

Dipartimento di Scienze Politiche

Corso di Laurea Magistrale in Scienze di Governo e della comunicazione pubblica

Cattedra di Diritto dell'informazione e della comunicazione (c.p.)

Net Neutrality: opportunità e criticità per il futuro della rete.

Relatore:

Prof. Pietro Santo Leopoldo

Candidata:

Anita Leonetti

Correlatore:

Prof. Michele Sorice

Matricola

621362

Anno Accademico 2013/2014

INDICE

Introduzione

1. Principio di *net neutrality* e diritto delle comunicazioni elettroniche.

- 1.1 Definizione del principio di net neutrality
- 1.2 La normativa europea e la sua evoluzione
- 1.3 La consultazione pubblica AgCom sulla neutralità delle rete e la delibera n. 40/11/CONS
- 1.4 Le questioni aperte e il difficile connubio tra regolamentazione *ex ante* e controllo *ex post*

2. Le differenti soluzioni normative nel dibattito transnazionale sulla *net neutrality* .

- 2.1 I rischi per la garanzia del principio nella più recente giurisprudenza degli USA
- 2.2 Il contesto europeo: attività del BEREC e ipotesi di riforma della Commissione
 - 2.2.1 L'eventualità di un mercato unico delle telecomunicazioni.
- 2.3 Profili comparati in materia di net neutrality

3. Il diritto d'accesso e la *governance* di Internet.

- 3.1 Analogie e differenze tra i concetti di *net neutrality* e *net freedom*
- 3.2 Il diritto di accesso a Internet.
 - 3.2.1 Il riconoscimento dell'accesso come punto di partenza per una *governance* di Internet: il Trattato di Dubai.
- 3.3 L'intervento dello Stato nella regolazione della rete.
 - 3.3.1 L'e-democracy
 - 3.3.2 Censura di Stato e controllo della rete: i casi di Cina e Turchia
 - 3.3.3 L'anarchia del web

4. Etica e libertà della rete: informazionalismo e teoria accelerazionista di Internet .

- 4.1 L'etica nella *governance* di Internet
- 4.2 Informazionalismo, etica hacker e lavoro immateriale nella moderna società capitalistica
 - 4.2.1 Castells e l'informazionalismo
 - 4.2.2 L'etica hacker nel pensiero di Himanen
 - 4.2.3 La moderna battaglia al capitalismo: il movimento accelerazionista

Conclusioni

CAPITOLO I

Principio di net neutrality e diritto delle comunicazioni elettroniche.

1.1 Definizione del principio di net neutrality.

L'accademico americano Tim Wu definì per primo il principio di neutralità della rete come “un principio di progettazione”, cioè l'idea di una rete informativa pubblica di massima utilità che aspiri a trattare tutti i contenuti, siti e piattaforme allo stesso modo¹. Sebbene i tentativi di definire questo principio siano vari e scarsamente condivisi, possiamo ipotizzare un'idea di fondo circa la neutralità della rete, o net neutrality, intendendola come un principio non scritto “*generalmente utilizzato, per esigenze di semplicità espositiva, al fine di indicare l'insieme delle condizioni tecniche, giuridiche e commerciali, in virtù delle quali si garantisce parità di trattamento dei dati veicolati in rete e la facoltà degli utenti di accedere liberamente a contenuti, servizi e applicazioni di propria scelta*”². Dunque questo concetto, che mira all'attuazione e al mantenimento di una rete aperta e libera, trova la sua giustificazione sui tre principi base dell'architettura di Internet, che governano l'operatività della rete e che sono : la non discriminazione, l'interconnessione e l'accesso.

In particolare, per “non discriminazione” si intende l'uguale trattamento del traffico veicolato in rete; per “interconnessione” l'idea che tutti gli operatori di rete abbiano un dovere di interconnessione e, al pari, un diritto di connessione ad altre reti; mentre “l'accesso” indica il modo in cui ogni utente può connettersi con un altro utente

¹ Tim Wu , *Network neutrality, broadband discrimination*, J. On Telecomm. & High Tech. L.2
² AgCom, allegato A alla delibera n. 714/11/CONS

finale (dove per utenti finali si può intendere un altro strumento, come modem, router o commutatori, oppure altre reti)³.

Il dibattito circa questo principio generale è attualissimo e di grande interesse, dato l'enorme peso e la notevole pervasività della rete e il ruolo sempre più prepotente che Internet svolge nel mercato internazionale. L'aumento esponenziale del traffico di dati, nonché il notevole sviluppo e la varietà delle applicazioni e dei servizi online hanno contribuito ad accrescere l'ecosistema digitale, che, per perpetuarsi, necessita di una redistribuzione delle risorse economiche. Si parla di un processo circolare *connettività-contenuti*⁴, che, autoalimentandosi, produce importanti trasformazioni nei rapporti che intercorrono tra i diversi agenti della catena del valore.

Abbiamo dunque, accanto ai fornitori di servizi, contenuti e applicazioni (i cosiddetti *content provider*) anche nuovi soggetti, che assumono sempre maggiore rilievo nella fornitura di informazione e intrattenimento e che sono, da un lato, gli editori e, dall'altro, le grandi internet company (Yahoo!, Google, Facebook, Skype, etc.) anche detti Over The Top (OTT), nonché gli stessi utenti che caricano in rete i propri contenuti (video, dati e suoni), che definiamo come “user generated contents”. Tutti questi nuovi protagonisti del panorama digitale competono tra loro nella fornitura dei diversi servizi.

Si va a determinare, pertanto, un nuovo equilibrio nella ripartizione delle risorse la quale può incidere altresì sull'efficiente funzionamento del settore in quanto la struttura del mercato - che si avvale di esternalità positive prodotte dai CP e dagli ISP - rischia di favorire investimenti in infrastrutture e contenuti inferiori al livello socialmente ottimale. Si accresce inoltre la competizione tra i diversi agenti attivi del mercato che mirano ad appropriarsi di quelle risorse necessarie per avviare investimenti di vario tipo, quali costruzione di reti di nuova generazione, innovazione di servizi e applicazioni proposte direttamente dagli utenti finali⁵.

Il nuovo ecosistema digitale richiede, dunque, un'evoluzione delle forme di gestione delle reti e dei modelli di business adottati dai diversi gestori che operano nel settore.

3 Per approfondimenti C. M. GUERCI, *Un mondo in banda larga: lo sviluppo delle telecomunicazioni in Europa*, 2007, pag. 179-183

4 AgCom, allegato A alla delibera n.714/11/CONS, pag. 4

5 AgCom, allegato A alla delibera n.714/11/CONS, pag. 5. Per approfondimenti: AgCom, allegato A alla delibera n. 713/11/CONS

Da un punto di vista strettamente tecnologico, si prevedono nuove forme di gestione del traffico, per un uso più intelligente delle risorse scarse e per una differenziazione della qualità del servizio offerto. Da un punto di vista commerciale, invece, si fanno strada nuove forme di pricing: dati i sempre più vari contenuti e la sempre più vasta gamma di servizi offerti in rete, sono sempre più differenziate le offerte disponibili nel settore. In primo luogo si diffondono sempre più le offerte congiunte, alternative all'acquisto stand-alone dei diversi servizi dati. In secondo luogo, si configura la possibilità di introdurre offerte a consumo (del tipo pay as you go) in sostituzione delle offerte flat (all you can eat) oggi prevalenti nel mercato retail. Inoltre le modalità di pricing potrebbero articolarsi tra servizi gestiti e servizi erogati secondo il modello best effort, i cui livelli di qualità dei servizi vengono garantiti attraverso alcune forme particolari di gestione del traffico, indipendentemente dal fornitore .

Dunque, le nuove forme di traffic management e di pricing possono influenzare e cambiare le modalità di consumo dei servizi da parte degli utenti finali, comportando forme di differenziazione in base ai contenuti trasportati e alla tipologia di servizio erogato. Si pensi alla procedura DPI (*Deep Packet Inspection*) che permette di bloccare o comunque gestire i pacchetti di dati immessi in rete, e che, sebbene da un lato permetta di eliminare quelli dannosi per l'utente (spam), dall'altro potrebbe trasformarsi in un mezzo di selezione da parte degli ISP, che potrebbero privilegiare dei dati a discapito di altri, minando quindi il concetto di neutralità. Lo scenario attuale quindi vede una competizione tra i nuovi operatori che forniscono servizi e applicazioni OTT e le tradizionali aziende di telecomunicazioni (i c.d. Telco). Gli OTT sono *“imprese prive di una propria infra-struttura e che in tal senso agiscono al di sopra delle reti, da cui Over-The-Top e che forniscono attraverso le reti IP, servizi, contenuti e applicazioni [...] e traggono ricavo, in prevalenza, dalla vendita di contenuti e servizi agli utenti finali [...] e di spazi pubblicitari”*⁶. Dunque anche se, come appare evidente, gli OTT siano profondamente diversi dalle aziende tradizionali, queste si trovano in concorrenza, data la versatilità degli Over The Top, che permette loro di essere sia complementari rispetto alle Telco (nei casi di social networking), sia sostitutivi (nei casi di messaggistica, posta elettronica, telefonia vocale). C'è da aggiungere che attualmente questi servizi over the top sono di

nicchia, benchè in forte incremento. Cosa succederebbe se tutti usassimo Viber o WhatsApp per effettuare chiamate telefoniche o messaggi e non ci avvalessimo più di TIM o Vodafone? “*Sistemi di telefonia mobile intelligenti*”
*parte degli operatori Over The Top priverà nel 2020 l'industria globale delle telecomunicazioni di circa \$480 miliardi: già oggi 1/3 delle conversazioni telefoniche internazionali avviene tramite Skype*⁷”. Se si aggiunge a tutto ciò anche l'inesorabile e vorticoso sviluppo del cosiddetto Web 2.0, che rende più interattivo il rapporto tra web e utenti (blog, forum, chat, social network) e che accresce il volume dei dati che vengono veicolati in rete, rendendo gli utenti dei veri e propri “prosumer” (al tempo stesso consumatori e fornitori di contenuti), si comprende meglio quel fenomeno che anche l'AgCom mette in evidenza e che costituisce uno spostamento dell'asse della competizione nel campo ICT, per cui da una competizione tra gli operatori infrastrutturali si è passati ad una competizione tra il complesso degli operatori telco da una parte e i fornitori dei servizi over the top dall'altra⁸. Stanti così le cose, l'Autorità prevede ripercussioni non secondarie di natura macro-economica: il rischio è quello di un forte trasferimento di ricchezza tra Unione Europea (un sistema ancora incentrato sui fornitori di connettività) e Stati Uniti o altri paesi emergenti, maggiormente orientati su un'innovazione fuori dalle reti come quella degli OTT, che sono nati in ambienti con minori vincoli normativi⁹. Inoltre, la massiccia quantità di contenuti che fluiscono ha come conseguenza il rischio di intasamento della rete, per queste ragioni, dunque, i carrier (vettori di contenuti) hanno la necessità di porre filtri del traffico (*traffic management*) per razionalizzare l'amministrazione delle rete e assicurare e garantire determinati livelli di qualità dei servizi (QoS)¹⁰, da un punto di vista tecnologico, e ottenere nuove

7 AgCom, *I servizi e le piattaforme applicative per le comunicazioni interpersonali e i media digitali*

8 AgCom bilancio di fine mandato 2005-2012

9 Secondo il Presidente dell'AgCom “*occorrerebbe una presa di responsabilità a livello comunitario verso una maggiore apertura allo sviluppo di modelli di business basati sulla qualità con offerta trasparente di servizi di traffico gestito*”, Intervento del Presidente dell'AgCom alla relazione dell'Organo di Vigilanza di Open Access, 20 Marzo 2012.

10 Negli International Telecommunications Regulations dell'agenzia ONU di settore (ITU) sono state introdotte disposizioni a tutela dell'integrità della rete, che hanno provocato aspri dibattiti durante la World Conference on Telecommunications, tenutasi a Dubai nel dicembre 2012. In questa sede,

risorse per la fornitura di nuovi servizi o perfezionare quelli già esistenti, da un punto di vista economico. Tuttavia, queste politiche finalizzate alla differenziazione del trattamento dei contenuti e alla fornitura di servizi di alta qualità e velocità a discapito di altri, potrebbero portare alla creazione di un' Internet a “due corsie”, di cui farebbero parte i servizi “*best effort*” e i servizi “*managed*” (quei servizi combinati di accesso a internet, telecomunicazioni, contenuti e altri prodotti di entertainment e dell'informazione, a cui vengono associati contrattualmente livelli di qualità prestabiliti e costanti, riducendo o eliminando eventuali ipotesi di degradazione dei servizi offerti). Data, però, la priorità di cui gode la tutela del consumatore finale, non si possono escludere a priori le diverse forme di gestione del traffico, bensì bisogna valutare in primis se la differenziazione che avviene durante il traffic management sia legittima o sia finalizzata alla pura e semplice discriminazione. Ovviamente, considerato il gran peso che rivestono gli OTT, sono chiare e facilmente immaginabili le ripercussioni economiche che deriverebbero da atteggiamenti discriminatori da parte degli ISP, i quali potrebbero portare a effetti anticoncorrenziali e ad abuso di potere di mercato, violando così l'art.102 del TFUE¹¹.

Dunque, gli operatori di rete che intendono perseguire e non violare il principio di net neutrality, devono seguire la strada della trasparenza, del divieto di blocco dei contenuti legittimi, e del divieto di discriminazione irragionevole. In questo modo i contenuti e i servizi non potrebbero essere differenziati sulla base della tipologia di traffico, o in base alla quantità di pagamenti che l'utente sarebbe disposto a pagare per il canone, o, soprattutto, in base alla provenienza del traffico dagli Over The Top. Si capisce bene, quindi, come la neutralità della rete sia, innanzi tutto, un principio di non discriminazione, che mette in luce la natura aperta e libera di Internet e che sta alla base di una serie di diritti dei cittadini/utenti, ma che sia anche un fenomeno fortemente interdisciplinare, il cui perimetro tocca diverse questioni che vanno dalla tutela dei diritti di vecchia e nuova generazione (diritto di accesso ai contenuti in un

la Commissione europea e gli Stati Uniti hanno espresso la loro contrarietà a disposizioni che potrebbero essere usate dagli Stati per controllare il traffico di Internet.

