittimare il superamento del divieto con un "permesso". Ciò è vero, solo che la strada per lucrare questa eccezione è in salita: quel Governo che volesse percorrerla dovrà prima farsi autorizzare dalle Camere con una decisione presa a maggioranza assoluta, e quindi per strappare l'assenso sarà quasi sicuramente costretto a negoziare con le opposizioni, visto che la maggioranza che

---

e sovranazionale per la costituzionalizzazione del pareggio di bilancio, in *Guida al diritto – Il Sole 24 Ore*, n. 4, 21 gennaio 2012, 6 ss.

[48] Consiglio Europeo, *Conclusioni*, 24-25 Marzo 2011, a p. 17, in *http://register.consilium.europa.eu/pdf/it/11/st00/st00010-re01it11pdf*.

[49] Del medesimo tenore facoltizzante, non vincolante quanto ai rimedi meramente sintetizzati nell'aggettivo di scopo "tightening", è anche la lettera del Governatore della BCE, in cui si legge che "a constitutional reform tightening fiscal rules would also be appropriate", in *Corriera della Sera*, 29 Settembre 2011, p. 9.

[50] Queste argomentazioni erano state solo annunciate nel mio articolo, *Welfare a rischio per lo stop al debito pubblico*, apparso sul *Sole 24 Ore*, 2-10-2011, p. 19, in quanto la sede non consentiva un loro sviluppo scientifico esteso e rigoroso. In dottrina, si vedano con generosità di argomentazioni e da prospettive autonome, ma coincidenti nella severa critica alla legittimità costituzionale della riforma. cfr.: M. Villone, *Il tempo della Costituzione*, cit., in part. pp. 268-275; M. Luciani, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in *http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/sites/default/files/bandigare/Relazione%20Luciani-1.pdf*), in part. a pp. 68 ss.; G. Grasso, *Il Costituzionalismo della crisi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, in part. a pp. 100 ss. e F. Bilancia, *Note critiche sul c.d. 'pareggio di bilancio'*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, n. 2/2012, pp. 1 ss.

sostiene il governo non deve essere costituzionalmente così dilatata. Già dunque questo necessario passaggio sotto le forche caudine delle opposizioni rende arduo il rilascio dell'autorizzazione. Ma la cosa si complica, in quanto l'art. 81 non si è limitato a indicare tra le tre cause della deroga quella dei diritti sociali, ma ha affidato a una legge rinforzata[51], anch'essa al pari della delibera da approvarsi a maggioranza assoluta, la puntuale definizione delle cause eccezionali, loro quantificazione ed effetti.

Tanto da potersi affermare che il legislatore di revisione, nel momento in cui ha riconosciuto le deroghe, le abbia anche ritrattate. Sarebbe stato, invece, più opportuno contemplare deroghe non blindabili *ex lege*, il cui tenore flessibile avrebbe consentito un certo margine di manovra al decisore politico secondo necessità e a operatività della sola maggioranza di governo.

Un precedente può tornare utile: la Commissione D'Alema[52] nella sua proposta di revisione costituzionale, aveva sì novellato l'attuale art. 81 introducendo il vincolo del pareggio unitamente al raffreddamento del debito pubblico, ma, al tempo stesso, aveva contemplato il ricorso in deroga a quest'ultimo anche a vantaggio delle spese in investimenti strutturali, omettendo ogni rinvio al legislatore per la definizione del presupposto delle avverse situazioni economiche, cosa che, invece, dispone l'attuale 81.

Infine, ho sollevato perplessità anche sul fatto che le maggioranze politiche future siano costrette a conformare le loro politiche economiche in base a un ordine di valori altro da quello posto in Costituzione; ne consegue che per rispettare l'art. 81 esse si dovrebbero porre al di fuori della legalità, perché le gravose condizioni per l'attuazione dei diritti sociali ne renderebbero altamente improbabile l'attuazione. La riforma ha chiuso con la promessa di uguaglianza sostanziale, congedandola definitivamente, laddove era tenuta a darvi seguito perché il suo rispetto, come principio basilare del nostro ordine costituzionale, si imponeva anche al potere di revisione.

Più precisamente qui la violazione dei diritti sociali si combina con la modalità della loro violazione. Voglio dire che l'art. 81 presenta un'illegittimità al quadrato: sia di metodo che di risultato.

Del risultato coincidente con la regressione dei diritti sociali allo *status* di aspettative di mero fatto, perché espropria il legislatore del mezzo più consueto con cui ne pagava i costi, ho già detto sopra.

Dirò, invece, qualcosa sul metodo. Qui il legislatore di revisione non ha mancato di stile, perché non ha cancellato i diritti: in tal caso, l'illegittimità sarebbe stata così macroscopica da mettere a rischio l'approvazione parlamentare della riforma. Al contrario, ha addirittura assistito i diritti sociali con una finta protezione rafforzata, incerta nell'implementazione a causa del gioco delle condizioni plurime e concorrenti: il consenso delle opposizioni e l'avveramento della situazione tipizzata dalla legge, convertendo così un evento ordinario, l'attuazione dello Stato sociale, in un accidente eccezionale.

Se poi guardiamo la filosofia ispiratrice di questa manovra, essa ripropone grossolanamente quella liberista, che ha fatto dire a Adam Smith cose che non ha mai detto[53]: quali, il ritiro dello Stato dall'economia, lì dove per Smith la sua presenza entro certi limiti e a certi fini era addirittura reclamata perché necessaria per tenere insieme

---

[51] Assegna questa qualifica G. Grasso, *Il Costituzionalismo della crisi*, cit., in part. a p. 107 con convincenti argomentazioni a supporto.

[52] Progetto di legge costituzionale approvato dalla Commissione parlamentare per le riforme costituzionali il 4 novembre 1997 (XIII Leg. – Atto Camera n. 3931-A e Atto Senato n. 2583–A), in part. si veda l'art. 112, co. 5, corrispondente al nostro art. 81 Cost.

[53] Critico nella rilettura dell'opera Smithiana è M. Luciani, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, cit., a pp. 20-21.

le pulsioni individualistiche con la ricerca del bene comune[54].

Leggo nell'art. 81 una riedizione del mito della coincidenza salvifica dell'interesse privato con quello pubblico, che ha significato sia il sacrificio del secondo in nome del primo che l'automatica armonia tra bene individuale e generale, grazie ai naturali meccanismi di mercato. Il prezzo di questa operazione lo ha pagato per intero la politica, uscita di scena in punta di piedi per dare spazio all'economia che, con i suoi virtuosismi naturali, riuscirà a tenere i conti in equilibrio e le ingiustizie immutate. L'81 rompe con l'architettura costituzionale nel sovvertire la scala delle grandezze, mettendo prima ciò che la Costituzione ordina per secondo. L'economia non è più uno strumento al servizio del progetto politico, cui competerebbe di scegliere priorità e graduarne nel tempo e nei modi l'attuazione grazie alla prima, perché il fine, la politica, è stato liquidato e costretto così a consegnare carta bianca all'economia. O meglio l'art. 81 ancora riserva un piccolo compito all'indirizzo politico delle maggioranze future: gestire il quotidiano, limitarsi a mantenere lo *status quo*, lasciare invariati i rapporti di forza tra le parti sociali, perché se la politica avesse ancora l'ambizione di modificarli verso l'alto, non avrebbe più gli strumenti per farlo. Insomma, una politica pascoliana, ridotta alle piccole cose.

In sintesi, ci si è avvalsi di un metodo incostituzionale – rovesciamento del primato della politica sull'economia - per un risultato incostituzionale - congelamento dei diritti sociali – mediante un percorso costituzionale, la procedura del 138 Cost.

In ragione di quanto detto, riterrei allo stato – cioè a Costituzione invariata[55] – già disponibile un rimedio per riscattare dallo stato di quiescenza i diritti sociali: l'annullamento della legge di revisione per violazione dei limiti impliciti. Ciò presupporrebbe due cose: innanzitutto, che la Corte Costituzionale operi da giudice *a quo*[56] di se stessa; in secondo luogo, che sia disposta a passare dalla teoria alla pratica nel dare concreta operatività ai limiti impliciti proprio da lei[57] assegnati al procedimento di revisione; il cui disinvolto superamento da parte del legislatore di revisione è causa dell'illegittimità sostanziale della riforma, da cui scaturirebbe per conseguenza quella derivata di qualunque norma fedele esecutrice dell'81. Anzi tanto più le norme derivate sarebbero conformi, tanto più grave sarebbe la loro illegittimità consequenziale.

Ma mettiamo da parte questo esercizio di fantasia giuridica, per tornare alla realtà: in conclusione la riforma dell'art. 81 pecca per due eccessi, uno commissivo, uno omissivo. Dice troppo perché sceglie un'unica via per far quadrare i conti, l'azzeramento del debito pubblico, ma toglie anche troppo, negando ai diritti sociali il finanziamento del debito pubblico, violentando la natura compromissoria del nostro

---

[54] Il tema è terreno arato dagli economisti, tra i tanti, sempre in linea col principio a ciascuno il suo, si legga: A. Roncaglia, *Il mito della mano invisibile*, Laterza, Roma-Bari, 2005, a pp. 20 ss.; e, nella letturatura straniera, si vedano: J. Viner, *Adam Smith and Laissez Faire*, in *Journal of Political Economy*, XXXV, 1927, in part. a pp. 231 ss. e G. Kennedy, *Adam Smith and the Invisible Hand*, *From Metaphor to Myth*, in *Econ. Journal Watch*, 2009, cit., pp. 251 ss.

[55] Nella diversa prospettiva di revisionare il revisionato art. 81 si legga G. Ferrara, *Regressione costituzionale*, cit.; dove l'Autore propone l'aggiunta di un comma all'attuale disposizione, in modo da vincolare una quota parte delle risorse di bilancio al finanziamento dei diritti sociali in via ordinaria, e cioè con il vantaggio di non seguire i tortuosi sentieri del novellato art. 81 Cost.

[56] Interessanti le considerazioni (M. Luciani, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, Relazione al 58° Convegno di studi amministrativi "Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità", Varenna 20-22 Settembre 2012, in part. il par. 2.5; nonché N. Lupo, *Costituzione europea, pareggio di bilancio ed equità tra le generazioni. Notazioni sparse*, in *Amministrazione in Cammino*, 25 Ottobre 2011, in part. a p. 5) quanto ai soggetti legittimati a proporre la questione di legittimità costituzionale - in aggiunta alla Corte stessa - tra i quali, figurerebbe la Corte dei Conti, le cui potenziate funzioni di controllo ben si salderebbero con la legittimazione in esame, peraltro già a lei riconosciuta dalla Corte Costituzionale (sentt. nn. 384 del 1991 e 244 del 1995), a nulla rilevando il mancato rinvio della L. Cost. n. 1/02 all'art. 100 Cost.

[57] Corte Cost, sent. n. 1146/88.

patto fondativo che aveva girato al legislatore la promessa di farci partire dagli stessi blocchi.