11 Il vicepresidente della Commissione europea, Neelie Kroes, ha affermato che “*la concorrenza è il migliore amico di un'Internet aperta, e le ANR rappresentano la migliore polizza assicurativa*”.

ambiente trasparente e competitivo), alle implicazioni economiche (concorrenza dei mercati), ai problemi strettamente tecnologici legati all'innovazione dei servizi e delle applicazioni.

1.2 La normativa europea e la sua evoluzione.

Il mercato delle telecomunicazioni nasce, storicamente, come mercato monopolistico, soprattutto in Europa, *“sul presupposto che ragioni strategiche connesse al perseguimento della sicurezza e dell’interesse pubblico imporrebbero il controllo statale sulle grandi infrastrutture di comunicazione, telefonia, come già precedentemente le ferrovie, i servizi postali, le grandi infrastrutture varie, hanno costituito per decenni un terreno di intervento privilegiato delle politiche economiche degli Stati.^{12”}* Dunque, soprattutto per i costi di gestione e realizzazione

12 F.BRUNO, G.NAVA – *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni. Radiotelevisione, comunicazioni elettroniche ed editoria*. Torino 2006, pag.126

delle infrastrutture, tendenzialmente fino agli anni Ottanta il contesto di mercato in tema di comunicazioni elettroniche era caratterizzato da un monopolio statale e da imprese che godevano di diritti speciali ed esclusivi (monopoli legali¹³). Il monopolio statale era inoltre giustificato dalla capillarità della rete telefonica fissa che doveva fornire il servizio all'intera comunità, per esigenze di servizio pubblico¹⁴, e dal fatto che gli stessi Stati avevano finanziato la realizzazione della rete telefonica, che non risultava essere replicabile da altri gestori, specie per motivi economici. I gestori storici, quindi, godevano di un'esclusiva anche per l'erogazione di servizi telefonici e la fornitura degli apparati e terminali (la SIP forniva in comodato i telefoni)¹⁵.

1.2.1 La prima fase del diritto comunitario delle comunicazioni

A partire dagli anni Ottanta, tuttavia, lo scenario inizia a mutare. Comincia infatti, all'interno del settore delle telecomunicazioni, quella spinta liberalizzatrice, voluta dall'Unione Europea, che continuerà incessante fino ai tempi più recenti. Sebbene in ritardo rispetto agli Stati Uniti, le ragioni della cessione del settore de quo in mano ai privati risiedono nell'idea che la concorrenza libera e la proprietà privata possano

13 Direttiva n.90/388/CE, art. 1

14 BALESTRA – *Il servizio universale delle telecomunicazioni e le nuove competenze degli enti locali: prime riflessioni sul rapporto tra normativa di mercato ed interventi sociali nel codice delle comunicazioni elettroniche*, in Giustamm.it- rivista internet di diritto pubblico, n.02/2005

15 Nella legislazione italiana: “Appartengono esclusivamente allo Stato, nei limiti previsti dalla legge: i servizi di raccolta, trasporto e distribuzione della corrispondenza epistolare; i servizi di trasporto pacchi e colli; i servizi di telecomunicazioni (telegrafiche, telefoniche, radioelettriche).”- art. 1 Codice Postale e delle Telecomunicazioni. Nello specifico, poi, l’art. 166 ribadisce che “nessuno può eseguire od esercitare impianti di telecomunicazioni senza aver ottenuto la relativa concessione”. Questo Codice si evolve successivamente nel 1973 quando entra in vigore il Nuovo Codice Postale e delle Telecomunicazioni o Testo Unico in Materia di Comunicazioni (D.P.R. 29 marzo 1973 n. 156) ove si stabiliscono i principi di esclusività dei servizi e una serie di corollari quali: (i) la pubblica utilità degli impianti e dei servizi; (ii) l’obbligatorietà delle prestazioni (servizio universale); (iii) l’uniformità delle tariffe e (iv) la necessità della concessione per installare e gestire gli impianti di TLC.

dare alle TLC maggiori benefici¹⁶ . Inoltre, la situazione monopolistica appariva in evidente contrasto con l'obiettivo del mercato comune di cui all'Atto Unico Europeo e si sostanziava come una concreta limitazione alla libera circolazione dei prodotti e dei servizi, rendendo allora necessaria l'apertura dei mercati. In concreto, il processo di liberalizzazione inizia con la creazione, da parte della Commissione Europea, della Direzione generale per la regolamentazione del mercato delle TLC, con riferimento al Green Paper on the development of a common market for telecommunications services and equipments¹⁷ del 1987. Questo documento, oltre a ribadire l'importanza della realizzazione di un mercato comune dei servizi di TLC, fissava tre principi guida per la sua attuazione:

a) liberalizzazione dei settori soggetti a monopolio attraverso l'apertura graduale e progressiva della rete fissa dall'operatore storico ai concorrenti (da qui “open

16 C .CAMBINI -T .VALLETTI , Il mercato delle telecomunicazioni: dal monopolio alla liberalizzazione negli Stati Uniti e nella UE , cit. Anche negli USA la storia delle telecomunicazioni inizia con il monopolio legale (1876-1894) a favore della Bell System, a cui segue un decennio competitivo, con la compagnia AT&T, (holding del gruppo Bell), in posizione dominante. I primi interventi di regolazione a livello federale introdotti nel 1910 sfociano nel Communications Act del 1934 con cui si stabilisce l'obbligo della fornitura del servizio universale da parte di tutte le società di gestione delle telecomunicazioni. La diretta conseguenza di questa legge è la decisione di unificare le varie reti preesistenti e di affidare la gestione ad un'unica società, l'AT&T appunto. Si passa quindi ad un monopolio legalmente riconosciuto, pur persistendo ancora alcune piccole società cui è consentito di operare solo a livello locale e in regime di concorrenza. Nel 1984 si impone la liberalizzazione parziale del settore, dovuta in parte allo smembramento della AT&T, nonché dall'inserimento nel mercato della società MCI. In particolare, proprio nel 1996 la MCI riceve dalla FCC l'autorizzazione ad offrire servizi specializzati privati in concorrenza con AT&T. Il processo di completa liberalizzazione avverrà proprio nel 1996 quando il Congresso interviene con il Telecommunication Act (TLC ACT) che ha cambiato drasticamente le regole di tutti i settori collegati all'industria delle comunicazioni (telefonia locale e a lunga distanza, Tv via etere, servizi informatici on line e apparati di telecomunicazione), i cui obiettivi principali sono la promozione della concorrenza in tutti i mercati e l'abbattimento delle barriere legali, che ostacolano la convergenza tra telecomunicazioni e Tv, mobile e fisso, locale e a lunga distanza.

17 Il Libro Verde non è un atto vincolante della Commissione europea, ma un documento di consultazione mediante cui raccogliere le opinioni delle altre istituzioni. Il Green Paper in questione è stato sostenuto dal Consiglio, con risoluzione in data 30.6.1988 (88/C257/01). Successivamente le istituzioni hanno adottato altri Libri Verdi, come quelli sui servizi mobili del 1994 (COM (1994)195 final) e sulle infrastrutture e reti televisive via cavo del 1994-1995 (COM (440) e (682) final).

network” nome della prima fase del diritto delle comunicazioni) – obiettivo perseguito dalla Commissione in modo graduale, iniziando dalla fornitura degli apparati di comunicazione, per finire ai servizi di valore aggiunto, a quelli satellitari, via cavo, mobili e di rete fissa (1998)¹⁸. Si tratta, tuttavia, di una concorrenza limitata al solo livello base del processo produttivo (cioè l'erogazione dei servizi), e non a quello infrastrutturale¹⁹.

b) armonizzazione , ovvero – creazione di un mercato interno dei servizi di comunicazione elettronica basato sui principi comuni per l'accesso alle infrastrutture di rete e la fruizione dei servizi; obiettivo, questo, perseguito con la Direttiva n.90/387/CEE (Open Network Provision “ONP”)

c) applicazione delle regole di concorrenza – la principale fonte per l'apertura del mercato risiede nel Trattato Istitutivo della Comunità Europea e, in particolare, negli artt. 90 e 100 CE, oggi 106.3 e 116 TFUE, mediante i quali si attribuivano diverse basi giuridiche ai due obiettivi sopra menzionati (liberalizzazione e armonizzazione) e diversi strumenti per perseguirli (il primo, la cui competenza era riservata alla Commissione europea, veniva realizzato dalla Direttiva Servizi; il secondo, con competenza del Consiglio e del Parlamento, veniva perseguito dalla Direttiva ONP). Questa dualità tuttavia era solo dovuta alla ripartizione delle competenze legislative tra gli organi comunitari, ma le due direttive (Servizi e ONP) erano comunque considerate complementari *“avendo quella Servizi l'obiettivo immediato di liberalizzare i mercati dei servizi di comunicazione, e quella ONP di fornire un*

18 “Il Green Paper indicava un trend inevitabile in grado di scuotere i centenari equilibri monopolistici raggiunti nel settore in ragione di : (i) velocità dell'evoluzione tecnologica; (ii) espansione dei mezzi di informazione; (iii) crescita degli utilizzi dei mezzi di comunicazione; (iv) rilevanza delle economie di scala.” F.M.BALESTRA, *Manuale di diritto europeo e nazionale delle comunicazioni elettroniche*, 2013, pag.34.

19 Esistono quattro diversi tipi di concorrenza : (i) facility-based competition, in cui ciascun operatore è verticalmente integrato nella filiera tecnico-produttiva ed è tipica dei casi in cui c'è concorrenza tra gestori titolari di proprie reti; (ii) access-based competition, in cui la rete è del gestore storico e ai nuovi entranti viene accordato un diritto di utilizzo; (iii) service-based competition, in cui i nuovi entranti, che pur utilizzano la rete del gestore storico, forniscono servizi aggiuntivi ai consumatori; (iv) resale-based competition, in cui i nuovi entranti svolgono attività di rivendita. Il primo modello è quello che garantisce maggiore autonomia tecnica ed è caldeggiato dall'art.8, comma 2, Direttiva Quadro.

*quadro normativo armonizzato nel lungo periodo*²⁰”.

La scelta del legislatore europeo, attraverso queste fonti, è capire quanto la libera concorrenza sia produttiva nel settore delle telecomunicazioni. In particolare, l'art. 90 CE, coordinato con i principi della sentenza n. 41/1985 della Corte di Giustizia secondo cui le imprese operanti nel settore delle telecomunicazioni, pur essendo pubbliche, devono essere qualificate come “imprese commerciali”, in quanto forniscono beni e servizi a pagamento, prevede che queste siano soggette alla disciplina comunitaria della concorrenza²¹.

Dunque, volendo ricapitolare ed entrare maggiormente nel dettaglio, la prima fase di liberalizzazione del settore delle comunicazioni elettroniche appare giustificata da una duplice volontà: da un lato, la graduale separazione tra la gestione della rete e la fornitura dei servizi, sulla scorta della riforma statunitense definita ONP²², dall'altro, la ricerca della fornitura del Servizio Universale. La Commissione ha quindi ritenuto necessaria l'approvazione di due tipologie di direttive: a) Direttive di Liberalizzazione; b) Direttive di Armonizzazione.

a) Quanto alle prime, le Direttive di Liberalizzazione (sulla base dell'ex. Art. 90.3 CE)²³, esse hanno come caratteristica quella di riflettere obblighi già esistenti nel

20 L'art.100 UE (oggi art. 116 TFUE) è stato ampiamente utilizzato per porre rimedio agli ostacoli concorrenziali derivanti dalla diversa forza di mercato dei gestori.

21 Cfr. OROFINO, “Un caso concreto di governance multilevel”, dicembre 2005, sintetizza come “L'intervento della Corte di Giustizia fu promosso dal ricorso dell'Italia nei confronti di una decisione della Commissione Europea (pubblicata in GUCE, L 360/36 del 21 dicembre 1982) che aveva sanzionato British Telecom per abuso di posizione dominante, in relazione a restrizioni dell'uso degli impianti e dei servizi telex e telefonici. La Corte con la sentenza del 20 marzo 1985, (pubblicata in Raccolta, 1985, 873 ss. causa n. 41/83, Italia c. Commissione) ritenne che British Telecom, pur gestendo un servizio di interesse economico generale, non fosse esentata dalla regole di concorrenza. Ma non solo, la Corte intervenne, infatti, a delimitare i casi in cui le regole della concorrenza contenute nei Trattati non si applicano alle imprese che gestiscono servizi di interesse economico generale.” In <http://eurlex.europa.eu>. Tale sentenza ha l'importanza anche di riconoscere l'applicabilità dei principi di libero mercato agli organismi pubblici titolari dei diritti esclusivi sulla gestione della rete e dei relativi servizi.

22 Cfr. C. CAMBINI -T. VALLETTI, *Il mercato delle telecomunicazioni: dal monopolio alla liberalizzazione negli Stati Uniti e nella UE*, cit.

23 Art. 90, par. 3: “la Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente

Trattato, perciò non prevedono un termine per il recepimento, ma solo un termine entro cui lo Stato deve comunicare le misure adottate per il recepimento nell'ordinamento nazionale. Tre sono le direttive di liberalizzazione considerate fondamentali in questa fase: la direttiva n.90/387/CE, la direttiva n.90/388/CE, la direttiva n.96/19/CE.

Con la prima direttiva, la Quadro n.90/387/CE²⁴, si intendevano recepire i principi elaborati nella nota sentenza della Corte di Giustizia del 1985, sul caso *British Telecommunications*, con la quale sono stati aboliti i diritti esclusivi in materia di importazione, commercializzazione e manutenzione delle apparecchiature per i servizi TLC. Si riteneva, dunque, inopportuno riservare la fornitura dei terminali al gestore pubblico, per scongiurare le ipotesi di monopolio nazionale, contrarie alle

articolo rivolgendo, ove occorra, agli stati membri opportune direttive o decisioni.” Art. 90 par. 2: “Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente Trattato, e in particolare alle regole della concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità.”

24 Il 9 febbraio 1993 si è pervenuti al suo recepimento con l'emanazione del decreto legislativo n. 55/93, il quale ha fedelmente tradotto le disposizioni contenute nella direttiva 90/387, stabilendo all'art. 1 che: “è competenza del Ministro delle poste e delle telecomunicazioni l'approvazione di condizioni armonizzate ispirate a criteri di parità di accesso, obiettività e trasparenza per l'accesso e l'uso della rete pubblica di telecomunicazione e dei servizi offerti in esclusiva dal gestore pubblico.” In sostanza, tale decreto ha introdotto nel diritto interno la libertà di accesso per gli utenti e per gli operatori alle infrastrutture e ai servizi pubblici di telecomunicazioni, trasformando il settore da "fattore di realizzazione di interessi sociali" a "fattore di produzione per rilevanti settori dell'economia". Ha poi demandato l'individuazione delle condizioni di accesso, da compiersi secondo criteri di obiettività, a un soggetto altro rispetto al gestore pubblico della rete e dei servizi: il Ministro delle poste e delle telecomunicazioni, che per Costituzione deve improntare la sua attività ai principi di imparzialità e buon andamento. Per completezza d'informazione, va detto che nell'ambito della disciplina tracciata nella direttiva 90/387, il Consiglio ha poi adottato due ulteriori provvedimenti su linee affittate e telefonia vocale: la direttiva 92/44/CEE del 5 giugno 1992, con l'obiettivo di garantire agli utenti l'accesso e l'uso di linee affittate su reti pubbliche di telecomunicazione e la disponibilità in tutto il territorio comunitario di un insieme minimo di linee affittate con caratteristiche tecniche armonizzate (art. 1); la direttiva 95/62/CE del 13 dicembre 1995, concernente le condizioni d'accesso e d'uso delle reti telefoniche fisse e dei servizi telefonici pubblici, affinché sia possibile disporre in tutta l'area comunitaria di un servizio armonizzato di telefonia vocale (esclusa la telefonia mobile)

disposizioni del Trattato, e si teneva sempre fisso l'obiettivo della fornitura di una rete aperta di telecomunicazioni.

La seconda direttiva, la Servizi n.90/388/CE, aveva, invece, il compito di abolire tutti i diritti esclusivi per la fornitura di servizi di telecomunicazione, ad eccezione della telefonia vocale²⁵. Venivano, inoltre, disposte le condizioni di trasparenza in base alle quali procedere alla concessione delle licenze (nel caso di Stati in cui si preveda la concessione di licenze), e, per finalità non discriminatorie e di apertura, si reputava necessaria la separazione tra attività di regolamentazione e attività commerciali del gestore pubblico. Infine, con la direttiva n.96/19/CE "Full Competition", si abolivano i diritti esclusivi e speciali in materia di telefonia vocale.

25 Considerando n. 18, direttiva 90/388. "L'apertura alla concorrenza del mercato della telefonia vocale" , argomenta la Commissione, "comprometterebbe lo stesso sviluppo e funzionamento della rete di telecomunicazioni, dal momento che le risorse economiche per il suo mantenimento e sviluppo derivano ancora, in gran parte, dalla gestione del servizio di telefonia ." . L'applicazione della direttiva non è sempre risultata sufficientemente agevole ed è per questa ragione che la Commissione ha ritenuto di dover intervenire a sciogliere i dubbi interpretativi sorti con la Comunicazione 95/C275/02 . In essa, la Commissione ha chiarito che, "rappresentando i servizi riservati un'eccezione alla regola, vanno interpretati in senso restrittivo; di conseguenza, se venissero introdotti nuovi servizi nella telefonia vocale per il soddisfacimento di nuove esigenze, questi non andrebbero ricompresi nell'ambito applicativo della riserva; inoltre, si è insistito sulla disposizione che vieta, eccezion fatta per alcuni casi particolari, l'applicazione di ogni restrizione tecnica al servizio: in molti Stati membri, infatti, viene imposta, contestualmente alle procedure di autorizzazione e dichiarazione, una descrizione del servizio che rende oltremodo gravoso l'iter amministrativo di ammissione allo svolgimento dell'attività (evidentemente, la burocrazia piace al nostro legislatore, il quale, nella normativa di recepimento e successivi regolamenti di attuazione, ha predisposto ben otto modelli diversi di dichiarazione o richiesta di autorizzazione!) ." Ancora, la Commissione ha definito i c.d. "gruppi chiusi di utenti" in modo più estensivo rispetto alle previsioni legislative degli Stati membri, identificandoli con "quegli organismi, non obbligatoriamente legati da vincoli economici, che possono essere considerati parte di un gruppo in virtù di un rapporto professionale prolungato nel tempo (es. attività economica comune) tra loro o con un organismo del gruppo le cui necessità interne di comunicazione nascono dall'interesse comune sottostante a suddetto rapporto " . Da ultimo, la Commissione ha affermato che " la separazione tra funzione operativa e normativa, anche se di natura puramente giuridica o amministrativa, è il fondamento, il cardine della liberalizzazione dei mercati delle telecomunicazioni, purché sia dimostrabile un'effettiva separazione delle attività mediante la loro separazione finanziaria e la sottoposizione a vigilanza speciale di qualsiasi trasferimento di personale dall'ente normativo a quello operativo."

b) Quanto alla seconda tipologia, ovvero le Direttive di armonizzazione, bisogna ricordare la n. 90/387/CE sull'istituzione del mercato interno per i servizi di telecomunicazione mediante la realizzazione della fornitura di una rete aperta di telecomunicazioni (ONP); la direttiva n.92/44/CE sull'applicazione del principio di fornitura di una rete aperta (ONP) alle linee affittate 35 e la direttiva n. 97/33/CE sull'interconnessione, sul servizio universale e sull'interoperabilità. Lo scopo della prima direttiva è promuovere il libero accesso alle reti e consentire a chiunque di fare il proprio ingresso nel mercato e di fornire servizi di TLC in condizioni di non discriminazione ed equità, attraverso criteri oggettivi e trasparenti per l'utilizzo delle reti²⁶. La direttiva n.92/44/CE appare complementare a quella sopra menzionata, ma in riferimento alle linee affittate; vengono quindi fissate le condizioni che permettono ai gestori di utilizzare le linee affittate, con la relativa pubblicazione delle caratteristiche di queste ultime (tariffe applicabili; condizioni per la fornitura, l'uso e l'allacciamento di apparecchiature terminali; nonché dei tempi tecnici di consegna e riparazione). Con la terza direttiva, la n. 97/33/CE, si vuole terminare il processo di liberalizzazione, attraverso disposizioni che mirano a rendere eque le condizioni tecniche e giuridiche per l'interconnessione tra le reti, con l'obiettivo della garanzia del Servizio Universale.

In sostanza, si tende a costituire un quadro normativo stabile che, grazie anche all'aiuto delle Autorità nazionali di regolamentazione (ANR), garantisca condizioni efficaci di interconnessione, accesso ed interoperabilità favorendo in tal modo lo sviluppo di reti e servizi su scala comunitaria e, allo stesso tempo, restringendo le possibilità dei gestori dominanti di sfruttare la loro posizione privilegiata con

26 Tale direttiva è stata poi aggiornata dalla n. 97/51, al fine di adattare al nuovo contesto concorrenziale delle telecomunicazioni. Come si legge all'art.1 del testo consolidato, le condizioni di fornitura di una rete aperta "sono volte ad agevolare la fornitura di reti e/o di servizi pubblici di telecomunicazioni, negli e tra gli Stati membri" e "mirano a: - assicurare la disponibilità di un pacchetto minimo di servizi, - garantire l'accesso e l'interconnessione alle reti e ai servizi pubblici di telecomunicazione, - incoraggiare la fornitura di servizi di telecomunicazioni armonizzati a beneficio degli utenti, individuando e promuovendo su base facoltativa le interfacce tecniche armonizzate per un accesso e una interconnessione aperti ed efficienti, nonché le correlative norme e/o specifiche,- garantire la fornitura del servizio universale nel settore delle telecomunicazioni, tenendo conto degli sviluppi futuri, in tutta la Comunità".

l'adozione di pratiche anticoncorrenziali, ferma restando la sempre possibile applicazione delle norme del Trattato sulla concorrenza. Viene imposta, inoltre, alle imprese operanti nel settore, la fornitura del cosiddetto Servizio Universale, del quale viene data una definizione più ampia e completa, rispetto a quella contenuta nella direttiva 95/62, avendovi inserito anche la telefonia vocale.

Questa prima fase di liberalizzazione è stata tuttavia avviata in modo frammentario e disomogeneo, spesso anche contro la volontà degli stessi Stati Membri, mediante forzature della Commissione Europea, la quale, avvalendosi dell'art. 106 TFUE, si è servita di direttive e decisioni al fine di garantire la libera concorrenza²⁷. Il carattere frammentario della normativa è proprio uno dei punti di debolezza di questa prima fase, che lascia molte questioni aperte. In particolare, non venivano disciplinati gli obblighi dei titolari della rete, ma esclusivamente le caratteristiche e le condizioni per le quali quest'ultima si potesse considerare “aperta”; inoltre non si individuavano i soggetti incaricati di regolamentare il settore a livello nazionale. Le ANR, infatti, non avevano ancora assunto una piena indipendenza, e niente, di fatto, impediva agli esecutivi nazionali di influenzare ed eseguire politica industriale nel settore²⁸. In più le direttive stabilivano anche degli obblighi (ad esempio l'obbligo per i gestori di pubblicare le condizioni tecnico-economiche di fornitura dei servizi di interconnessione), ma questi ultimi erano rimessi alla discrezionalità degli Stati membri, portando effettive disomogeneità e differenze all'interno dell'auspicato

27 Art.106TFUE : “gli stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli artt.18 e da 101 a 109 inclusi. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione. La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni.”

28 La Corte di Giustizia aveva stabilito, nel caso GB-Inno (causa 18/88, in Racc. [1991] p. I-5941) che “il mantenimento di effettiva concorrenza e garanzie di trasparenza esigono che la definizione delle specifiche tecniche, la vigilanza sul loro rispetto e l'autorizzazione siano affidate a un organismo che sia indipendente da imprese pubbliche o private che offrono beni e servizi nel settore delle telecomunicazioni”

mercato interno.

A livello nazionale, la conseguenza più importante apportata dal regime ONP è stata l'istituzione dell'AgCom come ANR italiana. L'Autorità Garante delle Comunicazioni viene infatti istituita con la Legge Maccanico del 31.7.1997 n.249, mediante la quale si completa il processo di recepimento delle direttive comunitarie di prima generazione. Elemento di forte novità è la sua natura convergente, poiché l'Autorità viene da subito dotata di funzioni regolamentari e di vigilanza, tanto nel settore delle telecomunicazioni quanto in quello radiotelevisivo, nonché di una forte indipendenza dal potere politico (molto in anticipo rispetto al quadro europeo in cui l'indipendenza delle ANR dalla politica viene sancito solo dalla novella del 2009²⁹).

La scelta di stabilire un'Autorità convergente e indipendente ha preso le mosse da “due percorsi diversi che alla fine, con l'approvazione della legge.249, hanno trovato un punto di approdo unitario.” Più precisamente “un primo percorso che conduce a questa legge muove dall'Europa e si collega al processo di liberalizzazione del settore dei servizi e delle reti delle telecomunicazioni”; “il secondo percorso che concorre a spiegare la nascita di questa Autorità presenta, invece, una caratteristica tipicamente

29 XIII Considerato della direttiva Better Regulation, secondo cui “è opportuno prevedere, nella legislazione nazionale, una disposizione esplicita che garantisca che un'autorità nazionale di regolamentazione responsabile della regolamentazione ex ante del mercato o della risoluzione di controversie tra imprese è al riparo, nell'esercizio delle sue funzioni, da qualsiasi intervento esterno o pressione politica che potrebbe compromettere la sua imparzialità di giudizio nelle questioni che è chiamata a dirimere. Ai sensi del quadro normativo, tale influenza esterna impedisce a un organo legislativo nazionale di deliberare in quanto autorità nazionale di regolamentazione. A tal fine, è opportuno stabilire preventivamente norme riguardanti i motivi di licenziamento del responsabile dell'autorità nazionale di regolamentazione in modo da dissipare ogni dubbio circa la neutralità di tante ente e la sua impermeabilità ai fattori esterni. E' importante che le autorità nazionali di regolamentazione responsabili della regolamentazione ex ante del mercato dispongano di un bilancio proprio che permetta loro di assumere sufficiente personale qualificato.” La Corte di Giustizia, sentenza in data 3.12.2009, caso C-424/07, Commissione c. Germania, in Racc.[2009] p.I-11431, ha stabilito che “le ANR devono promuovere gli obiettivi della regolamentazione previsti [dalla normativa comunitaria] nell'esercizio delle loro funzioni di regolamentazione specificate nel quadro normativo comune. Di conseguenza, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 64 delle sue conclusioni, anche il bilanciamento di tali obiettivi in sede di definizione e di analisi di un mercato rilevante suscettibile di regolamentazione, spetta alle ANR e non al legislatore nazionale”

nazionale, che si collega alla complessa storia dell'assetto del sistema radiotelevisivo nel nostro paese³⁰”.