5. Il punto di vista del decisore europeo

Vediamo quali effetti si produrrebbero, una volta acquisito l'accesso veloce a Internet al catalogo dei diritti sociali in sede comunitaria.

Benché Parlamento e Commissione Europea abbiano affermato ripetutamente l'universalità del diritto alla banda larga, nel redigere gli atti giuridici hanno, invece, dimenticato quanto dichiarato prima.

A questi atti ora rivolgerò la mia attenzione.

5.1. L'occasione perduta: la revisione delle prestazioni incluse nel servizio universale

In occasione della revisione del Pacchetto Direttive 2002 sulle telecomunicazioni[58], la Commissione avrebbe potuto inserire l'accesso veloce tra gli obblighi di servizio universale, se solo avesse rivisto il parametro di selezione delle prestazioni, cosa che, invece, non ha fatto, riconfermando il criterio valutativo della diffusività della domanda[59]. In base a esso, 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 di esclusione sociale.

Ritengo che questo parametro non sia esente da critiche, perché si risolve in una valutazione chiusa in se stessa, incapace di proiezioni future e di sviluppi inediti. È facile constatare che un bene, non sufficientemente diffuso *in rerum natura* - quale è appunto la connessione veloce a Internet - non possa essere richiesto dal consumatore che, ignorandone i vantaggi, non domanda ciò che non conosce. Il criterio, quindi, andava sostituito con quello finalistico, già sperimentato dalla *Federal Communications Commission*[60], concentrato sul bisogno ultimo soddisfatto dalla prestazione, piuttosto che sulla sua diffusività. Ne sarebbe conseguito che, nel caso di un bisogno essenziale, anche se in una lettura prospettica, la prestazione corrispondente sarebbe dovuta essere 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 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 prestazione[61], mentre le ulteriori fasi della procedura sono dettate da

---

[58] Riflette sul passaggio dalla Direttiva 2002/22/CE alla 2009/136/CE quanto al catalogo dei diritti del cittadino-utente: A. Rubino, *Banda larga: servizio universale e aiuti di Stato*, in G. De Minico (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti*, cit., pp. 61-72.

[59] Qui si è riportato solo in parte un percorso argomentativo già svolto in altra sede: G. De Minico, *Tecnica e diritti sociali nella 'regulation' della banda larga,* in G. De Minico (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti*, cit., pp. 6-9.

[60] 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.

[61] 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.

considerazioni di convenienza politica[62].

Inoltre, si aggiunga un'ulteriore considerazione: 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 universale[63] 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'ultima[64], condotta in base al criterio quantitativo della diffusività della domanda, si è ovviamente conclusa con l'esclusione della banda larga dall'elenco.

Pertanto, il criterio riconfermato non supera il test della legittimità comunitaria, perché, escludendo l'accesso veloce dalle prestazioni obbligatorie, nega a questa pretesa la dignità di diritto e, quindi, il relativo trattamento giuridico: esito ragionevole dell'interpretazione prima suggerita di alcune disposizioni della Carta dei Diritti. E siccome la forza primaria della Carta prevale su una diversa qualificazione delle situazioni soggettive, disposta da fonti comunitarie secondarie, il criterio della domanda previsto dalla Direttiva 136/2009 è illegittimo, con tutto ciò che ne segue in termini di atti implementativi successivi.

5.2. La rottura dello status *di cittadino europeo*

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

Questo *Considerandum*[65], nel promuovere la banda larga a prestazione facoltativa del servizio, lascia agli Stati la decisione di integrare o meno l'elenco, secondo

---

[62] 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. Pubb.*, 1, 1998, a p. 193; da ultimo, G. Cartei, *Il servizio universale*, Giuffrè, Milano, 2002, a p. 277. Nella dottrina anglosassone: T. Prosser, *The limits of competition law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 39-65 e M. Feintuck, *'The public interest' in regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 70 ss.

[63] 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*.

[64] 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.*, reperibile in *http://eur-lex.europa.eu*, a p. 8, dove la Commissione conduceva a fatica il suo ragionamento perché, pur ammettendo una rapida crescita delle connessioni veloci a Internet, ne escludeva la loro acquisizione al servizio universale per difetto di diffusività, ma nello stesso documento riconosceva che la banda larga «si avvicina alquanto rapidamente a tale traguardo».

[65] Il *Considerandum* 5, introdotto dal Parlamento Europeo con la Risoluzione legislativa del 6 Maggio 2009, nella sua versione definitiva dispone che: «I collegamenti dati alla rete pubblica di comunicazione in posizione fissa dovrebbero essere in grado di supportare la trasmissione dati a una velocità tale da permettere l'accesso a servizi elettronici *online* quali quelli forniti sulla rete Internet pubblica [….]. 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 mio a sottolineare la facoltatività dell'accesso veloce).

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, in quanto collocata in un *Considerandum*, ha valore di indicazione politica *pro futuro*, e non di una prescrizione già giuridicamente vincolante nell'immediato[66]. Si tratta allora di un discorso in divenire che, al momento, come cittadina europea, non mi rassicura, perché l'impegno sarà suscettibile di esiti diversi: precisamente, negli Stati che avranno onorato il *commitment*, la prestazione oggetto del nuovo diritto sociale sarà resa a chiunque lo richieda a un prezzo ragionevole; in quelli che lo avranno disatteso, nessun nuovo diritto sarà riconosciuto al cittadino, anche se questi è *civis* europeo non meno del primo.

Questa facoltatività affidata agli Stati non sarà a costo zero per i cittadini europei, collocati d'imperio in due distinte categorie, quelli di serie A, ai quali il proprio Stato avrà realizzato il diritto di connessione veloce impegnando risorse; e quelli di serie B, lasciati al buio digitale perché il proprio Stato avrà rinunciato a quella facoltà, non avrà impegnato risorse.

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 asciuga illegittimamente le libertà fondamentali di quei cittadini che, in difetto di banda, non potranno ricevere i programmi audiovisivi in alta definizione, o servizi preceduti dal prefisso "e" dalla proprie amministrazioni nazionali, e, quindi, menoma il loro *status activae civitatis*, riconosciuto dal Trattato di Lisbona, non solo come mera titolarità formale, ma anche come effettività di esercizio unitario a ciascun cittadino dell'Europa.

Ma la distribuzione geograficamente differenziata del diritto alla connessione è in grado di alterare anche le condizioni ottimali del diritto d'impresa, che si concentreranno preferibilmente, per ragioni di calcolo economico, nei 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 e, dunque, impedimento di fatto al mercato unico.

Quanto è accaduto sulla mancata riscrittura secondo inclusione sociale del catalogo del Servizio universale non è dovuto a una mera disattenzione europea. Una precisa ragione politica ha dettato la staticità del catalogo e la facoltatività del *Considerandum*: l'avarizia nazionale.

Basti riflettere sul disinteresse degli Stati, impegnati in prima linea negli investimenti in banda ultralarga, a una politica europea che spinga anche i paesi rimasti indietro sulla loro medesima strada, perché il loro interesse va nella direzione di mantenere intatto il vantaggio competitivo acquisito con la partenza in anticipo rispetto agli altri[67].

In conclusione, se il *commitment* può far bene sperare i cittadini degli Stati virtuosi, lascia, invece, preoccupati quelli degli Stati indolenti. Queste riflessioni mi inducono a valutare il *Considerandum* non come punto di arrivo, ma come premessa per un negoziato con la Commissione, che sarà soddisfacente se quest'ultima avrà acquisito

---

[66] Posizione, questa, condivisa dalla commissaria N. Kroes, in *Future Internet – the way foreward*; discorso reso in occasione del Convegno "The European Framework Programmes: From Economic Recovery to Sustainability", Valencia, 14 Aprile 2010; poi ribadita nella *public consultation* sui "Universal service principles E-Communications" indetta dalla Commissione, tenutasi il 30 Marzo 2010 in sede, nel cui questionario figurava tra le domande «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?». Per il documento citato si consultino: *http://ec.europa.eu/informationsociety/policy*, e, per le risposte, tra cui la mia, *http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/library/public_consult/universal_service_2010/comments/indexen.htm*.

[67] Già sul punto le riflessioni di M. Villone, *La Costituzione e il "diritto alla tecnologia"*, in G. De Minico (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti*, cit., a p. 266

la banda al catalogo obbligatorio, sottraendola alle politiche nazionali egoistiche, prive di una visione d'insieme e sorde alle domande sociali di inclusione.

5.3. L'Agenda digitale europea: tra mito e realtà

Ripercorrerò i passi della Commissione europea verso l'universalità del diritto di accesso, fermo restando la validità di quanto detto prima sul pacchetto Direttive 2009. Si tratta di un avvicinamento ancora timido della politica europea a quella americana sul tema dell'accesso come bene comune, i suoi primi sintomi si leggono nel manifesto dell'Agenda digitale[68] e nei suoi atti attuativi.

Chiariamo subito che la Commissione con l'Agenda digitale non cambia la sua convinzione di base: il denaro pubblico non è la principale fonte di finanziamento delle N.G.Ns., che continuano a essere affidate all'iniziativa privata, la quale troverà negli aiuti di Stato un supporto nel caso intenda operare in zone a disutilità economica. Quindi, i coraggiosi investimenti americani, qui non sono neanche auspicati, perché negati alla radice, riducendo la presenza pubblica a un modello residuale, meramente integrativo di un'iniziativa privata che, altrimenti, desisterebbe dall'intervenire[69].

L'Agenda lo dice a chiare lettere nelle pagine iniziali per liberare il campo da equivoci; e con questa forte affermazione di principio introduce un programma e, al tempo stesso, ne decreta la fine, perché tutte le misure che metterà in campo non saranno che modesti palliativi, incapaci di supplire a una mancata visione strategica delle N.G.Ns., pur dichiarate "le arterie dell'economia del futuro".

Prendiamo ad esempio l'ambizioso programma, poi diventato l'espressione simbolo dell'Agenda, di portare la connessione nelle case dei cittadini entro il 2012 a 2 Mbps, di potenziarla a 30 Mbps per almeno il 30% della popolazione entro il 2020, data entro la quale almeno il 50% delle famiglie europee disporrà di una connessione superiore a 100 Mbps.

Quindi, il *plafond* comune, cioè la velocità di banda che non si nega a nessuno, sarà così insignificante che al suo raggiungimento non corrisponderà l'inclusione digitale. A breve si creerà un *digital divide* di seconda generazione a seguito della realizzazione in Europa di N.G.Ns. a scacchiera. La prospettiva di un tappeto a macchia di leopardo, perché larghe fasce della popolazione saranno sprovviste della connessione super veloce, sarà la ragionevole conseguenza dell'assenza di mano pubblica e dell'investimento privato a vocazione territorialmente profittevole.