1.2.2 La seconda fase del diritto delle comunicazioni elettroniche.

Nel 1999, con la pubblicazione del Communications Review da parte della Commissione Europea, si inaugura quella che è considerata la seconda fase del diritto delle comunicazioni elettroniche. Riflettendo la normativa britannica, la Review proponeva degli obiettivi per la regolamentazione delle TLC, volti ad espandere sempre di più la concorrenza all'interno del mercato, a limitare le differenze tra gli operatori e a prediligere un approccio poco intrusivo, spostando l'attenzione degli interventi sulla normativa antitrust. La ratio di fondo è garantire a tutti i cittadini uguali possibilità di accesso e il raggiungimento del cosiddetto Servizio Universale, nonché incentivare l'evoluzione tecnologica per realizzare a pieno la Convergenza, permettendo quindi che uno stesso servizio possa essere trasportato da qualsiasi rete di trasmissione, rete di telecomunicazione fisse o mobili, mediante cavo, etere o satellite. Sulla base della Review, la Commissione approva il cosiddetto Pacchetto Direttive Telecom, costituito da cinque direttive, una direttiva quadro e quattro in materie singole: (i) autorizzazioni e licenze; (ii) servizio universale; (iii) accesso e interconnessione; (iv) protezione dei dati personali. Il Pacchetto entra in vigore nell'estate del 2003 e ha come obiettivo l'armonizzazione e la creazione di un quadro unico in materia di reti e servizi TLC. Andando nel dettaglio, la *Direttiva Quadro* (2002/21/CE) punta all'obiettivo di armonizzazione mediante la definizione dei principi generali e degli obiettivi regolamentari, inserendo anche l'obbligo, da parte degli stati membri, di attuarli nel rispetto dei diritti degli utenti. Questa direttiva contiene tre novità: a) innanzitutto l'attenzione per la creazione di principi unici e comuni nell'ambito delle comunicazioni elettroniche, superando l'iniziale divisione tra telecomunicazione e radiotelevisione (Convergenza); b) la possibilità che l'armonizzazione della normativa tra gli stati membri avvenga mediante regole ex post più flessibili; e infine c) la configurazione delle ANR come

3 0 Presentazione al Parlamento della prima relazione annuale dell'AgCom in data 30.6.1999 (http://www2.agcom.it/provv/relaz_99/indez.htm)

organismi tecnici ed indipendenti richiamati all'imparzialità ed alla trasparenza quali principi fondanti della loro attività.

La *Direttiva Autorizzazioni* (2002/20/CE) ha, invece, il compito di introdurre una disciplina più semplice per l'accesso alle reti, prevedendo una "autorizzazione generale" come strumento di verifica per tutte le reti e i servizi, senza il bisogno di una decisione esplicita o di un atto amministrativo³¹.

La *Direttiva Accesso e Interconnessione* (2002/19/CE) integra ciò che viene espresso nella direttiva precedente, limitandosi ad armonizzare la disciplina dell'accesso alle reti, e richiama al diritto/obbligo di interconnessione, di trasparenza e non discriminazione.

La *Direttiva Servizio Universale* (2002/21/CE) elenca i diversi servizi che possono essere fruiti dall'utente a prezzi accessibili (connessione alla rete telefonica pubblica, accesso ai servizi telefonici accessibili al pubblico, la fornitura di telefoni pubblici a pagamento).

Infine con la *Direttiva e-Privacy* (2002/58/CE) si disciplina la materia del trattamento e della tutela dei dati personali all'interno delle comunicazioni elettroniche, e, a tal fine, si prevedono una serie di obblighi a carico dei fornitori dei servizi di comunicazione elettronica, i quali devono tutelare al massimo, dalla distruzione, perdita o alterazione accidentale, la sicurezza dei dati dell'utente.

Si delinea quindi un quadro normativo volto a facilitare la convergenza tra le reti e i servizi di comunicazione, mantenendo sempre saldo l'obiettivo di garantire la concorrenza.³² In Italia, le suddette direttive vengono recepite con il d.lgs. 259/2003 (c.d. "Codice delle comunicazioni elettroniche") con cui viene riordinata tutta la disciplina in materia, introducendo anche elementi di novità (ad esempio la

31 Viene quindi abolito il previgente ed esclusivo regime della licenza. Si rammenti, infatti, che nelle precedenti direttive si prevedevano due tipologie di autorizzazioni: Autorizzazioni generali, che consentivano l'inizio dell'attività indipendentemente da un apposito atto dell'autorità e Licenze individuali, con le quali si attribuivano all'impresa diritti ed obblighi. L'inizio dell'attività era invece condizionato ad una decisione dell'ANR. Le precedenti direttive lasciavano agli Stati la possibilità di scegliere tra le due forme e ciò ha portato all'adozione generalizzata delle licenze individuali, producendo un rallentamento sul versante dell'accesso.

32 Sulla convergenza G.CALABRO', *Convergenza nel settore delle telecomunicazioni*, convegno UAE, Treviso, 17 Maggio 2002

semplificazione del quadro regolatorio, dei titoli abilitativi, e l'affidamento alle ANR dell'intervento regolamentare³³).

1.2.3 La terza fase del diritto delle comunicazioni elettroniche.

Nel novembre 2007 inizia un lavoro di modifica delle direttive del Pacchetto Telecom, avviato dalla Commissione nel 2006³⁴. Si reputava, infatti, che il mercato interno delle comunicazioni fosse ancora troppo frammentato, specie a livello nazionale³⁵. In questo contesto la Commissione reputava necessaria l'applicazione dei principi di better regulation, espressi dalla c.d. Strategia di Lisbona³⁶. Vengono quindi proposti tre punti di modifica: i primi due riguardanti le direttive del Pacchetto Telecom e l'ultimo riguardante l'istituzione di un'Autorità europea nel mercato delle comunicazioni elettroniche³⁷.

33 L. PROSPERETTI- M. MERINI, *Dal vecchio al nuovo quadro regolatorio: la prospettiva economica*, in *Il Codice delle comunicazioni elettroniche*, a cura di M. CLARICH – G.F. CARTEI, 2004

34 Comunicazione della commissione europea in data 26.9.2006, “*The review of the EU regulatory framework for electronic communications networks and services*”, COM (2006)334.

35 Studio “*Preparing the Next Steps in Regulation of Electronic Communications- A contribution to the review of the electronic communications regulatory framework*”, avviato dallo studio legale Hogan&Hartson, 2006.

36 Il Considerato VIII della Direttiva Quadro collega uno dei nuovi principi (prevedibilità regolamentare) al piano di Lisbona: “per conseguire gli obiettivi dell'agenda di Lisbona è necessario offrire incentivi adeguati agli investimenti in nuove reti ad alta velocità, che sosterranno l'innovazione nel campo dei servizi Internet ricchi di contenuti e rafforzeranno la competitività internazionale dell'unione Europea. Tali reti presentano un enorme potenziale in termini di benefici per i consumatori e le imprese in tutta l'Unione Europea. E' pertanto essenziale promuovere investimenti sostenibili nello sviluppo di queste nuove reti, salvaguardando al contempo la concorrenza e ampliando la scelta per il consumatore grazie alla prevedibilità e alla coerenza regolamentari”

37 Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 13 novembre 2007, che presenta la relazione sull'esito del riesame del quadro normativo comunitario per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica a norma della direttiva 2002/21/CE e sintetizza le proposte di riforma del 2007 [COM(2007) 696 def. – Non pubblicata sulla Gazzetta ufficiale].“Coerentemente con l'impegno di "legiferare meglio" la Commissione propone di combattere le incoerenze nell'applicazione del quadro normativo e gli ostacoli che si frappongono all'instaurazione del mercato unico e suggerisce

Vengono quindi approvate le direttive 2009/136/CE e 2009/140/CE, e il Regolamento CE 1211/2009, che vanno a integrare e modificare il Pacchetto Telecom³⁸

Nello specifico, il Regolamento ha istituito l'Autorità Europea per le Comunicazioni Elettroniche (BEREC), che non è né un organismo comunitario né è titolare di poteri

che le proposte di riforma del 2007 entrino in vigore prima della fine del 2009. Le proposte della Commissione sono imperniate su questi assi: legiferare meglio nell'interesse di comunicazioni elettroniche competitive. La Commissione propone di migliorare il vigente quadro normativo mantenendo la regolamentazione ex ante in coerenza con l'evoluzione del mercato. Propone inoltre di semplificare l'accesso allo spettro delle radiofrequenze in modo da incoraggiare gli investimenti in nuove strutture e liberare il potenziale economico dello spettro radio; completare il mercato interno delle comunicazioni elettroniche, che attualmente è frammentato e disorganico. La Commissione raccomanda l'instaurazione di una "Autorità europea indipendente per il mercato delle comunicazioni elettroniche" che – grazie a una maggiore indipendenza dalle autorità nazionali di regolamentazione – avrebbe il compito di rafforzare gli attuali meccanismi di coordinamento; proteggere ulteriormente i consumatori e facilitare l'accesso e l'utilizzo delle comunicazioni, anche da parte degli utenti portatori di handicap. Le proposte mirano in particolare a rafforzare la sicurezza e la protezione della vita privata e a promuovere la qualità dei servizi e il libero accesso ai contenuti digitali. La Commissione intende garantire l'indipendenza delle autorità di regolamentazione, spesso troppo vicine agli operatori storici, quale mezzo per garantire la concorrenza e i diritti dei consumatori.” In <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52007DC0696:IT:NOT> .

38 DIRETTIVA 2009/136/CE DEL PARLAMENTO E DEL CONSIGLIO del 25 novembre 2009 recante modifica della direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche e del regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori. In <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32009L0136:IT:NOT>

DIRETTIVA 2009/140/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 25 novembre 2009, recante modifica delle direttive 2002/21/CE, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, 2002/19/CE relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime e 2002/20/CE relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica. In <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:337:0037:0069:it:PDF>.

REGOLAMENTO (CE) n. 1211/2009 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 25 novembre 2009 , che istituisce l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC)

regolamentari, bensì si tratta di un rafforzamento dell'ERG con la finalità di assistere la Commissione nello sviluppo del mercato interno e di creare legami tra quest'ultima e le ANR. Gli obiettivi principali del BEREC sono così sintetizzabili: (i) diffondere tra le ANR le prassi regolamentari (tra cui approcci, metodologie, orientamenti sull'attuazione del quadro normativo dell'Unione Europea) e fornire loro assistenza; (ii) dare pareri sui progetti di decisioni, raccomandazioni e orientamenti; (iii) fornire consulenza e relazioni in materia di comunicazioni elettroniche; (iv) assistere il Parlamento europeo, il Consiglio, la Commissione e le ANR nella diffusione delle migliori prassi.

Le decisioni riguardanti tutte le funzioni del BEREC, tra cui pubblicare pareri sui progetti, approntati dalle ANR, in tema di definizione del mercato, oppure relazioni annuali sull'andamento e lo sviluppo del settore delle comunicazioni elettroniche, vengono prese dal Comitato dei Regolatori (composto da un rappresentante delle ANR di ciascuno Stato membro). Tuttavia, si ritiene che la direttiva fondamentale per la realizzazione di questa terza fase, sia quella 2009/140/CE, che modifica la Direttiva Quadro. Con questa direttiva non solo si generalizza la trasferibilità dei diritti d'uso delle frequenze (art.9 par.3 e 9-ter), ma si introducono anche cambiamenti sull'uso delle stesse (art.9 par.4) e, a tal fine, si invitano tutti gli Stati membri a rendere fruibili a ogni tipo di comunicazione elettronica le bande messe a disposizione, attraverso i piani nazionali di distribuzione delle frequenze. I Paesi UE possono prevedere anche delle deroghe alla neutralità dei servizi purché limitate al conseguimento di obiettivi di interesse generale come la sicurezza della vita umana, il pluralismo dei media, la coesione sociale, regionale, o territoriale, la diversità culturale e linguistica, l'efficienza nell'utilizzazione delle risorse radio frequenziali.

L'obiettivo principale delle riforme di questa terza fase, a detta della Commissione Europea, è *“raggiungere un più competitivo e aperto mercato comune che incoraggi investimenti e innovazione”*, e, in relazione a ciò *“l'esecutivo comunitario adottava un approccio organico, che non si poteva limitare alla de-regolamentazione, bensì doveva mirare all'armonizzazione delle regole³⁹”*. E' prevalsa, dunque, la finalità ultima di creazione e mantenimento del mercato unico, la quale ha fatto sì che la regolamentazione, anziché diminuire, aumentasse con la novella del 2009,

39 F.M. BALESTRA, *Manuale di diritto europeo e nazionale delle comunicazioni elettroniche*, 2013, pag. 75-76

introducendo poteri più incisivi sia alle ANR che alla Commissione europea. *“Sebbene sia fatto salvo il principio che l'aumento della competitività debba condurre all'eliminazione della regolamentazione ex ante, il rimedio della separazione funzionale mira a risolvere il deficit originario della liberalizzazione del settore che, come abbiamo visto, è consistito nel mantenere l'integrazione verticale degli operatori storici. In quanto tale si tratta di un rimedio sicuramente più oneroso per le imprese dominanti di quanto non lo fossero le altre misure medio tempore imposte (come ad esempio gli obblighi di accesso)⁴⁰”*

1.3 La consultazione pubblica dell'AgCom di cui alla delibera n.40/11/CONS

A conferma del carattere trasversale e multiforme del principio di neutralità della rete, nel Febbraio 2011 l'AgCom ha avviato due consultazioni pubbliche, una che verteva sulle garanzie dei consumatori e la tutela della concorrenza con riferimento ai servizi VoIP e peer-to-peer (delibera n. 39/11/CONS successivamente riassunta nella delibera n. 713/11/CONS), e l'altra sulla net neutrality e le relative forme di declinazione (delibera n. 40/11/CONS riassunta nella delibera n. 714/11/CONS). Collocandosi nel contesto del dibattito in corso in Nord America e in Europa, l'indagine conoscitiva ha analizzato le logiche e le tecniche commerciali in materia di comunicazioni elettroniche e ha proposto un approfondimento in tema di net neutrality “invitando tutti i soggetti interessati a una riflessione su una serie di quesiti relativi:

a) all'evoluzione del settore dei servizi dati, ai nuovi scenari tecnologici, alla trasformazione della struttura dei mercati, all'impatto sulle modalità di consumo dei

40 F.M. BALESTRA, *Manuale di diritto europeo e nazionale delle comunicazioni elettroniche*, 2013, pag.76

servizi dati, con i relativi riflessi regolamentari;

b) alle garanzie dei consumatori e agli elementi rilevanti che contribuiscono alla piena conoscenza, da parte degli utenti, delle caratteristiche dei servizi dati;

c) alla tutela della concorrenza e agli elementi strutturali che contraddistinguono l'ecosistema della rete;

d) ai valori generali connessi alla net neutrality e alla dimensione sociale e politica del dibattito in corso⁴¹».