Né questa differenziazione nella titolarità del diritto di accesso è interpretabile come adesione europea alla filosofia di un'universalità che da assoluta - secondo la regola del "tutto a tutti" - si è convertita in relativa, su selezione dei beneficiari delle prestazioni aggiuntive a quelle minimali. Tenderei a escludere che questo sia il caso dell'Europa perché, se andassimo a vedere chi saranno i beneficiari di questo "di più", tra di essi non troveremmo le categorie sociali svantaggiate che, invece, l'universalità relativa vorrebbe premiare, ma quei cittadini, che fortunatamente risiedono nelle zone raggiunte dalle N.G.Ns. in quanto economicamente vantaggiose per l'imprenditore.

Se, invece, l'Europa avesse voluto abbracciare la tesi dell'universalità relativa in coerenza con una lettura evolutiva dell'uguaglianza sostanziale, avrebbe appunto dovuto riservare la banda larga ai soli cittadini meritevoli in ragione del loro disagio fisico (anziani, disabili) o alle comunità intermedie (scuole, università, ospedali) in cambio delle funzioni di pubblica utilità da loro assolte. Un agire, questo, che sarebbe

---

[68] Commissione Europea, *Comunicazione. Un'agenda digitale europea, COM(2010) 245 def.*, nel sito *web* della Commissione, pp. 4 e 20, dove la Commissione, articolando le priorità dell'agenda europea - dalla sicurezza della rete e degli oggetti fino all'uso efficiente e neutrale dello spettro - ha chiarito che l'universo di Internet non deve rimanere un privilegio di pochi, ma un'opportunità di crescita per tutti.

[69] Id., *Comunicazione. Un'agenda digitale europea*, cit., in part. a p. 6.

perfettamente in linea con il concetto costituzionale di relatività dei diritti sociali[70], i quali, diversamente dalle libertà negative, non debbono essere 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, alla quale 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.

Ma, ripeto, non è il caso dell'Agenda digitale che, invece, andrebbe a dare a chi già ha.

Quindi, l'assenza di impegni economici pubblici di un qualche peso per la realizzazione delle N.G.Ns. e la mancata imposizione agli *incumbent* di un'architettura di rete effettivamente compatibile con gli *asset* degli altri operatori[71] sono i due impedimenti primi al successo effettivo del manifesto europeo che, se letto alla luce di questa premessa, risulterà un'altisonante dichiarazione di elevati principi destinata a modesti risultati. Insomma, mancano i presupposti perché l'Europa garantisca effettivamente l'accesso universale ai suoi cittadini, ovunque vivano e a un prezzo abbordabile.

Il mio giudizio, ormai risalente nel tempo, è sfortunatamente confermato dal possibile e imminente taglio delle risorse europee destinate alla connettività universale: gli iniziali 9,2 ml. di euro sono stati sintetizzati a uno dal Consiglio Europeo[72]. È vero che questo tendenziale azzeramento è in attesa di definitività giuridica[73], com'è innegabile che lo stesso non privi l'Agenda digitale di ogni effettività[74], ma è anche indubbio il suo essere specchio di quella difficile convivenza in Europa dell'anima progressista con quella conservatrice: la prima sostiene la banda con danaro pubblico in omaggio alla sua vocazione sociale; l'altra la consegna all'iniziativa dei singoli, come se fosse un affare privato. Al momento non sappiamo quale vincerà.

Chiarito ciò, è innegabile lo sforzo di razionalizzazione nel disegnare le misure e le azioni da parte dell'Europa, che per semplicità espositiva distinguerò in misure dirette a sollecitare l'offerta e in quelle atte a promuovere la domanda di connessione super veloce.

---

[70] Sempre attuale la lettura a doppia colonna dei diritti sociali con le libertà individuali di M. Mazziotti, *Diritti sociali*, cit., in part. a 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».

[71] Sul tema dell'obbligatorietà o facoltatività di una disciplina europea che dica agli imprenditori come, dove e quando costruire le N.G.Ns., si veda il par. 3, del capitolo III di questo lavoro, anche per la ricchezza dell'apparato di documentazione e di bibliografia, cui rinvio.

[72] Consiglio Europeo, *Conclusioni (Quadro finanziario pluriennale, 8 Febbraio 2013, in http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/it/ec/135375.pdf)*, a p. 7.

[73] Si leggano le obiezioni del gruppo EPP del P.E. all'ipotesi che il bilancio – da cui dipende l'azzeramento di cui nel testo - venga ridotto a mera fotografia delle sole "priorities of the past. We must maintain support for future-oriented policies, strengthening European competitiveness and research.", in http://www.eppgroup.eu/press/showpr.asp?prcontroldoctypeid=1&prcontrolid=11680&prcontentid=19398&prcontentlg=en.

[74] Per le aspre critiche della Kroes si consulti il suo blog (http://blogs.ec.europa.eu/neelie-kroes/eu-budget-innovation-cef/), dove la commissaria rileva che questa cecità europea – nel caso dovesse diventare legge – comprometterà lo sviluppo socio-economico uniforme a vantaggio di politiche territorialmente differenziate Stato per Stato, perché in mancanza di aiuto comune gli "Member States have now taken on themselves the responsibility to invest, with their own funds or the EU's structural funds, in areas where there is real market failure."

Quanto alle prime, si pensi alla vasta politica di ottimizzazione dello spettro[75]: se le frequenze vengono usate senza sprechi, si disporrà dell'intera gamma degli strumenti per colmare il divario digitale e si metteranno al servizio dell'accesso nelle zone remote, non raggiungibili dalla rete fissa, frequenze televisive inutilizzate da impiegare come frequenze mobili per supplire alle deficienze della connessione fissa. Ciò sarà possibile, non solo grazie ai nuovi mezzi tecnici, ma anche perché il diritto ha superato l'originaria corrispondenza biunivoca bene/servizio usando il bene per rendere servizi diversi da quelli ai quali era in origine destinato.

Ancora quanto all'offerta di prodotti tramite N.G.Ns., si sta puntando a sollecitare gli investimenti nella costruzione della rete in fibra ottica con una politica, da un lato, più permissiva degli aiuti di Stato; dall'altro, incentivante gli investimenti con misure asimmetriche più leggere. Infine, l'attenzione è stata rivolta anche a diversificare i prodotti virtuali da quelli reali, in modo che il cittadino trovi in Internet non solo ciò che esiste nel mondo reale, ma altro e di più in termini di prodotto audiovisivo e di servizi pubblici. Qui si aprirebbe lo sconfinato tema dell'*e-government*, che cito solo come testimonianza di un rinnovato interesse europeo alla connessione universale per consentire questo dialogo virtuale tra il potere e i suoi cittadini.

Dal lato della domanda, invece, gli interventi sono rivolti a sollecitarla garantendo una maggiore certezza delle contrattazioni telematiche, grazie sia a un sistema omogeneo di riconoscimento della firma digitale[76], della sicurezza dei propri dati[77], che a una politica tendente a garantire l'integrità delle reti[78] e ad alleggerire fiscalmente gli acquisti dell'*E-commerce*.

6. Regno Unito e Italia: un insostenibile confronto?

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 48,9%[79] delle famiglie e il divario digitale raggiunge il 13% della popolazione, vale a dire 7,8 milioni di cittadini sono privi

---

[75] La politica di ottimazione dello spettro radio è ricca di iniziative: alcune ultimate, altre solo avviate o in corso. Per un'agevole comprensione di questioni tecniche e anche per il frenetico accavallarsi di interventi normativi si legga il "Radio Spectrum Policy Programme (RSPP)", che appunto «defines the roadmap of how Europe can translate political priorities into strategic policy objectives for radio spectrum use [....]. This Decision creates a comprehensive roadmap to contribute to the functioning of the internal market for wireless technologies and services, particularly in line with the Europe 2020 initiative and the Digital Agenda for Europeª (14 Marzo 2012)», in *http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/radiospectrum/rspp/index.htm*.

[76] Commissione Europea, *Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio, in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno, COM(2012) 238 final*, 2012/0146, nel suo sito istituzionale.

[77] Id., *Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio, concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e la libera circolazione di tali dati*, *(regolamento generale sulla protezione dei dati)* Bruxelles, 25.1.2012, *COM(2012) 11 final*, nel suo sito istituzionale.

[78] Id., *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni relativa alla protezione delle infrastrutture critiche informatizzate «Realizzazioni e prossime tappe: verso una sicurezza informatica mondiale»*, *COM(2011) 163 definitivo*, nel suo sito istituzionale.

[79] Questo dato, come altri, è stato desunto da OECD, *Broadband Portal*, in *http://www.oecd.org/sti/broadbandandtelecom/oecdbroadbandportal.htm#Penetration*.

di connessione veloce a internet[80]. Il nostro tasso di penetrazione, il 22,4%, che ha sortito un incremento del 1,3% dal dicembre 2010 al dicembre 2011 a fronte del 4,2% della Gran Bretagna, è quindi sensibilmente inferiore alla media europea, che è pari al 25,6%; in termini comparativi, pertanto, noi siamo agli ultimi posti nella classifica dell'OECD[81], precisamente al 24º, mentre, ad esempio, la Gran Bretagna è all'8º posto.

Per una lettura completa della situazione, questi dati vanno integrati da 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 Unito[82], dove la *British Telecom* si deve misurare con il fornitore 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 della *British Telecom*, costretta prima ad aggiornare, poi a sostituire la piattaforma in rame con la fibra ottica. 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 ad oggi abbiamo mantenuto ferma la corrispondenza biunivoca frequenza/tipologia del servizio[83], 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 discutibile[84] in punto di diritto:

---

[80] Dati non molto distanti da quelli risultanti dal rapporto di 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 Dipartimento delle Comunicazioni*, 12 Marzo 2009, a p. 38, in *www.comunicazioni.it*. Per i dati aggiornati e organizzati attinenti al *digital divide* cfr: *http://www.sviluppoeconomico.gov.it/index.php?option=comcontent&view=article&idmenu=782&idara1=507&andor=AND&idarea2=0&sectinid=1,16&viewType=0&id=68186&idarea3=0&andorat=AND&showMenu=1&showCat=1&directionidUser=0*.

[81] *Si* consulti in proposito lo studio dell'OECD, *Broadband Portal*, in *http://www.oecd.org/sti/broadbandandtelecom/oecdbroadbandportal.htm#Penetration*. I dati relativi alla penetrazione della banda larga fissa e mobile in Italia sono reperibili anche nell'ultimo *Report* redatto dalla Commissione Europea, *ITALY 2011. Telecommunication market and Regulatory Developement*, del 18 Giugno 2012, (reperibile al seguente indirizzo: *https://ec.europa.eu/digital-agenda/sites/digital-agenda/files/IT_Country_Chapter_17th_Report_0.pdf*.).

[82] Per un'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 competitivenes*s. *Review of Barriers to Investment in Next Generation Access, Final Report*, September 2008, da reperire in *http://www.berr.gov.uk/files/file47788*, p. 7. Questo rapporto 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*.

[83] 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*.

[84] 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.