Alla consultazione pubblica hanno partecipato 31 soggetti, provenienti dal mondo degli operatori di telecomunicazione, dei fornitori di contenuti e di servizi audiovisivi, delle associazioni e delle università, i quali hanno prodotto 32 contributi, esprimendo, singolarmente o in forma congiunta, il proprio punto di vista in materia, sulla scorta delle relative e singolari esperienze e degli interessi privati, e fornendo preziosi spunti di riflessione su questioni ancora rimaste irrisolte. Come si è più volte ribadito, l'evoluzione del settore delle comunicazioni elettroniche e il cambiamento dell'ecosistema digitale, rendono centrale il tema della net neutrality, nell'ottica di massimizzare il benessere sociale e limitare le discriminazioni di contenuti e servizi.

Dai contributi presentati dagli stakeholder emergono numerosi punti condivisi, ma anche molte questioni dibattute e controverse. In particolare, si registra una convergenza nell'idea che *“il c.d. Traffic management non costituisce in re ipsa un fallimento di mercato oppure una riduzione delle opportunità a disposizione dell'utente finale, come sottolineato da diverse autorità di regolamentazione, dalla Commissione europea e dall'autorità, nelle delibere nn. 39/11/CONS e 40/11/CONS.”*⁴² Spetta al regolatore individuare in che modo si possano affrontare i potenziali rischi derivanti da attività di gestione del traffico, e trovare l'approccio regolamentare corretto in tal senso. Inoltre, risulta essere centrale anche l'attività di pricing: *“la piena attuazione della neutralità della rete deve essere misurata in rapporto alle modalità di fissazione dei prezzi adottate dagli internet service provider e dai content provider (...) il pricing dei servizi digitali, che talvolta prescinde dall'attuazione di specifiche tecniche di traffic management, è un fattore che influisce sull'accesso a internet e sul consumo dei servizi, delle applicazioni e dei contenuti disponibili online, e, pertanto, agisce sulle quantità domandate dei diversi*

41 AgCom, allegato A alla delibera n. 714/11/CONS, pag. 3

42 AgCom, allegato A alla delibera 714/11/CONS

prodotti online, nonché sugli incentivi a investire e a innovare in capo agli ISP, ai CP e a tutti coloro i quali utilizzano internet quale fattore intermedio nell'esercizio delle proprie attività (economiche e sociali)⁴³”. Ogni modello di pricing presenta diverse conseguenze in relazione al principio di neutralità della rete, in generale, tuttavia, si ritiene che la differenziazione delle offerte porti effetti benefici all'ecosistema digitale, purchè non si riscontrino forme di discriminazione. Il concetto di neutralità della rete prende forma e si focalizza su alcuni punti importanti ovvero: analisi del rapporto tra crescente diffusione delle forme di gestione del traffico (traffic management), introduzione di nuove modalità di fissazione dei prezzi (pricing) e pari trattamento dei dati veicolati in rete (net neutrality)⁴⁴.

Prima di tutto, come punto di partenza ai fini di un'analisi tecnica e commerciale sulla questione, viene richiesta agli stakeholder una definizione, anche sommaria, della neutralità della rete e, in particolare, dai risultati dell'indagine, sono emersi quelli che sembrano essere i principi fondamentali su cui quest'ultima si basa, ovvero: a) libertà; b) equità; c) efficienza; d) trasparenza delle offerte; e) non discriminazione. Nonostante siano tutti concordi nell'affermare l'importanza dei suddetti principi, tra gli stakeholder non si perviene ad una definizione più concreta e precisa di net neutrality, alcuni vedono, infatti, le pratiche di traffic management e di pricing come un'alterazione della neutralità, per il loro carattere a volte troppo restrittivo, non trasparente e potenzialmente discriminatorio. Si è quindi pensato di privilegiare un approccio pragmatico della questione, volto a valutare, caso per caso, gli effetti di tali pratiche su ciascun soggetto della catena del valore e sull'ecosistema digitale nel complesso. Questo tipo di approccio – ipotizzato dall'autorità in sede di consultazione pubblica- è fondato sull'analisi di specifiche questioni alla ricerca della soluzione più adatta allo scopo perseguito (*fit-for-purpose-approach*).

Altro tema meritevole di attenzione e capillare all'interno dell'indagine conoscitiva dell'Autorità riguarda il c.d. *Two-lane approach*, ovvero la distinzione tra servizi best effort e servizi gestiti (managed). La rete internet si è sviluppata, sin dalle sue origini,

43 AgCom, allegato A alla delibera 714/11/CONS. Si pensi al rapporto tra flat-rate pricing e usage-based pricing. I canoni mensili fissi consentono all'utente di accedere a una moltitudine di servizi, mentre i prezzi che variano in base alle quantità consumate consentono di meglio utilizzare le risorse scarse come è la capacità di banda

44 AgCom, allegato A alla delibera 714/11/CONS, pag.8

seguendo la modalità del best effort, in base alla quale non si garantiscono migliori performance a determinati utenti o contenuti, e la velocità del segnale dipende dal volume e dall'intensità del traffico che viene veicolato in quel preciso momento. I servizi gestiti, invece, assicurano agli utenti determinati livelli di qualità e presuppongono quindi restrizioni all'accesso. Alcuni operatori ritengono che sia necessario garantire agli utenti le condizioni per poter accedere senza restrizioni o limitazioni ai servizi in modalità best effort, altri invece considerano la differenziazione dei prezzi e la gestione del traffico non compromettente per l'attuazione del principio di neutralità⁴⁵. Gli ISP, in ogni caso, considerano la differenziazione delle offerte come un modo per massimizzare i ricavi.

I diversi punti condivisi e le contestuali questioni rimaste aperte, hanno spinto l'Autorità a soffermarsi su tre aree di ragionamento, riguardanti la relazione tra l'applicazione di forme di gestione del traffico e le tecniche di formazione dei prezzi:

- a) la tutela del consumatore;
- b) la promozione della concorrenza;
- c) la salvaguardia della natura aperta e neutrale della rete.

Per quanto riguarda la relazione tra la neutralità della rete e la tutela del consumatore, è evidente come questa derivi dall'ipotesi che risultino giustificate, da esigenze di concorrenza o da fonti normative, le forme di gestione del traffico e di differenziazione dei prezzi. Data tale ipotesi, assume rilievo la necessità di rendere il consumatore finale effettivamente consapevole della propria scelta, in termini di offerte, e, a tal fine, fornirgli tutte le informazioni, nel modo più chiaro e trasparente possibile, sulle pratiche di gestione di traffico adottate dall'impresa. Sono già presenti, sia a livello europeo che a livello nazionale, delle previsioni normative, contenute in varie direttive e nel Codice delle comunicazioni elettroniche, riguardanti la trasparenza e i livelli minimi di qualità dei servizi, che assicurano la tutela degli utenti⁴⁶. A livello nazionale, i concetti di trasparenza delle condizioni contrattuali e di

45 AgCom, allegato A: *“gli ISP hanno interesse a proporre offerte base di connettività, in quanto queste continueranno a costituire in futuro, una porzione significativa della domanda e, pertanto, qualora non fornite, l'operatore di rete perderebbe clienti a favore dei concorrenti.”*

46 Nell'allegato B cap.5 alla delibera n.39/11/CONS si prevedono gli obblighi generali circa la fornitura al cliente di informazioni chiare e complete sulla qualità dei servizi erogati e la facoltà per le

garanzia dell'utente sono previsti dal Codice delle comunicazioni elettroniche, agli artt. 70,71 e 72⁴⁷.

Dunque, sintetizzando, la regolamentazione nazionale prevede una vasta gamma di misure atte a tutelare i consumatori attraverso:

- a. ampie e chiare informazioni circa le caratteristiche tecniche dei servizi di comunicazione elettronica;
- b. la definizione di requisiti in termini di qualità del servizio;
- c. la possibilità di esercitare il diritto di recessione senza costi ingiustificati;
- d. processi idonei al cambio di fornitore.⁴⁸

Quanto alle opinioni e ai contributi espressi dagli stakeholder si registra da un lato, la tendenza, specie da parte dei content provider e delle associazioni, a voler integrare la normativa vigente in ambito di tutela del consumatore, al fine di ampliarne le garanzie e la tutela, dall'altro l'idea, in particolare di alcune imprese, che il quadro normativo attuale in materia sia sufficiente e adeguatamente articolato⁴⁹. Diverse imprese, infine, suggeriscono la cosiddetta light regulation, un approccio basato sulla autoregolamentazione, coerente al sistema adottato in Regno Unito.

Per quanto concerne la relazione tra la neutralità della rete e la promozione della concorrenza, a detta dell'Autorità *“la piena attuazione della neutralità della rete e, dunque, la sua salvaguardia sono misurati – secondo un certo numero di studiosi, addetti ai lavori e policy maker – dall'effettivo funzionamento dei mercati, ossia dal grado di concorrenza vigente nel mercato.”*⁵⁰. Come viene infatti indicato dalla teoria economica, l'effettiva concorrenza del mercato (in assenza di esternalità) offre

ANR di introdurre livelli minimi di qualità dei servizi in corrispondenza dell'attuazione di pratiche di gestione del traffico

47 Si vedano altre delibere ad opera dell'autorità che ribadiscono il tema di tutela del consumatore, tra cui la n. 179/03/CSP, la n. 131/06/CSP, la n. 244/08/CSP, la n. 326/10/CONS e da ultimo la n. 25/11/CONS riguardante la revisione dei criteri di valutazione e verifica della qualità dei servizi voce e dati in mobilità.

48 AgCom, allegato A alla delibera 714/11/CONS

49 Il BEREC ha recentemente pubblicato il documento concernente le Guidelines on Transparency in the scope of Net neutrality: best practices and recommended approaches. Altre indicazioni vengono inoltre dal lavoro “net neutrality and quality of services” sempre ad opera del BEREC, nel quale si affronta il problema dei nuovi poteri di intervento affidati alle ANR in materia

50 AgCom, allegato A alla delibera 714/11/CONS

ai clienti ciò che essi domandano, costringendo le imprese a soddisfare al meglio le richieste dei clienti. *“In un mercato concorrenziale – continua l'Autorità – eventuali alterazioni del principio della neutralità della rete, attraverso l'attuazione di forme di gestione del traffico e di specifiche tecniche di pricing, risulterebbero non profittevoli per l'ISP in quanto, fra l'altro, una porzione rilevante degli utenti continuerà a domandare servizi di accesso in modalità best effort e tale bisogno sarebbe soddisfatto attraverso altri fornitori”*. In particolare le imprese, specie i content provider, valutano e ipotizzano i potenziali rischi e problemi concorrenziali che potrebbero emergere nel settore, quali ad esempio: pratiche discriminatorie tra contenuti provenienti da provider indipendenti rispetto a quelli provenienti da provider appartenenti al proprio gruppo, oppure forme di degradazione immotivata dei servizi, come blocco o rallentamento del traffico. Possibili prevenzioni di tali rischi potrebbero risultare dalle misure di trasparenza delle forme di gestione del traffico adottate dalle aziende, oppure dalle modalità di fissazione dei prezzi e dagli incentivi a investire in infrastrutture e a innovare nella produzione di servizi, applicazioni e contenuti.

Infine, per quel che riguarda il terzo e ultimo punto sul quale si sofferma l'Autorità, possiamo affermare che, dato il carattere pluralista e libero dell'informazione online, gli stakeholder nel corso dell'indagine conoscitiva sono concordi nel prospettare i potenziali rischi, dovuti all'evoluzione della rete, per il concetto di net freedom. Con tale espressione si riassumono un insieme di principi quali: il pieno godimento dei diritti costituzionali di libertà di comunicazione e informazione, di manifestazione del pensiero, di aggregazione e partecipazione politica, di accesso alle informazioni presenti in rete.⁵¹ Dunque, il punto focale del dibattito sull'argomento è quello di effettuare una scelta degli interventi più adeguati per un bilanciamento tra le esigenze di tutela dei consumatori, della concorrenza e del carattere aperto della rete. A detta degli stakeholder il miglior modo per garantire tale bilanciamento è dato dalla garanzia di trasparenza e dall'obiettivo di minimizzare la censura o il controllo delle comunicazioni scambiate tra gli utenti⁵². Ovviamente, la pluralità dell'offerta, la

51 AgCom, allegato A

52 Comunicazione della Commissione Europea *“Open Internet and Net Neutrality”* (19 aprile 2011) *“la trasparenza e la facilità di cambiamento di operatore costituiscono elementi determinanti*

possibilità di scelta tra più operatori e la chiarezza delle informazioni sono fattori imprescindibili e necessari per salvaguardare la concorrenza e la natura aperta di internet, ma, d'altro canto, l'imposizione di restrizioni all'accesso, ad opera delle grandi internet company o degli ISP, potrebbe sfociare in comportamenti limitativi della libera circolazione delle informazioni in rete e alterare il concetto stesso di net freedom.