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 dominanza[85]; perché anticomunitario per violazione del principio della neutralità tecnologica[86] quando ripropone la connessione 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, 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 *broadcaster*[87]. 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, per 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 anomalo[88] e antitetico rispetto alla politica europea di ottimizzazione dello spettro, sostenuta, sebbene con qualche incertezza, dalla Commissione Europea che ha incoraggiato con atti di *soft law*[89] 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

---

[85] 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.

[86] In proposito, cfr: R. W. Hahn - R. E. Litan – H. J. Singer, *The economics of 'wireless net neutrality'*, in *Jour. Comp. L. Ec.*, vol. 3(3), 2007, pp. 399-451; da ultimo, anche: U. Kamecke - T. Korber, *Technological neutrality in the EC regulatory framework for electronic communications: a good principle widely misunderstood*, in *Eur. Comp. L. Rev.*, vol. 29, n. 5, 2008, a pp. 330-337.

[87] 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 redazzarsi 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).

[88] Anomalia, questa, che anche il Presidente della Camera dei Deputati, Gianfranco Fini ha 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"».

[89] 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/consultations7responses-rspp2010/index-en-htm*. Esso auspica che il progetto politico europeo tenderà a «achieve coordinated avalilability of the 800 MHz band for ECS other than broadcastiong in all the EU Member states by 2015» (punto 32, a p. 9). Il documento non impone, dunque, agli Stati la destinazione al mobile della banda 800, ma li invita a considerare questo obiettivo.

Governo britannico[90], 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 c.d. "dividendo digitale esterno" da impiegare per coprire con banda larga luoghi remoti o scarsamente popolati, disertati dalla rete fissa[91].

In sintesi, i nostri governanti non solo non hanno fatto investimenti significativi, ma hanno anche impedito il concorso virtuoso tra le diverse piattaforme trasmissive nella copertura del divario digitale, non curanti del preoccupante ritardo italiano rispetto agli altri Stati, avvantaggiati dalla competizione tra operatori e piattaforme.

Nonostante la situazione italiana sia molto distante da quella inglese, i nostri Governi sembrano al più ispirarsi al modello di intervento pubblico, inaugurato da Gordon Brown e ora riproposto con attenuazioni dalla coalizione conservatrice-liberal-democratica[92], nell'errata convinzione della parità delle rispettive situazioni di partenza.

In particolare, nel *Final Report*, il Governo britannico si era 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 c.d. zone bianche o grigie con aiuti di Stato in linea col diritto comunitario, trattandosi di zone non altrimenti raggiungibili dall'iniziativa privata[93]. 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 più[94]. Lo stesso Governo non ha però esitato a ricorrere a ulteriori misure di politica economica a sostegno della banda larga, laddove 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*.

Sempre nel *Final* il Governo ha chiarito che il secondo livello di intervento consisterà

---

[90] Department for Culture, Media and Sport and Department for Business, Innovation and Skills, *Digital Britain. Final Report*, (Giugno 2009), pp. 70-72, in *htpp://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 swichover from analogue to digital broadcasting, pioneered by the UK. This will free up radio spectrum particularly valuable for next generation mobile services».

[91] Un'attenta riflessione si deve a M. Cave - K. Hatta, *Universal service obligations and spectrum policy*, in *Info*, vol. 10, n. 5/6, 2008, 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».

[92] The Conservative Manifesto 2010, *Invitation to join the government of Britain*, in *http://7www.conservatives.com/*, a p. 24.

[93] I casi più emblematici sono: lo Yorkshire e la Scozia. Nel primo, la rete finanziata dalla Stato diventa di sua proprietà, più precisamente di un organismo pubblico, lo *Special Purpose Vehicole*, con obbligo di metterla a disposizione come capacità trasmissiva ai privati fornitori di servizi; nel secondo, la rete rimane di proprietà del privato beneficiario del finanziamento, tenuto per compensare, ad assicurare l'accesso agli altri operatori. Cfr.: European Commission, *C (2007) 471 final. State aid N 746/2006 – United Kingdom Nynet North Yorkshire Advanced Broadband Project*, consultabile nel sito ufficiale: *http://ec.europa.eu/communityaw/state_aids/comp-2006/n746-06.pdf*.; ma anche la European Commission, *C(2008) 1623 final. State aid N 14/2008 – United Kingdom. Broadband in Scotland - Extending Broadband Reach*, nel sito istituzionale: *http://ec.europa.eu/competition/sectors/telecommunications/broad-band_d.*

[94] Department for Culture, Media and Sport and Department for Business, Innovation and Skills, *Digital Britain*, cit., p. 57.

nel «take action separately to address the issue of next generation broadband availability»[95], 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 N.G.Ns., sostenendone la realizzazione nelle sole zone bianche. 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 c.d. *final third*[96].

L'attuale coalizione di governo sin dal suo programma elettorale aveva annunciato[97] che avrebbe eliminato l'odiosa tassazione, senza però rinunciare al secondo livello del *Final Report*; così ai 50 p ha sostituito una quota del canone della B.B.C. destinata ai progetti pilota di N.G.Ns., 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 *commitment*, 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.

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 in banda larga: scelte, queste, di *public policies*, che, presupponendo una visione sistemica e di lungo periodo, esulano dalla disponibilità *iure privatorum*[98]. 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.

---

[95] Id., *Digital Britain*, cit., p. 53.

[96] Id., *Digital Britain*, cit., a pp. 64-65, e per un'analisi dettagliata delle modalità di finanziamento del terzo finale, cioè delle popolazioni rurali raggiungibili solo dalla mano pubblica, vedi il lavoro di F. Abbondante, *Il Regno Unito: il piano di sviluppo della banda larga e utralarga*, in G. De Minico (a cura di), *Dalla tecnica ai diritti*, cit., in capitolo IV, in part. si vedano i suoi par.i 5 e 5.1.

[97] The Conservative Manifesto 2010, *Invitation to join the government of Britain*, cit., a p. 24. Per i primi commenti nella stampa si vedano: A. Parker-B. Fenton, *BBC fee to pay for superfast broadband*, in *Financial Times*, June 2010.

[98] 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 Dipartimento delle Comunicazioni*, in *www.comunicazioni.it*, dove il consulente del Governo italiano rilevava l'impraticabilità di una politica di sviluppo della nuova rete di accesso, se affidata a investimenti prevalentemente privati per l'indisponibilità dei gestori a rischiare denaro su progetti dai ritorni incerti e di lungo periodo. Questo, come altri fattori, richiederebbe una necessaria regìa statale.

7. Oltre il diritto di accesso

Chiarita l'appartenenza alle libertà positive del diritto di connettersi velocemente e adempiuto l'obbligo statale di copertura universale della banda larga, la libertà di navigare in rete richiede ancora una condotta collaborativa dello Stato, oppure, come una qualsiasi libertà negativa, esige un suo comportamento inerte?

La rilevata strumentalità dell'accesso al diritto di parola (o di frequentare le comunità virtuali o di ricevere da remoto i servizi pubblici digitalizzati[99]) non equivale a identificare il bene mezzo in quello fine, coincidenza, questa, che imporrebbe allo Stato di attivarsi in difesa della libertà di parola in rete, che verrebbe, invece, compromessa dall'operosità pubblica.

Chiarito cosa l'accessorietà non comporti per il soggetto pubblico, individuiamone il possibile significato positivo.

Esso è rinvenibile nella proiezione della disciplina propria del diritto-fine sul diritto-mezzo, in base alla semplice constatazione che, se lo Stato non garantisse la disponibilità del mezzo tecnico, la libertà di parola, dal primo formalmente rispettata, sarebbe aggredita indirettamente, non come pretesa di dire ciò che si vuole, ma come disponibilità del mezzo tecnico, essenziale al suo concreto esercizio.

Né sembrerebbe soddisfacente fermarsi alla considerazione che l'esercizio del diritto rimanga comunque astrattamente possibile, perché la tutela del diritto è pretesa a che sia disponibile la tecnologia da cui dipende la sua effettività.

Già la nostra Corte Costituzionale aveva articolato in parallelo la protezione della libertà di manifestazione del pensiero e la pretesa di accesso al mezzo radiotelevisivo, subordinando però quest'ultima al limite del "tecnicamente possibile"[100]. Una pronuncia del *Conseil Constitutionnel*[101] trasferisce nella realtà virtuale il nesso di indivisibilità tra mezzo e fine, cui era pervenuto il nostro giudice costituzionale, accordando protezione al diritto di parola in modo da coprire anche la concreta utilizzabilità del suo mezzo[102], almeno nei casi in cui lo stato di sviluppo della tecnica renda quel mezzo un percorso obbligato per un certo risultato «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

---

[99] Un'attenta lettura comparata del diritto di accesso come libertà positiva si deve a P. Passaglia, *Diritto di accesso ad 'Internet' e giustizia costituzionale. Una preliminare indagine comparata*, in *http://www.giurcost.org/studi/passaglia.htm* .

[100] La Corte Costituzionale (sentenze nn. 48/1964 e 225/1974 e, più recentemente, 112/1993) ha riconosciuto l'"indispensabile strumentalità" tra il mezzo divulgativo del pensiero e quest'ultimo, ritenendo il primo fase prodromica alla realizzazione della libertà. In dottrina, in senso adesivo: P. Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. Dir.*, XXIV, 1974, p. 424 ss., nonché C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 26. Parzialmente diversa è la posizione di A. Pace (A. Pace – M. Manetti, *Art. 21*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca-Pizzorusso, Zanichelli - Società Editrice del Foro italiano, Bologna-Roma, 2006, pp. 27 e 28) che, pur riconoscendo l'intenzione dei costituenti di estendere la garanzia, di cui al 21 Cost., dal contenuto al mezzo, ritiene che la libertà sia espressione di una garanzia "mediata" in quanto, con riferimento ai mezzi di diffusione, il 21 non riconoscerebbe a tutti i cittadini un generale "diritto al mezzo" ma al «mezzo di cui si abbia giuridica disponibilità in accordo con le leggi che lo disciplinano».

[101] 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, p. 1132 (con osservazioni di S. Brondel), (oppure si consulti il sito istituzionale del Conseil: *http://www.conseilconstitutionnel.fr/conseil-constitutnel/francais/lesdecisions/accespardate/decisionsdepuis1959/2009/2009580dc/decisionn2009580dcdu10juin2009.42666.html*) in part. si leggano i *Cons.a* n. 11-16.

[102] In proposito, L. Marino, *Le droit d'accés à internet, nouveau droit fondamental*, in *R. Dalloz*, 2009, p. 2045: «È l'access à internet devient ainsi, en lui-même, un droit-liberté, en empruntant par capillarité *la nature de son tuteur*, la liberté d'expression».

dans les cas déterminés par la loi'; qu'en l'état actuel des moyens de communication et du 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».

Ne consegue che gli attributi propri della libertà negativa diventano anche i tratti minimi del diritto di navigare in rete perché, una volta che lo Stato abbia osservato il suo dovere prestazionale, il diritto di accesso a Internet separa le sue sorti dal diritto sociale per assumere i connotati di quella specifica libertà, di volta in volta esercitata in rete, della quale condivide la condizione giuridica di libertà negativa.