Dai contributi raccolti durante l'indagine conoscitiva, emergono voci contrastanti riguardo alla necessità di una regolamentazione sulla neutralità della rete per tutelare i diritti costituzionalmente garantiti di informazione e comunicazione. Una linea comune si può rintracciare se si prende in considerazione *“la relazione biunivoca intercorrente tra la massimizzazione dei profitti perseguita dagli operatori, fra l'altro, attraverso incrementi del traffico generato sulle proprie reti, e la conseguente piena realizzazione della net freedom⁵³”*. Dunque, a detta degli stakeholder, in assenza di fattori esterni (dati da esigenze di controllo delle comunicazioni per motivi di sicurezza) gli operatori sarebbero incentivati a incrementare e promuovere i diversi contenuti in rete, scongiurando la possibilità di una limitazione della libertà di informazione.

Inoltre, vengono rimesse al policy maker una serie di questioni aperte riguardanti la relazione controversa e non universalmente condivisa tra net neutrality e net freedom. Il sentore comune vede il principio di neutralità fortemente legato a una serie di valori e diritti riconosciuti in ambito europeo e nazionale, tra cui : a) libera manifestazione del pensiero e pluralismo dell'informazione; b) diritto di accesso alla rete e superamento del digital divide; c) riservatezza dei dati personali; d) diritto d'autore; e) tutela dei minori. L'Autorità svolge, senza dubbio, un ruolo centrale per la tutela di questi diritti e *“temi che, in una certa misura, si intrecciano con il dibattito sulla net neutrality, soprattutto nella prospettiva della convergenza, dove i confini tra media tradizionali e modalità innovative di fruizione dei contenuti audiovisivi tendono ad assumere nuovi contorni, ponendo nuove sfide in termini di garanzia dei diritti fondamentali”*.

per i consumatori quando scelgono o cambiano fornitore di servizi internet, ma probabilmente non costituiscono gli strumenti più adatti per porre rimedio a restrizioni generalizzate di accesso a servizi o applicazioni leciti”

Quindi, volendo sintetizzare i contributi emersi durante la consultazione pubblica, possiamo dire che alcuni operatori del settore TLC sono favorevoli all'idea di Internet come un ecosistema capace di autoregolarsi e, dunque, ritengono che qualsiasi limitazione andrebbe ad alterarne la natura; mentre altri vedono di buon occhio una possibile regolamentazione “ragionevole e proporzionata”. Ad ogni modo, tutti i soggetti coinvolti nella consultazione riconoscono il carattere trasversale e interdisciplinare del principio di neutralità della rete, il quale ha forti ripercussioni su molti altri principi della Costituzione. Altri punti condivisi riguardano “i) l'idea che il traffic management non costituisce in re ipsa un fallimento del mercato; ii) il fatto che il pricing rappresenta un elemento centrale e da esaminare in quanto incide sull'indirizzo di internet; iii) la presenza di previsioni normative in tema di tutela dei consumatori e della concorrenza sufficienti ad assicurare un'adeguata protezione degli utenti; iv) l'opportunità di verificare la necessità di ulteriori interventi regolamentari, principalmente al fine di assicurare informazioni sempre più accurate agli utenti in materia di traffic management”. Tutto ciò rappresenta una base di partenza per lo svolgimento e la stesura di successive analisi in materia. Non bisogna dimenticare, inoltre, che i temi in questione si amalgamano al contesto internazionale, nel quale, nello specifico, emergono le analisi della Commissione europea e del BEREC⁵⁴.

In sostanza, il nodo della questione consiste nella possibilità di ricercare le condizioni operative in nome delle quali intervenire per un corretto bilanciamento tra la tutela delle libertà fondamentali e costituzionalmente garantite e l'esigenza di non limitare la libera concorrenza tra gli operatori in rete⁵⁵.

54 il BEREC nel 2012 avvia un programma di lavoro in relazione al tema della net neutrality, e individua le seguenti key issues sulla questione: a) la trasparenza - “guidelines on transparency in the scope of net neutrality: best practices and recommended approaches”; b) livelli minimi di qualità - “a framework for quality of service in the scope of net neutrality”; c) pratiche discriminatorie; d) analisi degli sviluppi tecnologici e concorrenziali del mercato dell'interconnessione IP. Anche l'Ocse, a seguito della dichiarazione ministeriale “The Future of the Internet Economy, adottata a Seul nel 2008, ha esaminato il ruolo dei vari attori che popolano l'ecosistema digitale per lo sviluppo dell'economia di internet.

55 F. MACALUSO- R. BARATTA- G. NAPOLI “La neutralità della rete tra regolamentazione e concorrenza”, Dir.Comm. 2/2011, 405-414.

1.4 Le questioni aperte e il difficile connubio tra la regolamentazione ex ante e il controllo ex post.

Il cosiddetto “matrimonio difficile” tra la prassi regolamentare e l'applicazione del diritto antitrust è un nodo controverso e difficoltoso da chiarire, specie a seguito dell'enorme evoluzione tecnologica che si è avuta di recente e della convergenza tra i mezzi di comunicazione, la quale *“ha condotto alla attenuazione delle divisioni orizzontali tra i vari mercati delle comunicazioni elettroniche (e ha facilitato le reciproche incursioni, come quelle degli operatori televisivi nel settore delle comunicazioni elettroniche) e, in prospettiva, alla convergenza delle regole unitariamente applicabili a tutte le reti e i servizi di comunicazione elettronica”⁵⁶*.

Semplificando, si può dire che, secondo la dottrina tradizionale, l'intervento regolamentare è solitamente ex ante e ha carattere prospettico, mira cioè ad indirizzare la condotta delle imprese attraverso l'imposizione di alcuni obblighi (remedies). La disciplina della concorrenza, invece, è ex post e ha carattere generale: il diritto antitrust riguarda condotte già compiute e si esprime attraverso le sanzioni (divieti). Dal punto di vista formale, poi, la regolazione sarebbe possibile solo *“quando i mezzi di tutela apprestati dal diritto nazionale e comunitario della concorrenza non siano sufficienti”⁵⁷*, addirittura nel 2009 il Legislatore europeo ha affermato che *“lo scopo è ridurre progressivamente le regole settoriali ex ante specifiche via via che aumenta il grado di concorrenza sul mercato, per arrivare infine ad un settore delle comunicazioni elettroniche disciplinato esclusivamente dal*

56 F.M. BALESTRA, *Manuale di diritto europeo e nazionale delle comunicazioni elettroniche*, 2013, pag.3. Si veda anche CASTALDO-DA-EMPOLI-NICITA, *La tripla convergenza – innovazione, regolazione e concorrenza delle comunicazioni elettroniche*, 2008; e gli atti del Seminario di studio organizzato dall'Autorità per le garanzie delle Comunicazioni e Università di Napoli Federico II, *Convergenza tecnologica e Società dell'informazione*, Napoli-Capri 22-27.10.2001, disponibili su <http://www2.agcom.it/eventi/capri2001.htm#down>.

57 Direttiva Quadro, “Considerato” XXVII. Il nuovo art.8, comma 5, lett.f), stabilisce che *“le ANR devono imporre obblighi regolamentari ex ante unicamente dove non opera una concorrenza effettiva e sostenibile, e attenuandoli o revocandoli non appena sia soddisfatta tale condizione”*.

*diritto della concorrenza*⁵⁸”. Inoltre, considerando anche la gerarchia delle fonti, il diritto antitrust ha natura primaria, poiché è esplicitato nel TFUE, mentre quello regolamentare è derivato, essendo espresso nelle direttive e negli atti secondari. Tuttavia, questo approccio tradizionale non prende in considerazione diverse questioni, che porrebbero la regolazione al primo posto rispetto alla concorrenza:

“ (i) il diritto regolamentare va oltre quello antitrust perchè promuove la concorrenza con interventi positivi intaccando le stesse posizioni dominanti (le quali per se sono legittime secondo il diritto della concorrenza);

(ii) il diritto regolamentare persegue ulteriori obiettivi, funzionali alla realizzazione del mercato interno e a garantire i risultati di una concorrenza dinamica;

(iii) non rappresenta più fedelmente la realtà posto che le ANC, tramite l'istituto degli impegni, svolgono funzioni regolatorie nelle istruttorie per cartelli e abusi di posizione dominante, e che le autorità di regolazione (ANR) devono perseguire obiettivi pro-competitivi mediante strumenti mutuati dal diritto antitrust;

(iv) non risolve il problema pratico di valutazioni differenziate e conflitti tra ANC e ANR o, più semplicemente, di simultaneo intervento delle stesse, i quali – come evidente – si ripercuotono negativamente sulle imprese⁵⁹”.

Il problema risiede quindi nel coordinare e risolvere gli eventuali interventi contrastanti tra ANR e ANC sul medesimo caso, oppure i fenomeni di *ne bis in idem*, infatti secondo l'AGCM “*la presenza di un atto di approvazione o di ratifica da parte del regolatore delle condotte investigate non impedisce in ogni caso all'autorità di concorrenza di sindacare e condannare la medesima concorrenza*⁶⁰”. La tematica risulta ancora più controversa dal fatto che, ad oggi, la regolamentazione si ispira a strumenti dell'antitrust per fini pro-concorrenziali.

Costante ed esauriente giurisprudenza ribadisce come la presenza di una regolamentazione non compromette il raggio d'azione dell'autorità antitrust, né limita la valenza degli artt. 101 e 102 TFUE, a condizione che essa non ostacoli l'impresa

58 Direttiva *Better Regulation*, “Considerato” V

59 F.M.BALESTRA, *Manuale di diritto europeo e nazionale delle comunicazioni elettroniche*, 2013, pag.10

60 provvedimento in data 9.5.2013, caso A428, par.386

nell'adottare pratiche anticompetitive⁶¹. Il Tribunale rigetta infatti l'esercizio dello statunitense "implied immunity", pratica secondo cui il diritto regolamentare, qualora debba risolvere problematiche inerenti alla materia antitrust, renderebbe inapplicabile quest'ultima, data la grande pervasività e puntigliosità della regolamentazione. Ciò che il Tribunale europeo stabilisce, invece, è che "il quadro normativo comunitario" delle comunicazioni elettroniche "non incide minimamente sulla competenza ad accertare le infrazioni agli artt. 101 e 102 TFUE conferita alla Commissione [e alle ANC] direttamente dal regolamento [...] n. 1/2003 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza⁶². Dunque, si capisce quanto la prassi e la giurisprudenza comunitaria, in materia di relazione e divisione di competenze tra diritto antitrust e regolamentazione, sia fortemente antitetica rispetto a quella d'oltreoceano⁶³. In un'altra sentenza emblematica, la Commissione ribadisce questo concetto, sanzionando l'operatore storico spagnolo (Telefonica) anche se le sue tariffe erano state approvate dall'ANR⁶⁴, e affermando che il regolatore spagnolo "non è un'autorità antitrust e non è competente ad applicare in Spagna gli artt. 101 e 102 TFUE, [...] la competenza attribuita al regolatore spagnolo di promuovere la concorrenza è molto più generica dell'applicazione del diritto antitrust e il regolatore spagnolo esercita questa competenza insieme ad altri obiettivi e principi

61 *"Gli artt. 101 e 102 TFUE si applicano nel caso in cui la normativa nazionale lasci sussistere la possibilità di una concorrenza che possa essere ostacolata, ristretta o falsata da comportamenti autonomi delle imprese"* [corte di giustizia sentenza in data 11.11.1995, casi riuniti C-359 e 379/95, Ladbroke Racing, in Racc. [1997] p. I-6265]

62 Sentenza in data 10.4.2008 caso T-271/03, Deutsche Telekom, par.263, in Racc.[2008] p. II-477, confermata in appello dalla Corte di Giustizia, caso C-280/08, in Racc.[2010] p. I-9555

63 Il diritto antitrust e regolamentare hanno pari forza gerarchica negli USA, inoltre recentemente la Corte Suprema statunitense ha ribadito che un'impresa, che non sia soggetta a obblighi antitrust di fornitura, non è passibile di alcuna responsabilità ai sensi del diritto di concorrenza per le sue politiche tariffarie, e ha anche espresso un generale disfavor avverso gli abusi tariffari in quanto costringono le corti incaricate di applicare il diritto antitrust a svolgere un continuo monitoraggio dei prezzi, trasmodando così in attività più propriamente regolamentari (sentenza in data 25.2.2009, caso 555 U.S. (2009), Pacific Bell).

64 Decisione in data 4.7.2007, caso COMP/38.784, Telefonica, parr.511, 665 e ss. ;confermata integralmente in prime cure dalla Corte Generale, sentenza in data 29.3.2012, casi T-336 e 398/07, Telefonica

regolamentari [...] come ad esempio la promozione degli investimenti.” Infatti, ai sensi dell'art.8, comma 2, Direttiva n.2002/21/CE (Quadro) “le autorità nazionali di regolamentazione promuovono la concorrenza nella fornitura delle reti di comunicazione elettronica, dei servizi di comunicazione elettronica e delle risorse e servizi correlati⁶⁵”. La giurisprudenza interna approda a conclusioni simili in tema di indipendenza di attribuzione, a livello formale, tra l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) e l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AgCom), il Consiglio di Stato ha infatti ribadito che “ l'intervenuta autorizzazione di tali clausole da parte dell'Autorità di regolamentazione non impedisce, di per sé, una valutazione di abusività delle stesse sotto il profilo antitrust” (sez. VI, decisione in data 10.2.2006 n.1271; parr.12.7.2 e 12.7.4)⁶⁶. Dunque, secondo il giudice italiano, le competenze dell'AgCom non elidono quelle antitrust dell'AGCM, ma risultano complementari (lo riafferma anche l'AGCM a conclusione dell'istruttoria A428 e nel protocollo d'intesa AGCM/AgCom stipulato in data 22.5.2013)⁶⁷. Tuttavia appare opportuno valutare alcune questioni per trovare un giusto bilanciamento tra diritto regolamentare e diritto antitrust, senza dare indistintamente prevalenza a quest'ultimo. In primo luogo, bisogna ricordare che il principio fondamentale su cui si basa il sistema comunitario è la libera circolazione dei servizi al fine della costruzione del mercato comune, principio che potrebbe essere alterato dall'intervento antitrust. Infatti, la normativa comunitaria attribuisce alle ANR una serie di obiettivi, tra cui la promozione della concorrenza, l'incoraggiamento di investimenti efficienti in materia di infrastrutture, il

65 Disposizione recepita dall'art.13 del CCE “*Obiettivi e principi dell'attività di regolamentazione*”

66 Si veda FILIPPELLI, *Telecom Italia e Trinko: la dialettica tra norme antitrust generali e disciplina regolatoria delle telecomunicazioni in Europa e negli Stati Uniti*, in Riv. Industriale, 2009, II, pp. 24 e ss.

67 L'AGCM ha affermato che le due discipline “sono solamente in parte coincidenti e la regolazione impone regole generali, ma non può oggettivamente prevedere qualsiasi comportamento delle imprese, pena l'annullamento di ogni autonomia imprenditoriale.” L'intervento antitrust quindi si svolgerebbe a valle, per verificare se le imprese hanno abusato dei margini di discrezionalità concessi dalla regolazione. Si veda anche l'audizione del presidente dell'AGCM in data 4.6.2013 alla Camera dei Deputati.

raggiungimento del mercato interno e lo sviluppo delle reti trans-europee⁶⁸. Inoltre, citando il parere reso dall'AgCom all'AGCM (nel corso dell'istruttoria A-428), “non si può focalizzare l'azione regolatoria solo sulla concorrenza di breve termine, tutta incentrata sui prezzi, a infrastruttura data (quella che avrebbe come obiettivo l'AGCM)”, ma “occorre farsi carico anche della concorrenza sostenibile nel medio periodo, su nuove infrastrutture”, quindi un intervento con armonioso di ANR e ANC potrebbe pregiudicare “la sensibilità regolamentare al tema degli investimenti e alterare un approccio regolamentare equilibrato al trade off concorrenza-investimenti⁶⁹”. Le ANR poi possono utilizzare uno strumento assai più incisivo e pervasivo rispetto alle ANC, ovvero i cosiddetti remedies, i quali dovrebbero prevenire le violazioni antitrust⁷⁰.

In Italia, il Consiglio di Stato ha ritenuto che “non sia priva di rilievo la circostanza che l'AgCom si è costituita nel presente appello aderendo espressamente alla posizione dell'AGCM: segno evidente che l'AgCom ritiene che l'AGCM non abbia invaso competenze ad essa riservate né commesso scostamenti immotivati del proprio parere” Inoltre, sempre a detta del Consiglio di Stato:

- “dovendo il mercato essere normato da regole certe e conoscibili ex ante, a tali tests di prezzo [dell'AgCom] deve, di regola, attenersi anche l'AGCM, quando accerta se è stato o meno commesso un abuso di posizione dominante mediante offerta non replicabile” (par. 11.5.5);

- “il principio di cooperazione tra le due autorità (art. 8 d.lgs. n. 259/2003), [...] la istituzionale competenza dell'AgCom ad accertare quali sono le imprese aventi significativo potere di mercato e a dettare le prescrizioni vincolanti per garantire una

68 Si veda art. 8 Direttiva Quadro

69 Intervento del presidente pro tempore Calabrò alla relazione dell'Organo di vigilanza di Open
Access in data 20.3.2012

70 Bassan ritiene che “l'intervento delle ANR dovrebbe diventare sempre più eventuale e residuale”, mentre l'INC [forum internazionale delle ANC] afferma che “le ANR possono disporre di più strumenti per eliminare pratiche anticoncorrenziali e spesso applicano test competitivi più stringenti” e godono, inoltre, di una più spiccata expertise tecnica e di una migliore informazione. Anche l'AgCom ha affermato che “condotte che derivano dall'ottemperanza a specifici obblighi di natura regolamentare non possono costituire violazioni delle norme antitrust” (parere AgCom a chiusura dell'istruttoria A428)

effettiva e sostenibile concorrenza nel mercato delle comunicazioni, l'esigenza che non si verificano bis in idem o difformi valutazioni, sono tutti elementi che fanno ritenere che le due Autorità, pur esercitando competenze parallele, debbano coordinarsi in un'ottica di leale collaborazione” (par. 6.6.4).

In generale, quindi, il Consiglio di Stato ritiene che sia l'AGCM ad attenersi agli strumenti di analisi forniti dall'AgCom, in un'ottica di leale collaborazione: “il comportamento delle due autorità deve ispirarsi ad un ovvio principio di collaborazione, che potrà esprimersi sia attraverso segnalazioni di sntitrust dall'altra autorità, sia attraverso richieste di parere alla prima da parte di quest'ultima; e ciò in entrambi i casi a garanzia della uniformità della loro azione”. Tuttavia siamo ancora lontani dal mettere la parola fine al dibattito sulla separazione delle competenze tra le due autorità, e, anche a livello europeo, l'ERG (il forum europeo dei regolatori comunitari) afferma che la distinzione tra il diritto antitrust e quello di regolamentazione non è assoluto e, al fine di evitare “doppie barriere⁷¹” per le imprese “è imperativo che esse [le due autorità] concordino tra loro forme di coordinamento” e strumenti di soft law.⁷² In ogni caso, sarebbe auspicabile puntare su principi di diritto per fornire un quadro più preciso in materia ed evitare incursioni del diritto antitrust, qualora vi sia una sufficiente base regolamentare.

1.4.1 Le Autorità nazionali di regolamentazione e l'imposizione dei remedies.

La Direttiva Quadro (2002/21/CE) affida all'AgCom la funzione di regolamentazione del nuovo mercato nel settore delle TLC, e, dunque, le problematiche inerenti all'assegnazione delle frequenze, alla loro numerazione e alla definizione dei mercati rilevanti⁷³. In particolare, una importante funzione delle ANR in generale, e dunque

71 ERG *Report on transition from sector-specific regulation to competition law*, ERG(09)40, ottobre 2009.

72 Il coordinamento tra l'AgCom e l'AGCM è disciplinato dall'art.1, comma 6, lett. c) n.1, legge n.249/1997, e art. 8, CC, nonché dai protocolli d'intesa in data 27.1.2004 e 22.5.2013.

73 Ulteriori competenze dell'AGCOM sono: la definizione delle misure di sicurezza delle comunicazioni; la determinazione degli standard per i decodificatori; la regolazione delle relazioni tra gestori e utilizzatori delle infrastrutture di telecomunicazione e verifica che i gestori di infrastrutture di telecomunicazione garantiscano i diritti di interconnessione e di accesso alle infrastrutture ai soggetti

anche dell'AgCom, è l'imposizione di obblighi (c.d. remedies) alle imprese per tutelare gli interessi in gioco. Il quadro normativo del 2002 subordina tali obblighi all'individuazione preventiva del mercato rivelante, qualora le limitate condizioni di concorrenza necessitino di un intervento regolamentare. Quindi la definizione dei mercati rilevanti è il primo passo per l'avvio della procedura dei remedies. “Ai sensi degli artt. 14 e 15 della Direttiva Quadro nonché degli artt.17- 19 e 45 del CCE, l'AgCom deve preventivamente svolgere un'analisi di mercato per accertare, in conformità al diritto della concorrenza, la dimensione merceologica e geografica del mercato rilevante in cui intende intervenire e l'eventuale esistenza di situazioni di dominanza⁷⁴”. Anche secondo la comunicazione della Commissione europea sulla “definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza” (in GUCE n.C372 del 9.12.1997) “il mercato rilevante è lo strumento per individuare e definire l'ambito nel quale le imprese sono in concorrenza diretta tra di loro”, e, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia (in data 3.12.2009, caso C-424/07, Commissione c. Germania) l'analisi dei mercati rilevanti è un dovere delle autorità nazionali di regolamentazione. L'introduzione di questo concetto, funzionale all'attività regolamentare, all'interno della fascia di azione delle ANR è senza dubbio un fattore positivo, poiché consente alle Autorità di

che gestiscono reti ovvero offrono servizi di telecomunicazione; la promozione di accordi tecnologici tra gli operatori del settore per evitare la proliferazione di impianti tecnici di trasmissione sul territorio; sentite le parti interessate, dirime le controversie in tema di interconnessione e accesso alle infrastrutture di telecomunicazione entro novanta giorni dalla notifica della controversia; la ricezione informativa periodica dai gestori del servizio pubblico di telecomunicazioni sui casi di interruzione di servizio agli utenti; la definizione di criteri obiettivi e trasparenti, anche con riferimento alle tariffe massime, per l'interconnessione e per l'accesso alle infrastrutture di telecomunicazione secondo criteri di non discriminazione; l'individuazione, in conformità alla normativa comunitaria, alle leggi e ai regolamenti, l'ambito oggettivo e soggettivo degli eventuali obblighi di servizio universale e le modalità di determinazione e ripartizione del relativo costo e ne propone le eventuali modificazioni; la promozione dell'interconnessione dei sistemi nazionali di telecomunicazione con quelli di altri Paesi; la determinazione di criteri di definizione dei piani di numerazione nazionale delle reti e dei servizi di telecomunicazione, basati su criteri di obiettività, trasparenza, non discriminazione, equità e tempestività; l'intervento nelle controversie tra l'ente gestore del servizio di telecomunicazioni e gli utenti privati.

74 F.M.BALESTRA, *Manuale di diritto europeo e nazionale delle comunicazioni elettroniche*, 2013, pag.78

avere maggiore discrezionalità e di prendere in considerazione diversi fattori ai fini della regolamentazione. La Commissione europea continua a svolgere un ruolo centrale all'interno di questo percorso, infatti, attraverso le Linee Diretrici, descrive le regole da seguire per analizzare i mercati rilevanti nel rispetto del diritto della concorrenza. L'adozione di queste Linee Diretrici era prevista anche dal XXVII Considerato della Direttiva Quadro, secondo cui “è necessario che la Commissione definisca a livello comunitario, in ottemperanza ai principi del diritto della concorrenza, gli orientamenti che le autorità nazionali di regolamentazione dovranno seguire nel valutare se in un determinato mercato esista una concorrenza effettiva e nel valutare se certe imprese esercitano un'influenza significativa”. Il fine ultimo, dunque, dell'analisi di mercato è capire se le imprese, all'interno del mercato dominante, hanno un potere economico talmente preponderante da impedire lo sviluppo della concorrenza, e richiedere l'intervento regolamentare. Il concetto di “significativo potere di mercato” è analogo a quello di posizione dominante, di cui all'art. 102 TFUE (già art. 82 del Trattato CE) e all'art. 3 della Legge n. 287/1990. “Si presume che un'impresa disponga di un significativo potere di mercato se, individualmente o congiuntamente con altri, gode di una posizione equivalente ad una posizione dominante, e dunque di forza economica tale da consentirle di comportarsi in misura notevole in modo indipendente dai concorrenti, dai clienti e dai consumatori.” (art. 17, comma 2, CCE)⁷⁵. Nel successivo comma 4 dello stesso articolo, si “presume” che la posizione dominante di un'impresa sia effettiva anche in un mercato “diverso e strettamente connesso” a quello in analisi, dunque, data questa ipotesi, si può dire che i remedies imposti, e motivati adeguatamente dall'ANR, possono farsi valere anche nel secondo mercato, al fine di contenere “il potere di mercato complessivo dell'impresa in questione”. E' necessario ribadire l'importanza della definizione del mercato per la sorte delle imprese, un'erronea analisi potrebbe

75 Anche secondo la classica definizione fornita dalla Corte di Giustizia, la posizione dominante è “una situazione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato di cui trattasi ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi dei suoi consumatori” (Corte di Giustizia, sentenza in data 13.2.1979, caso 85/76, Hoffmann-LaRoche, par. 38, in Racc. [1979] p.461).

infatti assoggettare le imprese a pesanti misure regolamentari (nel caso in cui ad esempio il mercato fosse definito in maniera troppo ristretta). Come affermato dal Comunicato Stampa della Commissione europea in data 25.6.2009, n. IP/09/1008, “la corretta definizione dei mercati rilevanti serve a garantire l'uniformità delle condizioni di concorrenza all'interno dell'Unione Europea, dato che la divergenza di approccio alla regolamentazione può creare ostacoli nel mercato unico delle telecomunicazioni”.