Nella seconda fase temporale, dunque, il diritto alla banda larga si comporta non diversamente da come farebbe la specifica libertà alla cui soddisfazione esso tende. In questa accezione, il diritto di accesso a Internet esige dallo Stato un comportamento inerte nei confronti della libertà protetta. Diversamente dalla sua dimensione positiva, qui il diritto si autosoddisfa con l'astensione del soggetto autoritativo dal compimento di qualsiasi atto che, in quanto *facere,* di per sé violerebbe il diritto di accedere ai contenuti in rete.

La strumentalità necessaria tra diritto-mezzo e diritto-fine attira sul diritto ai contenuti in rete la doppia garanzia delle riserve di legge e di giurisdizione, in coerenza con il nostro ordinamento; e affida, invece, a un disegno inedito, modulabile all'occorrenza e poroso alle peculiarità tecniche di Internet la specifica disciplina delle singole libertà.

Intendo dire che la disciplina delle singole libertà non deve subire trasposizioni automatiche, perché non è corretto ragionare in termini di *fictio iuris*. La riservatezza, ad esempio, non rimane immutata se cambia il suo terreno di esercizio: non più la concretezza del reale ma il possibilismo della rete, perché «soprattutto con i diritti emergenti è evidente che la struttura del diritto si intreccia con la tecnologia»[103]. Del resto la variabile tecnica compone il parametro ermeneutico della disciplina costituzionale dei singoli diritti fondamentali, atteggiandosi a dato meta-giuridico, cui le norme aperte del dettato implicitamente rinviano per un'integrazione *ex post*, non diversamente da quanto accade con gli altri elementi extra-giuridici richiamati dal precetto.

Qui, a differenza di quanto osservato prima in merito al diritto di accesso alla rete, non si creano nuove libertà, il catalogo rimane numericamente invariato: infatti, esercita il diritto a essere informato anche chi scarica un documento da un blog; così come comunica con un soggetto determinato chi chatta con i partecipanti di una comunità virtuale, e, ancora, esercita la stessa libertà di riunione chi si incontra nello spazio afisico della rete[104]; con la conseguenza che si applicheranno ai singoli diritti le specifiche garanzie previste nelle disposizioni costituzionali di volta in volta richiamate.

Discorso a parte meriterebbe, invece, la supposta invariabilità della disciplina legislativa, esito per niente scontato, considerata l'autonomia concettuale della realtà virtuale, non riducibile a una copia astratta di quella fattuale. Un approccio pragmatico

---

[103] Così M. Villone, *La Costituzione e il "diritto alla tecnologia"*, cit., a p. 261; ma anche S. Rodotà, *Una Costituzione per Internet?*, in *Pol. Dir.*, 3, 2010, in part. a p. 348.

[104] Rimane fermo alla fisicità come elemento condizionante il perfezionamento della fattispecie di cui all'art. 17 Cost.: M. Betzu, *Interpretazione e sovra-interpretazione dei diritti costituzionali del Cyberspazio*, (in anteprima in *http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/Betzu.pdf*., in part. a pp. 4-5) in versione definitiva in A. Ciancio – G. Demuro – G. De Minico - F. Donati – M. Villone (a cura di), *Nuovi mezzi di comunicazione e identità: omologazione o diversità?* in corso di pubblicazione per Aracne, Roma, 2012. *Contra*, con vivaci argomentazioni: M Villone, *I linguaggi della politica nella realtà virtuale*, in A. Ciancio – G. Demuro – G. De Minico - F. Donati – M.Villone (a cura di), *Nuovi mezzi di comunicazione e identità: omologazione o diversità?*, cit. 13; alla medesima conclusione del Villone già perveniva, ma con un diverso iter argomentativo, P. Marsocci, *Lo spazio di Internet nel costituzionalismo*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2011, a pp. 14 ss.

consente di vedere le cose nella loro dimensione dinamica e induce fiducia nel divenire che, se conosciuto, può essere guidato verso il bene comune, obiettivo ultimo del decisore politico.

Quindi, il legislatore dovrà fare i conti con un fenomeno non identificabile nella realtà materiale, da assumere per ciò che è, da non piegare a logiche a sé estranee, da non ricondurre nelle caselle sicure del diritto, perché potrebbe richiedere nuovi contenitori, ancora indisponibili al legislatore, come ho già osservato per il diritto di accesso alla rete. Oppure, più semplicemente, potrebbe richiedere un mero aggiustamento dei modelli già esistenti. Questa operazione di sussunzione di un fatto, Internet, nella fattispecie astratta, le norme costituzionali sulle libertà, presuppone un'onestà di fondo: assumere Internet come è, diversamente si rischierebbe di dettarle regole *unresponsive*[105], offrendole un facile alibi per sfuggirne, stante la sua allergia all'eteronomia e la sua naturale sensibilità ai richiami di un'incontrollata autoregolazione. Va ora aggiunto che questo Legislatore, della cui identità ho già parlato nelle pagine iniziali del lavoro, ha una precisa responsabilità: avere consapevolezza del mutamento e rispondervi con regole adeguate per evitare che Internet rifluisca nell'area dell'*extra ordinem*, cioè nell'imperio dell'autoregolazione, che se lasciata da sola, condurrebbe inevitabilmente a misure disequilibrate tra gli opposti interessi.

Un esempio darà concretezza al mio discorso: la riservatezza in rete sta stretta nella bella e polverosa immagine ottocentesca di pretesa a tenere per sé la sfera intima di vita[106], né può dirsi pienamente soddisfatta come diritto all'autodeterminazione del flusso dei propri dati, perché è altro[107]. È pretesa a inseguire da remoto il potere di disporre dei propri dati, abusato dalle Autorità private, senza che nessuno lo abbia consegnato loro in via definitiva e intenzionale. Sono sintomatici l'attenzione e il denaro che i giganti di Internet, Google e YouTube, stanno investendo nelle questioni giuridiche connesse alla privacy, tutte risolte al loro esclusivo vantaggio. È recente il monito che i Garanti europei[108] hanno indirizzato a Google di reimpostare in termini diametralmente opposti il rapporto tra sé e gli utenti per consentire a questi la difesa delle loro prerogative contro l'ammasso incontrollato dei propri dati e il loro utilizzo per fini ulteriori, permanenti e a loro ignoti.

Qui la riservatezza si lascia dietro la sua vocazione individuale e assume le potenzialità di un mezzo a disposizione sì del singolo, ma destinato a procurare utilità collettive: essa serve, infatti, per prevenire e reagire contro i nuovi padroni della rete. Qui essa non ha come antagonista un potere autoritativo, come tale, più conoscibile e da cui è più facile difendersi, ma un'Autorità astratta senza volto, e sfuggente al diritto. Una riservatezza, questa, che il titolare esibisce dinanzi a un altro privato, non entificato, né entificabile, la rete, la quale - a rigore della nostra Costituzione – sarebbe

---

[105] Non posso usare l'espressione italiana insensibile, perchè l'"unresponsive" inglese allude a ben altro: precisamente, a regole il cui processo formativo è rapido e strutturato in modo da reagire con risposte regolatorie pronte, flessibili e adeguate ai mutamenti continui della realtà. In proposito, P. Nonet - P. Selznick, *Law and society in transition. Toward responsive law*, Transact, New York, 1978, in part. a p. 778 ss.

[106] S. D. Warren - L. Brandeis, *The right to privacy*, in *Harv. L. Rev.*, 1890, vol. IV, n. 5, a p. 193: «now the right to life has come to mean the right to enjoy life, - the right to be let alone; the right to liberty secures the exercise of extensive civil privileges; and the term "property" has grown to comprise every form of possession - intangible, as well as tangible».

[107] A favore di questo "altro" si è espresso D. L. Solove, *Speech, privacy, and reputation on the Internet*, in S. Levmore – M. C. Nussbaum (*eds.*), *The offensive Internet*: *speech, privacy, and reputation on the Internet*, Harvard University Press, Cambridge, 2010, in part. a p. 30.

[108] Article 29 Data Protection Working Party, *Letter to Mr. Page*, dove l'attenzione è focalizzata, oltre che su un'informativa preventiva più chiara e di facile reperimento per il navigante, soprattutto sulla necessità di 1) «Differentiate the purposes of the combination of data with appropriate tools; 2) Collect explicit consent for the combination of data for certain purposes», Brussels, 16. 10. 2012.

ospitabile nell'art. 2. La norma richiamata[109] può arrivare a difendere l'individuo anche da stati di soggezione, creati o sfruttati da poteri privati in danno di soggetti deboli, con l'aggravante che Internet non mette a rischio la sola condizione della singola persona, ma quella comune al popolo dei naviganti, che non ha mezzi per difendersi da chi negozia i suoi dati contro servizi e prestazioni (posta elettronica, localizzazione di cose e persone, ricerche e tanto altro) di cui non riesce più a fare a meno. Il che lo pone nell'alternativa di dover scegliere tra un prendere o lasciare: o accetta questo occhio permanentemente aperto sulla sua vita personale, o rinuncia al servizio a fronte del quale i dati vengono scambiati. E siccome altrove non troverà condizioni più rispettose della sua privacy, perché i contraenti forti della rete sono solidali nelle ledere le controparti deboli, il cittadino "liberamente" accetterà un livello più basso di protezione della sua riservatezza.

Siamo dinanzi al «new and vexing threats to privacy as people have an unprecedented ability to gather and spread information about each other around the word. To address these problems, we need to rethink privacy for the Information Age. If we fail to do so, we will face severe limitations on freedom and self-development now and in the future»[110].

Da un lato, allora diritti classici vestono abiti nuovi, dall'altro abitano temporaneamente e con una certa instabilità collocazioni un tempo permanenti, nelle quali si erano accomodati finora[111]. Questo è il caso della libertà di comunicazione che, presupponendo un rapporto tra soggetti determinati, ha come naturale conseguenza la segretezza di quanto detto e la sua sottrazione alla divulgazione agli *omnes*. Ma quando con posta elettronica si comunica con gli iscritti a una *mailing list* chiusa o si chatta con gli appartenenti a una comunità virtuale ad accesso condizionato, il così netto confine tra destinatario determinato e genericità degli *omnes* sfuma[112] e neanche il criterio[113] dell'intercambiabilità dei destinatari risolve in termini incontrovertibili l'alternativa quanto al loro inquadramento nel 21 o nel 15 Cost.[114]

Questa ridefinizione delle libertà classiche non si esaurisce contestando la loro consueta collocazione costituzionale, toccando altresì il loro profilo sostanziale: le

---

[109] Esprimeva con chiarezza questo pericolo A. Barbera, *Art. 2 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, vol. I, Zanichelli Foro Italiano, Bologna–Roma, 1975, a p. 107, nell'affermare che «la Tutela dei diritti inviolabili non può non esplicarsi anche a vantaggio del privato "debole", che subisca una serie di influenze e di condizionamenti tali da essere posto in condizione di soggezione nei confronti del "potere privato"».

[110] Così D. L. Solove, *Speech, privacy, and reputation on the Internet*, in S. Levmore – M. C. Nussbaum (*eds.*), *The offensive Internet*, cit., a p. 30.

[111] In proposito si veda; D. C. Nunziato, *Virtual freedom*, Stanford University Press, Stanford, 2009, in part. a p. 134 ss.

[112] Meno dubbi solleva in proposito A. Valastro, *La libertà di comunicazione e nuove tecnologie e prospettive di tutela delle nuove forme di comunicazione interpersonale*, Milano, Giuffrè, 2001, a p. 216. Mentre P. Costanzo, *Internet (Diritto pubblico)*, in *Dig. Disc. Pubbl., Agg.*, Utet, Torino, 2000, in part. a pp. 356 ss., subordina le garanzie del 15 Cost. alla doppia condizione sia dell'intenzione degli autori di comunicare riservatamente, che delle modalità di trasmissione. Con la conseguenza che se il mezzo fosse, anche solo potenzialmente, destinato alla circolazione diffusa, la disciplina del 15 non si applicherebbe. Questa tesi, valida per i vecchi strumenti di comunicazione, se trasportata sul web, priverebbe della protezione dell'art. 15 la maggior parte delle forme comunicative virtuali per le loro potenzialità diffusive.

[113] Il riferimento è a una vicenda giudiziaria in cui si contestava la divulgazione del contenuto di poste elettroniche a opera di un appartenente a una *mailing list* chiusa. Condotta, questa, che, a giudizio della Corte di Appello di Milano, sez civ. II, 10/11/2010, n. 3340, violava la segretezza stante l'infungibilità degli iscritti, che faceva ritenere la conversazione telematica intervenuta tra soggetti determinati. Si veda però l'opposta impostazione del Tribunale di Brescia. Sez. civ III, 16 Settembre 2008.

[114] Sufficiente il riferimento a: C. Melzi d'Eril, *La complessa individuazione dfei limiti alla manifestazione del pensiero in Internet*, in *Dir. Inform. e Inf.*, 2011, pp. 571 ss.; nonché a G. M. Riccio, Social networks *e responsabilità civile*, in *Dir. Inform.e Inf.*, 2010, pp. 859 ss.

facoltà che compongono i rispettivi diritti, in un'espressione, l'*ubi consistam*. Si pensi al diritto di proprietà, immutato nella statica immagine di *ius excludendi omnes alios*, che consegnava al suo titolare il diritto a un uso e a una disponibilità solitaria del proprio bene, con facoltà di escludere una pari o concorrente pretesa altrui. Ma possiamo dire che ciò sia ancora vero oggi, quando la nascita stessa della rete è la negazione di entrambi i concetti: appropriazione ed esclusività?

La rete è innanzitutto condivisione delle realtà che ospita, una dimensione cooperativa dovuta alla sua origine: nasce grazie alla pratica del *file sharing*, che ci richiama concetti filosofici, cari a Hess e Ostrom[115], del sapere come "bene accrescitivo". Esso si moltiplica per confusione e mescolanza di idee, che si aggiungono per addizioni successive grazie agli apporti incrementali di chi, acquisendo il *file*, lo modifica e poi lo restituisce alla rete diverso da come era prima, pronto per le ulteriori modifiche di chi verrà dopo. E possiamo proprio dire che il *file* finale sia lo stesso di quello iniziale?

Con Internet i concetti di "conoscenza e condivisione diventano le condizioni costitutive per la produzione di un valore cognitivo"[116], non più chiuso in un involucro di rara compattezza, perché frammento di un percorso conoscitivo *in itinere*, dove i naviganti con le proprie idee ed esperienze accrescono il dono della cultura, perché, per dirla con Landow[117] il Web ha imposto la regola della cessione di sovranità dall'autore del file al suo lettore che, sia pure in minima misura, è sempre anche un "user generated content".

Con la rete, la conoscenza, bene comune per eccellenza, non è più contenibile nelle anguste categorie del bene privato o pubblico, che entrambe riservano l'oggetto a un titolare solitario. La conoscenza, invece, è completata da un dovere di destinazione: giovare a un'intera comunità che ne possa disporre liberamente per trarvi un'utilità indistintamente distribuita.

Così anche i concetti squisitamente privatistici dell'esclusività della proprietà, del dominio solitario, del potere di mercato incontrastato, perdono terreno a favore di nozioni più inclusive, aperte ad accrescimenti addizionali, contestabili in una dinamica competitiva, come la logica del bene comune vorrebbe. E forse in questa nuova ottica anche il contrasto tra il diritto d'autore in rete e il diritto dei naviganti di prendere e restituire dati troverà una più equilibrata definizione[118].

---

[115] C. Hess – E. Ostrom (a cura di), *Understanding knowledge as common*, The Mit Press, Cambridge, 2007, in part. capitolo terzo, pp. 46 ss.

[116] F. Cortiana, *Premessa*, in C. Hess – E. Ostrom (a cura di), *La conoscenza come bene comune* (traduzione italiana curata da P. Ferri), Bruno Mondadori, Milano, 2009, a p. XIV.

[117] G. P. Landow, *Hypertext 3.0. Critical theory and new media in an era of globalization*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2006, *passim*.

[118] Sul tema delle *creative commons licenses*, si vedano: S. Lake – K. Bean May, *Digital media: concepts and applications*, 3ª ed., South Western Cengage Learning, 2012, p. 190; E. Hoorn, *Contributing to conversational copyright: creative commons licences and cultural heritage institutions*, in L. Guibault – C. Angelopoulos (*eds.*), *Open content licensing. From theory to practice*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 2011, pp. 203 e ss., in part. a p. 206 dove: «the basis of the Creative Commons movement is broad vision on voluntary sharing behaviour in the digital environment»; M. W. Carroll, *Creative commons as conversational copy right*, in P. K. Yu (*ed.*), *Intellectual property and information wealth. Volume one. Copyright and related rights*, Praeger Publishers, Westport, 2007, p. 448 per una chiara definizione del concetto: «Creative Commons License is a form copyright license that can be linked to via the World Wide Web. The principle of a Creative Commons License is to replace the default "all rights reserved" approach with a more modest "some rights reserved" approach that permits a variety of uses subject to one or more limitations that the copyright owner has placed on the work». Per un'analisi della «discussion of the judicial doctrine of copyright abandonment, which of course typically arises in the context of abandoning copyright ownership or exclusive rights, not nonexclusive licenses», si vedano: E. Priest, *Copyright and the harvard open access mandate*, in *North. Jour. Tech. Intel. Prop.*, 2012, vol. 10, 7, p. 377, in part. a p. 397 e L. Pallas Loren, *Building a reliable semicommons of creative works: enforcement of creative commons licenses and limited abandonment of copyright*, in *Geo. Mas. L. Rev.*, 2007, vol. 14, in part. a pp.

Forum di Quaderni Costituzionali

Proprio come l'esempio della conoscenza, anche le reti vecchie, le N.G.Ns. e Internet sono attraibili al bene comune, categoria che, però, non è immune da rischi: primo tra tutti, il pericolo di esaurimento per sfruttamento illimitato di pochi utilizzatori a danno dei molti estromessi. Alla "tragedia dei beni comuni" anticipata da Hardin[119], Ostrom e Hess[120] reagiscono con fantasia e concretezza, inventando un regime giuridico capace di prevenire i conflitti di interesse e di definire i confini di sfruttamento in modo che l'uso immediato dei beni lasci un'integra eredità a chi verrà dopo. Insomma, allo sfruttamento intensivo del bene comune una parte della cultura americana propone la logica di un uso sostenibile delle risorse della rete, perché se è vero che l'uomo è dominato dagli istinti dell'appropriazione e della competizione, è pur possibile educarlo all'etica responsabile della cooperazione e della condivisione.

Questo è l'imperativo ultimo al quale dovrebbero attenersi le regole su Internet e sull'esercizio delle libertà in rete.

8. Le garanzie minime del costituzionalismo

Il diritto di accesso mostra di avere un percorso simile a quello già intrapreso dalla riservatezza che, nata da valori e diritti tipizzati in Costituzione, ha poi conquistato una sua identità, articolandosi nella duplice pretesa di autodeterminazione del proprio flusso di dati e di protezione del foro interno dalle incursioni autoritarie, senza escludere, come anticipato prima, una sua flessione verso forme inedite in caso di esercizio *online.*

Quando la dottrina francese criticava la legge Hadopi 1[121] disegnava in termini generali i comportamenti vietati allo Stato, cioè gli diceva come non si sarebbe mai dovuto comportare nei confronti del diritto di accesso, libertà sì comprimibile, ma nel rispetto di precise condizioni: la pariordinazione del valore limitante a quello limitato; la definizione *ex lege* della misura di coesistenza tra i due opposti; la proporzionalità secondo il parametro costi/benefici; e, infine, l'applicazione della misura con atto motivato dell'autorità giudiziaria.

Ebbene, la prima versione della Hadopi non rispondeva ad almeno due dei tre requisiti[122]. Equiordinava beni non allineabili, perché il diritto allo sfruttamento economico dell'opera d'ingegno, come interesse economico, avrebbe dovuto arretrare, e non prevalere, dinanzi alla libertà di navigare in rete dell'internauta, bene, quest'ultimo, fondamentale. Inoltre, consegnava il potere di bloccare l'accesso all'Hadopi che, al pari di qualsiasi autorità amministrativa indipendente, non possiede gli attributi formali del potere giudiziario: di conseguenza, i suoi atti non pervengono a giudicato, a differenza delle sentenze del giudice[123].

319-322.

[119] G. Hardin, *The Tragedy of the commons*, in *Science*, 1968, vol. 162, a pp. 1243-1248.

[120] C. Hess – E. Ostrom (a cura di), *Understanding knowledge as common*, cit, in particolare l'intero capitolo terzo dei due coautori.

[121] La sua prima versione, censurata dal *Conseil*, risale alla *Loi 2009-669*, del 12 giugno 2009 «favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet», e gli articoli censurati erano il 5, il 10 e l'11.

[122] Tra i tanti si vedano: L. Costes, *La loi "Creation et Internet" partiellement censurée par le Conseil constitutionnel*, in *Rev. Lamy Dr. Immatériel*, n. 50, 2009, p. 3; F. Chaltiel, *La loi Hadopi devant le Conseil Constitutionnel*, in *Les Pet. Aff.*, n. 125, 2009, p. 7; J. P. Feldman, *The Conseil Constitutionnel, la loi "Hadopi" et la présomption d'innocence*, in *La Sem. Jur. Éd. Gen.*, n. 28, 2009, p. 25; A. Gautron, *La "réponse graduée" (à nouveau) épinglée par le Conseil constitutionnel. Ou la délicate adéquation des moyens aux fins*, in *Rev. Lamy. Dr. Immatériel*, n. 51, 2009, p. 63; M. Verpeaux, *La liberté de communication avant tout. La censure de la loi Hadopi 1 par le Conseil constitutionnel*, in *Sem. Jur. Éd Gen.*, n. 39, 2009, p. 45.

[123] 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 Autorità indipendenti e potere giudiziario più con

In questa sede non esprimerò un giudizio sull'adeguatezza della successiva risposta del legislatore francese[124] alla censura del *Conseil*, perché questione estranea alla mia riflessione. Qui ho voluto ricordare il caso francese come esempio emblematico di comportamento vietato allo Stato, cioè di una condotta che il potere non deve mai tenere nei confronti di una libertà negativa, a pena di commettere un illecito, invece, di accordarle la necessaria tutela, cui è tenuto.

Ma le due garanzie, riserva di legge e di giurisdizione, sono insufficienti e, al tempo stesso, eccessive per comporre da sole lo statuto minimo delle libertà in rete poiché, come espressioni tipiche della nostra cultura costituzionalistica, non hanno corrispondenti in altri ordini giuridici. E siccome qui il mio tentativo è di disegnare una cornice comune e indefettibile in difesa delle libertà *online*, in cui una politica del diritto senza frontiere si possa riconoscere, occorrerà tenere da parte preoccupazioni storiche e istanze localistiche che non hanno equivalenti nei rimedi e garanzie, che, pur nella variabilità di contorno, sono presenti nelle Carte europee e internazionali. Pertanto, in luogo delle due ricordate riserve si opterà per i più deboli istituti della legalità[125] e del *due process*, patrimonio comune del garantismo moderno.

La prima non è la traduzione nel linguaggio sovranazionale della domestica riserva di legge, perché stando alla giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo, a partite dal caso *Sunday Times*[126] e poi *Kruslin*[127], la legalità esprime la diffidenza verso il concreto e puntuale provvedere, al quale si fa divieto di conformare le libertà *online*, sulle quali potrà, invece, intervenire solo il comando astratto e generale della legge. Termine che, data la sua polivalenza funzionale, rimanderà agli atti normativi comunitari e nazionali, nonché a quelli collocabili a livello, non solo primario, ma anche secondario con inclusione delle consuetudini e dei *cases of law*, come vuole la tradizione di *common law*[128]. Insomma, legge intesa in base al criterio sostanziale[129] come quell'astratto e

mere affermazioni che con solide argomentazioni.

[124] La seconda versione integrativa dell'Hadopi1, *Loi n. 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet* (da reperire, tra i vari siti, in quello ufficiale al seguente indirizzo: *http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000021208046&categorieLien=id.*) risponde alla censura del Conseil, sostituendo all'Hadopi l'autorità giudiziaria nella titolarità del potere sanzionatorio; e diversifica le sanzioni aprendo a "toutes mesures propres à prevenir ou à faire cesser une telle atteinte à un droit d'auteu ou un droit voisin". In questa rosa atipica di rimedi il giudice potrebbe ordinare, invece, del blocco totale dell'accesso l'adozione di sistemi di filtraggio, che rendano visionabili i siti protetti da *copyright* senza possibilità di scaricarne i dati.
Parte della dottrina è insoddisfatta anche della seconda versione, si legga per tutti: I. Boubekeur, *De la «Loi Hadopi» à la «Loi Hadopi 2». Analyse de la décision du Conseil Constitutionnel 2009-580 DC et de ses Conséquences*, in *Rev. Lam. Dr. Imm.*, n. 51, p. 107, 2009. Nella letteratura italiana parlano «di dottrina Sarkoy» O. Pollicino – M. Bellezza, *Tutela del Copyright e della privacy sul web:* quid iuris*?* in O. Pollicino – A. M. Mattaro (a cura di), *Tutela della privacy e protezione dei diritti di proprietà intellettuale in rete*, Aracne, Roma, 2012, in part. a p. 15.

[125] In proposito in dottrina tra i molti commentatori su questo principio limitatamente alla Carta dei diritti si vedano: A. Barbera, *La carta europea dei diritti*: *una fonte di ricognizione?*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, 2-3, pp. 241 ss.; T. Groppi, *Commento all'art. 52*, in R. Bifulco – M. Cartabia – A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti dell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2001, a p. 354; R. A. Garcìa, *Le clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2002, p. 7; D. Triantaflyllou, *The European charter of fundamental right and the "rule of law": restring fundamental right by reference,* in *Comm. Mark. L. Rev.*, 2002, a pp. 59 ss.

[126] Corte europea dei diritti dell'uomo, 26 Aprile 1979, ricorso n. 6538/74, *Sunday Times* vs. *United Kingdom*, in *EHRR*, 2, 1979, 245 «il termine *law* deve essere inteso nel suo senso sostanziale e non in quello formale […] e contempla non solo il diritto scritto, ma anche quello non scritto è […] nonchè le fonti scritte di livello inferiore a quello legislativo».

[127] Corte europea dei diritti dell'uomo, 24 Aprile 1990, ricorso n. 11801/89, *Kruslin* vs. *France*.

[128] Sempre la Corte prima citata ricordava che «Non tener conto della giurisprudenza implicherebbe minare il sistema legale di paesi continentali in misura quasi equivalente […].all'esclusione del *Common law* dal concetto di 'diritto' per i paesi anglosassoni».

[129] Si legga in proposito la chiara definizione esplicativa fornita dal *Draft charter of Fundamental Rights of the*

generale disporre contro il temuto concreto e singolare provvedere, che il richiamo alla dilatata legalità vuole tenere lontano dalle libertà.

Il passaggio dalla nostra riserva - sottrazione di una materia alla competenza secondaria dell'Esecutivo e suo affidamento a quella più o meno solitaria del Parlamento e degli atti aventi forza di legge - al principio di legalità segna il superamento storico della diffidenza delle Assemblee giacobine verso i colpi di mano di Esecutivi reazionari, a favore di una legalità, che, in virtù del suo prevedere in anticipo e in termini generali la regola di condotta, assicura certezza e uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge, ma non anche l'esclusiva provenienza di quest'ultima dall'Assemblea immediatamente rappresentativa della volontà popolare[130]. La Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali - nella lettura che di essa ha dato la sua Corte - e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - sempre secondo l'interpretazione dei suoi giudici europei - si richiamano a vicenda, scambiandosi pur in una variabilità di linguaggio, la medesima accezione sostanziale di legge: dunque, un filo rosso corre tra le due Carte, almeno limitatamente alla garanzia della legalità, mentre le pur significative differenze riguarderanno la disciplina delle singole libertà.

Quindi, tornando alle nostre libertà *online*, esse saranno conformabili dalla legalità intesa nei termini di regole astratte e generali[131], dettagliate nel loro contenuto già prescrittivo[132], a prescindere da chi ne sia l'autorità pubblica autrice.

Anche la riserva di giurisdizione, al pari di quella di legge, sfuma nelle Carte nella più tenue garanzia del *due process*[133]. Ciò che conta è che l'atto concretamente impositivo dei limiti, in coerenza con il principio di legalità di cui sopra, sia pronunciato, non *inaudita altera parte*, ma consentendo a chi dovrà sopportare quei limiti di averne tempestiva conoscenza al fine di rappresentare le sue ragioni ostative. E, nel caso in cui l'autorità, a contradditorio assolto, si dovesse convincere della legittimità e fondatezza di quei limiti, dovrà rendere leggibile dall'esterno l'iter logico argomentativo alla base della sua decisione, motivando. Quindi, non sarà la mancata previsione del

---

European Union, Brussel, 8 Marzo 2000 (13.03), su quello che poi diventerà l'art. 53 della Carta dei diritti, infine incorporata nel Trattato di Lisbona: «This provision will set out principles relating to the limitations on guaranteed rights, has the effects of incorporating all the limitations laid down by the European Conventions of Human Rights […]. According to the European Conventions of Human Rights, the term 'law' must be understood in the material not the formal sense. It can cover sub-legislative, customary or case of law standard. The law must be accessible and allow the individual to foresee the consequences of his behaviour è […]».

[130] In questi termini: A. Barbera, *La Carta europea dei diritti: una fonte di ricognizione?*, cit., in part. a p. 241.

[131] La Corte europea dei diritti dell'uomo ha subordinato la stessa sussistenza del diritto al rispetto dei principi di accessibilità, chiarezza e prevedibilità della norma. L'accesso va inteso nel senso che il diritto sia formulato con sufficiente precisione da consentire alla persona di regolare la propria condotta. La chiarezza è evidenza testuale, funzionale al primo. La prevedibilità è la conoscenza anticipata della qualificazione che il diritto detta in astratto alle condotte. Per un'ampia e ragionata rassegna giurisprudenziale si veda sul punto M. Pacini, *Diritti umani e ammnistrazioni pubbliche*, Giuffrè, Milano, 2012, a p. 23 ss.

[132] Tra le prime pronunce si veda Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 26 Aprile 1979, *Sunday Times* vs. *United Kingdom*, cit, «[...] a norm cannot be regardered as a 'law' unless it is formulated with sufficient precision to anable the citizen to regulate his conduct»; poi ribadito in *Hashman and Hurrupt* vs. *United Kingdom*, 25 Novembre 1999, in *EHRR,* 2000, 24. Commentano il requisito in esame H. Fenwick – G. Phillipson, *Media freedom under the Human Rights Act*, Oxford University Press, Oxford, 2006, in part. a p. 47 in questi termini: «[…] the requirement that interferences be prescrived by law is not only a *formal* requirement, it says something abouy the qualities which that law must have».

[133] Affermato sin dai casi *Rotaru* (Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 Maggio 200, *Rotaru* vs. *Romania*, ricorso n. 28241) e Al-Nashif (Corte europea dei diritti dell'uomo, 20 Giugno 2002, *Al-Nashif* vs. *Bulgaria*, ricorso n. 50963/99). In proposito, da ultimo, cfr.: M. Pacini, *Diritti umani e amministrazioni pubbliche*, Giuffrè, Milano, 2012, in part. a pp. 12 ss.

sindacato giurisdizionale a comportare la lesione del *due process*, purché «l'interferenza col pacifico godimento dei propri beni» sia accompagnata da «garanzie procedimentali che assicurino all'individuo una ragionevole opportunità di presentare il proprio caso davanti alle autorità competenti»[134].

L'affidamento del potere conformativo alla legge, nel senso sopra chiarito, non rimane l'unico presidio a difesa delle libertà *online*, occorrono altre misure per contenere la discrezionalità politica del legislatore, quali la natura del bene limitato, la necessarietà[135], la proporzionalità[136] e, infine, l'essenzialità.

Stando al primo limite, i soli beni in grado di limitare i diritti in oggetto sono i fini di interesse generale e gli stessi diritti fondamentali: insomma, nel conflitto tra il dare e l'avere il confronto deve interessare valori di pari dignità.

Il secondo limite, quello dell'indispensabilità, impone che intanto il sacrificio di una libertà sia ammissibile, in quanto non altrimenti evitabile, nel senso che la via percorsa era una strada a senso obbligato perché, se una alternativa fosse stata praticabile, il sacrificio, in quanto evitabile, sarebbe diventato illegittimo.

Grazie al limite della proporzionalità[137], vero banco di prova della ragionevolezza del legislatore nel pesare costi e benefici di un'operazione di mediazione tra diritti[138], si protegge il bene limitato dai sacrifici più gravosi del vantaggio procurato al bene[139].

Alla luce dei ricordati parametri l'Hadopi 2[140], di cui si è parlato prima, non sembra

---

[134] Così Corte europea dei diritti dell'uomo, 24 Ottobre 1986, *Agosi* vs. *United Kingdom*, ricorso n. 9118/80.

[135] Significativo in proposito è il *Report on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and Expression*, di Frank La Rue, 16 Maggio 2011, all'Assemblea Generale dell'ONU, reperibile al seguente indirizzo: *http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf*.

[136] Da ultimo, K. Heller, *European human rights and proportionality principle*, Relazione tenuta al *Mentor Seminar for the European Union Judiciaries,* 28 Gennaio 2011, al *http://www.astrid-online.it/Giustizia-1/Studi--ric/supreme-court-of-latvia-.European-human-rights-...pdf*., dove l'Autore ricorda che i test di necessità e proporzionalità, pur condotti separatamente da talune Corti nazionali, confluiscono per la Corte europea del diritti dell'uomo in un unico parametro perché «There is hardly any difference between a restriction that is totally ineffective to meet the legitimate aim and one whose effect is so low that the interest of the applicant obviously prevails».

[137] In termini generali, sul bilanciamento tra valori antagonisti, guidato dai criteri di ragionevolezza e proporzionalità, si vedano: J. Christoffersen, *Fair balance: proportionality, subsidiarity and primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden-Boston, Nijhoff, 2009, *passim* e A. Mowbray, *A study of the principle of fair balance in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *HTLR*, 2/2010, a p. 289.

[138] Molto pertinente l'intervento di un giudice anglosassone, High Court of Justice – Court of Appeal, *The Queen v. Smith and Others*, [2011] EWCA Crim 1772, consultabile in *www.bailii.org*, statuendo, quanto alla necessaria proporzionalità tra sacrifici e vantaggi in materia di restrizioni alla comunicazione via Internet, che «A blanket prohibition on computer use or internet access is impermissible. It is disproportionate because it restricts the defendant in the use of what is nowadays an essential part of everyday living for a large proportion of the public, as well as a requirement of much employment».

[139] Si ricorda una recente pronuncia riguardante proprio le libertà *online*, in cui la Corte di Giustizia (sez. III, 16 Febbraio 2012, *c. Sabam vs. Netlog*, C-360/10) ha ritenuto che l'assenza di proporzionalità del sacrificio renda illegittimo il limite. Si tratta dell'imposizione di un sistema di filtraggio all'*hosting provider*, il cui obbligo, in quanto misura anticipata, generalizzata e, quindi, eccessiva di sorveglianza attiva su tutti i dati dei clienti da lui ospitati, comporta nell'immediato una lesione attuale e proporzionata del diritto d'impresa dell'*hosting* (*Cons.* 38) (ricordando anche la sentenza Scarlet Extended, *Cons.* 36) al fine di prevenire una lesione futura e incerta del diritto d'autore. Ma il filtraggio risulta illegittimo anche in forza di un'altra ragione: «gli effetti di questa limitazione sarebbero tali da ledere anche i diritti fondamentali degli utenti dei servizi di tale prestatore, ossia il loro diritto alla tutela dei dati personali e la loro libertà di ricevere o di comunicare informazioni, diritti, questi ultimi, tutelati dagli articoli 8 e 11 della Carta».

[140] Loi n. 2009-1311 du 28 Octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet, in *http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000021208046&categorieLien=id*. Parte della dottrina non è soddisfatta dalla seconda versione. Sul punto, si vedano i contributi di: I. Boubekeur, *De la «Loi Hadopi» à la «Loi Hadopi 2». Analyse de la décision du Conseil Constitutionnel 2009-580 DC et de ses Conséquences*, in *Rev. Lam. Dr. Imm.*, n. 51, p. 107, 2009; M. Verpeaux, *Loi Hadopi 2, contrôle à double détente: 1. A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 22 octobre 2009*, in *Sem. Juri. Éd. Gén.*, n. 46, pp. 15-

conforme con l'ordine internazionale, sia perché bilancia grandezze ineguali, il diritto di accesso con la pretesa allo sfruttamento economico dell'opera d'autore; che perché sacrifica ingiustificatamente la libertà di parola, come risulta dal rapporto sull'implementazione dell'Hadopi 2[141], che prova il fallimento della politica repressiva, incapace di ripristinare la legalità violata dalla perseveranza degli internauti nelle azioni di pirateria.

L'ultimo limite, l'essenzialità, è terreno d'incontro tra la giurisprudenza della nostra Corte[142] e quella della Corte di Giustizia: quest'ultima da subito lo aveva identificato nell'irriducibilità di un contenuto indispensabile minimo al diritto, al punto da indurre parte della dottrina a elevarlo a "limite del limite"[143]. Il discorso sull'essenzialità dovrebbe avere come esito naturale l'insopprimibilità in assoluto del diritto limitato, nel senso che in nessun caso il legislatore potrebbe, per tutelare un bene, azzerarne un altro. Non sembrano pensarla cosi i giudici inglesi[144], che in caso recente e pertinente alla materia in esame, non hanno, invece, esitato a bloccare a un presunto terrorista l'accesso alla rete per evitare il pericolo di divulgazione delle sue idee. In questa definizione giudiziaria tra valori fondamentali, un diritto viene negato *tout court* a fronte peraltro, non di un danno immediato e attuale, ma del pericolo di un suo avveramento prossimo. Dunque, la *High Court* è autrice di una vera acrobazia giuridica nel saltare due limiti insuperabili ai diritti fondamentali, ponendo seriamente a rischio la legittimità della sua pronuncia.

Anche il nostro ordinamento si dovrà misurare con problemi simili a quelli già risolti, benché in modo insoddisfacente, dal legislatore francese, avendo assegnato all'A.G.Com. un analogo potere di controllo sostanziale sui contenuti dei siti, la cui titolarità da ultimo l'Autorità stessa sembrerebbe contestare. Invero, le ragioni prima esposte in difesa della riserva di giurisdizione, pur implicita nel sistema francese, diverrebbero insuperabili in un ordinamento che espressamente prevede la privativa della materia litigiosa al potere giudiziario. Né servono ad attenuare questa censura i correttivi[145] - introdotti in corso d'opera dall'A.G.Com. all'originaria bozza di regolamento[146] - della preferenza del ricorso giurisdizionale al rimedio amministrativo e dell'impugnabilità dinanzi al giudice degli ordini dell'Autorità di "pulizia" coatta dei siti. La questione è altra: si può ritenere una tale addizione di mezzi, amministrativo e giudiziario, compatibile con la riserva di giurisdizione? Se riserva significa affidamento in esclusiva al giudice della decisione su a), b) e c), su quei punti nessun altro potrà interloquire, e un eventuale cumulo dovrà necessariamente partire da d).

17, 2009; F. Chaltiel, *La loi Hadopi II de nouveau censurée*, in *Les Pet. Aff.*, 25 Novembre 2009, n. 235, pp. 7-13; D. Rousseau, *Après HADOPI 1 et HADOPI 2, HADOPI 3? La décision du Conseil constitutionnel du 22 octobre 2009*, in *Légip.*, n. 267, 2009, a pp. 173-174.

[141] N. Dreyfus, *The Hadopi law, two years after*, in *E-Comm. L. Pol*, vol. 13, issue 7, July 2011, a pp. 8 ss., dove l'Autrice commentando i magri risultati tratti dal rapporto della politica dei tre avvertimenti, constata come al sacrificio attuale e certo di un bene fondamentale non sia, invece, corrisposto l'atteso vantaggio, stante l'indisturbato perdurare della pirateria *online*.

[142] A giudizio della nostra Corte (*ex multis*, sent. n. 67/90), il legislatore nel valutare se il diritto sacrificato abbia subito una compressione al di sotto della sua operatività minima, deve prestare attenzione a non «rendere difficile o impossibile l'esercizio di tale diritto, ostacolandolo fino al punto di pregiudicarlo o renderlo particolarmente gravoso».

[143] L'espressione si deve soprattutto agli studiosi spagnoli, *ex multis*, si veda: A. L. Martines Pujalte, *La Garantìa del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1997. In dottrina, diffusamente sul punto T. Groppi, *Commento all'art 52*, cit., in part. a p. 355.

[144] England and Wales High Court – Administrative Court, *A.M.* vs. *The Secretary of State for the Home Department*, [2011] EWHC 2486 (Admin), in *www.bailii.org*.

[145] Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, *Delibera 389/11/CONS*, (in particolare si leggano gli artt. 8, comma 4 e 15, co. 3) in *http://www.agcom.it/Default.aspx?message=visualizzadocumento&DocID=6693*.

[146] Per la sua prima versione, sottoposta dall'Autorità a consultazione pubblica, si legga la *Delibera n. 668/10/CONS*, 17 Dicembre 2010, nel suo sito istituzionale.

Riserva e cumulo sono in rapporto di esclusione reciproca; ne consegue che l'intervento, ancorché in prima battuta, dell'A.G.Com. in funzione pseudo-giudiziale si deve ritenere di dubbia compatibilità costituzionale, perché viola il divieto per qualunque potere diverso da quello giudiziario di dirimere la lite sulle libertà fondamentali. Né tantomeno detto divieto appare superabile con l'argomento che il privato con la scelta del rimedio amministrativo abbia implicitamente rinunciato alla tutela offertagli dalla riserva, perché questa non protegge un bene individuale, come tale disponibile da parte del singolo, ma il valore oggettivo delle libertà fondamentali che, se intoccabili nel loro nocciolo duro persino dal legislatore di revisione costituzionale o da quello sovranazionale, non possono essere oggetto di dismissione da parte del privato.

Quanto detto sulla doppia identità del diritto di accesso veloce a Internet, pretesa sociale *ab initio* e libertà negativa nel suo svolgersi in rete, è solo la ricostruzione scientifica di chi scrive, ancora lontana dal concreto operare delle istituzioni europee, che solo da ultimo hanno vinto l'iniziale posizione di sterile immobilismo, pur fermandosi a metà del cammino, perché non hanno ancora convertito le linee direttive impartite alle *policies* future[147] in impegni giuridicamente vincolanti rispetto alla domanda del cittadino europeo di connettività universale, accolta pertanto solo in punto di principio, non già come situazione soggettiva giuridicamente rilevante.

Forum di Quaderni Costituzionali

[147] 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 sito web istituzionale.