Data l'importanza e la complessità della questione, è prevista una precisa procedura per la definizione dei mercati rilevanti, che coinvolge una serie di soggetti, quali la Commissione europea, la quale, attraverso raccomandazioni pone le indicazioni base per procedere, il forum dei regolatori nazionali, i singoli regolatori e le ANC. Ai sensi dell'art. 18 CCE, l'AgCom deve tenere nella “massima considerazione” le indicazioni della Commissione e deve in ogni caso operare nel rispetto del diritto della concorrenza, è per questo che è tenuta a svolgere una consultazione pubblica a livello nazionale. A questo punto, se l'AgCom ritiene opportuno conformarsi alle raccomandazioni della Commissione europea sulla definizione dei mercati rilevanti, allora dovrà notificare la sua proposta alla Commissione, che potrà adottare a sua volta una lettera di commento (sempre non vincolante, ma da tenere in “massima considerazione”, secondo l'art. 17, comma 5, CCE), e, contestualmente, informare l'ANC nazionale, che dovrà redigere un parere. Qualora invece l'AgCom decida di discostarsi dalle raccomandazioni della Commissione dovrà avviare una assai più complessa e stringente procedura, nella quale la stessa commissione ha potere di veto⁷⁶. Per quanto riguarda il settore delle comunicazioni elettroniche, esso presenta peculiari caratteristiche. Innanzi tutto la rete è soggetta a particolari dinamiche competitive, date soprattutto dall'evoluzione della tecnologia e dalla diversificazione dei servizi messi a disposizione degli utenti. Inoltre, per fare in modo che gli utenti comunichino tra loro, anche quando sono clienti di operatori diversi, queste reti devono essere interconnesse e collegate, imponendo agli operatori di scambiarsi continuamente i cosiddetti servizi wholesale (ovvero prestazioni all'ingrosso)⁷⁷. Le

76 Per approfondimenti vedi F.M. BALESTRA, “*Manuale di diritto europeo e nazionale delle comunicazioni elettroniche*”, 2013

77 L'operatore chiamante non ha scelta in merito all'acquisto di tali servizi, è il suo abbonato a

ANR possono poi imporre all'operatore storico l'obbligo di fornire all'ingrosso servizi di accesso alla propria rete, di cui possono beneficiare gli altri operatori (ciò vale anche per le reti di trasmissione di dati, che si sono sviluppate secondo la tecnologia ADSL). Dunque, accanto ai mercati di interconnessione, esistono i mercati dell'accesso all'ingrosso, di cui fanno parte una serie di servizi, come l'unbundling del local loop, l'accesso condiviso, il bistream access.⁷⁸

Grazie all'evoluzione tecnologica, dunque, si favorisce la convergenza tra reti e servizi⁷⁹ e si attenuano le barriere all'ingresso nel mercato di altri operatori "accrescendo la sostituibilità dal lato dell'offerta". Nel VII Considerato della seconda raccomandazione sui mercati rilevanti si legge: "tra i nuovi mercati emergenti rientrano i mercati dei prodotti e dei servizi per i quali, a causa della loro novità, è molto difficile prevedere le condizioni della domanda e quelle dell'offerta o le condizioni di ingresso sul mercato".

Infine, per quel che riguarda i remedies imposti dalle ANR, il quadro normativo del 2002 ne fornisce una categorizzazione e ne prevede un "numerus clausus", le ANR non possono infatti prescrivere in capo ai gestori altre misure correttive diverse da quelle espressamente previste dal diritto europeo, nemmeno in attuazione della normativa nazionale. La Direttiva Accesso infatti, elenca tutti gli obblighi all'ingrosso che possono essere imposti ex ante alle imprese dominanti (trasparenza, non discriminazione, separazione contabile, accesso, controllo dei prezzi. Con la novella del 2009 si introduce anche il rimedio tipico di separazione funzionale). Questi obblighi sono disposti in ordine crescente, dal meno invasivo (trasparenza) al più invasivo (separazione funzionale), e l'ANR può decidere di imporre almeno un remedy nel caso in cui venga a conoscenza di una posizione dominante all'interno di un mercato rilevante (art. 16, comma 4, Direttiva Quadro). Quindi, come affermato

scegliere chi chiamare, all'operatore non resta quindi che comprare i necessari servizi di terminazione dall'operatore chiamato. Per questo si ritiene che ciascun operatore sia dominante nella fornitura dei servizi di terminazione sulla propria rete, perchè tutti gli altri operatori sono obbligati a comprare tali servizi

78 AgCom delibera n. 731/09/CONS

79 Si pensi alla digitalizzazione dei contenuti e alla possibilità di trasmetterli mediante piattaforme diverse, come nel caso dei servizi televisivi su protocollo internet o IPTV

da F. M. Balestra, “nel settore delle comunicazione elettroniche, la no-regulation non è un'opzione giacché: (i) o non vi sono posizioni dominanti all'interno dei mercati rilevanti e, conseguentemente, non vi è la possibilità di imporre remedies; (ii) ovvero vi sono posizioni dominanti non adeguatamente contenibili dal diritto antitrust e, conseguentemente, sussiste l'obbligo di imporre almeno un obbligo regolamentare.⁸⁰”

80 F.M.BALESTRA, *Manuale di diritto europeo e nazionale delle comunicazioni elettroniche*, 2013, pag.97

CAPITOLO II

Le differenti soluzioni normative nel dibattito transnazionale sulla *net neutrality*.

2.1 I rischi per la garanzia del principio nella più recente giurisprudenza degli USA.

Il 14 Gennaio 2014 la Corte d'Appello del *District of Columbia Circuit* deposita le motivazioni di una sentenza che, per i più allarmisti, rappresenterebbe la fine di Internet così come lo si è conosciuto fino ad oggi. Si tratta del discusso caso *Verizon*⁸¹ contro *Federal Communication Commission*, che ha contribuito ad accrescere la portata del dibattito, già abbastanza acceso, sui temi di net neutrality e rapporto tra regolamentazione e antitrust. In particolare, l'operatore mobile *Verizon*, uno dei più potenti in territorio americano, ha ritenuto illegittime le disposizioni volute dalla *Federal Communications Commission* (FCC) riguardanti il tema della net neutrality, le quali erano state elaborate nel 2010 all'interno dell'*Open Internet Order* e imponevano ai *broadband providers* (fornitori di banda) una serie di obblighi anti-discriminatori e anti-blocco.

La Corte ha ritenuto fondata l'ipotesi condotta da *Verizon* e ha annullato importanti sezioni del documento *Open Internet*, ritenendo che la FCC non avesse il potere per vietare totalmente agli ISP tutti i tipi di differenziazione. Nello specifico, la Corte ha stabilito che, benché la FCC avesse il potere e la competenza per emanare l'*Order*, tuttavia non poteva regolamentare la materia nel modo in cui lo ha fatto, poiché

⁸¹ Verizon è una delle più importanti compagnie di comunicazione al mondo.
www.verizon.com

andava contro alla disciplina generale del *Communications Act*⁸² sui *broadband providers*. A testimonianza del potere della FCC di emanare un simile documento, si richiamano le sezioni 706(a) e 706(b) del *Telecommunications Act*⁸³ del 1996. La sezione 706(a) prevede un generale potere deliberativo e regolamentare in relazione alla FCC, mediante il quale la Commissione potrebbe incentivare e promuovere i sistemi di comunicazione più avanzati. La sezione 706(b), invece, impone alla Commissione di svolgere regolari inchieste in materia di comunicazioni e, in relazione ad esse, adottare coerenti misure per lo sviluppo delle reti, per eliminare gli eventuali ostacoli e per adattare le infrastrutture del settore alle innovazioni, promuovendo sempre gli investimenti e la concorrenza.

Una volta confermata la legittimità del potere regolamentare e deliberativo della FCC, la Corte si è soffermata sui motivi per cui suddetta potestà è stata applicata in maniera sbagliata nel caso di specie. A questo punto la sentenza ripercorre tutte le tappe della storia delle comunicazioni negli Stati Uniti, con la progressiva regolamentazione del settore, e ciò spiega quanto la net neutrality non sia un semplice diritto naturale della rete, un principio nato insieme a Internet, ma piuttosto una scoperta e una conquista legislativa. La Corte, ricorda come il primo atto a disciplinare tale materia sia stato il *Computer II* che distingueva nettamente tra “servizi di base” (*basic*) e “servizi avanzati” (*enhanced*). Tale distinzione derivava dal grado di coinvolgimento del provider nel servizio: erano considerati “di base” i servizi che pretendevano dal provider la mera trasmissione; erano invece considerati “avanzati” quelli che richiedevano meccanismi di elaborazione che agivano anche sul contenuto. I provider che fornivano servizi *basic* venivano considerati come *common carriers* e per loro si applicavano le regole e gli obblighi del *Communications Act* del 1934, tra cui il divieto di discriminazioni ingiuste o irragionevoli nelle spese, nelle pratiche, nelle classificazioni, nelle regole, nelle strutture e nei servizi.

⁸² Con il Communications Act del 1934 si regola il commercio interstatale ed estero delle comunicazioni su filo e radio, al fine di garantire un servizio rapido, efficiente a costi ragionevoli. Con tale legge viene inoltre sostituita la Commissione federale Radio con la Federal Communication Commission, agenzia incaricata di vigilare sul rispetto delle disposizioni della suddetta normativa.

⁸³ Il Telecommunications Act del 1996 modifica la normativa del 1934 e rappresenta un cambiamento significativo nel diritto delle telecomunicazioni negli Stati Uniti. L'obiettivo dichiarato di tale norma è la creazione di un mercato competitivo in ambito di comunicazioni eliminando gli ostacoli normativi.

Con l'approvazione del *Telecommunications Act* del 1996 viene rimarcata notevolmente tale distinzione, delineando due diverse categorie di operatori: i *telecommunications carriers*, fornitori dei servizi di base; e gli *information service providers*, fornitori dei servizi avanzati. Proprio come avveniva sotto la vigenza del *Computer II*, quando si applicavano ai fornitori di servizi Internet offerti sulle linee telefoniche fisse gli obblighi e le regole dei *common carriers*, i servizi DSL a banda larga forniti su rete telefonica vengono ora classificati dalla FCC come *telecommunications services*. Qualche tempo dopo, tuttavia, la Commissione ha riclassificato i fornitori di banda larga, esentandoli, per i loro servizi, dalle regole imposte per i *telecommunications carriers*, ma continuando a disciplinarne le attività, specie con il *Cable Broadband Order*⁸⁴. A seguito di alcune segnalazioni di utenti abbonati al servizio di banda larga via cavo di *Comcast*⁸⁵, che vedevano rallentato e limitato il proprio servizio per alcune applicazioni *peer-to-peer*, nel 2008 la FCC emanava il *Comcast Order*, mediante il quale ordinava al *broadband provider* di modificare le sue procedure di fornitura del servizio. In particolare la FCC, per tutelare il principio di neutralità della rete, imponeva a *Comcast* di non rallentare o limitare il traffico degli utenti che scaricavano files dalla piattaforma *BitTorrent*.

Dopo il ricorso in appello da parte dell'ISP, che incolpava la Commissione di aver superato i limiti delle sue competenze in materia di regolamentazione, la Corte d'Appello degli Stati Uniti ha confermato che la FCC non aveva un sufficiente ancoraggio normativo per giustificare il proprio intervento regolamentare in tema di net neutrality e, dunque, annullava il *Comcast Order*⁸⁶. A seguito di questa vicenda, nel 2010 la FCC ha emanato l'*Open Internet Order*, che, reiterando gli stessi assunti che la sentenza Comcast contestava, imponeva ai broadband providers una serie di obblighi, in particolare:

- (i) trasparenza, in base al quale un fornitore di banda larga deve comunicare ai clienti tutte le informazioni chiare e precise sulle pratiche di gestione di rete e sui termini commerciali di accesso, per fare in modo che gli utenti compiano scelte informate;

⁸⁴ *Cable Broadband Order*, 17 F.C.C.R. at 4842.

⁸⁵ Comcast Corporation è uno dei maggiori fornitori di servizi di tv via cavo, internet e digital phone presente sul mercato americano.

⁸⁶ *Comcast Corp. v. FCC*, 600 F. 3d at 642.

(ii) nessun blocco, per cui un fornitore di banda larga non può bloccare contenuti che non siano illeciti, applicazioni o servizi. Inoltre non deve impedire agli utenti l'accesso a siti web mediante una ragionevole gestione della rete, né adottare tali applicazioni nei confronti di coloro che competono mediante voce o video con il fornitore di servizi di telefonia;

(iii) nessuna irragionevole discriminazione, per cui un provider del servizio di accesso a internet a banda larga fissa non deve irragionevolmente discriminare, nel trasmettere il traffico di rete, un consumatore di un servizio di accesso a internet a banda larga. Una ragionevole gestione della rete non deve costituire una discriminazione irragionevole⁸⁷.

L'*Open Internet Order*, con le sue misure nei confronti degli ISP, è stato immediatamente impugnato da *Verizon*, il quale non riconosceva alla FCC il potere di vietare totalmente ogni tipo di differenziazione da parte dei providers. Nel caso di specie, la Corte d'Appello ha ritenuto fondate le ipotesi di illegittimità mosse da *Verizon* e ha annullato gran parte delle norme dell'*Order* riguardanti le politiche anti-discriminatorie e anti-blocco, ritenute eccessive rispetto al potere della FCC come previsto dal *Telecommunications Act*. La Corte ha deciso di mantenere soltanto gli obblighi di trasparenza informativa nei confronti dell'utente.

La citata sentenza ha avuto un'eco vastissima, sollevando le problematiche inerenti alla tutela del principio di net neutrality, e alla minaccia della creazione di un'Internet a due velocità, che possa privilegiare alcuni contenuti piuttosto che altri, in nome soprattutto di logiche di profitto. Infatti, negli Stati Uniti come del resto in ogni parte del mondo, i profondi cambiamenti e le innovazioni che hanno investito il settore TLC, hanno fatto in modo che emergessero nuove problematiche, *in primis* di origine tecnica, legate soprattutto alle congestioni della rete, al calo della qualità del servizio e alla tempestività della connessione, originate dalla sempre più diffusa tecnologia ad alto consumo di banda. Alcuni operatori, per far fronte a questi problemi, sono favorevoli alle pratiche di gestione del traffico, ritenendole addirittura necessarie per garantire un certo livello di qualità dei servizi. In conseguenza di ciò in molti

⁸⁷Si veda *Preserving the Open Internet Broadband Indus. Practices*, report & order, 25 FCC Rcd. 17, 905, 17, 932-62, 42-106 (23 Dic. 2010). A.E. KAHN, *The Economics of Regulation: Principles and Institutions* 20, 1970.

ritengono che la gestione del traffico debba essere totalmente affidata ai providers, i quali, in casi di congestione, possono applicare differenziazioni ai pacchetti di dati, dando priorità ad alcuni rispetto ad altri.

Altro punto nevralgico da affrontare, sollevato in parte dalla sentenza in esame, è quello della competenza e dei margini d'azione della *Federal Communications Commission* (FCC), da una parte, e della *Federal Trade Commission* (FTC), dall'altra. La linea di demarcazione tra le competenze di queste due agenzie è molto labile, resa tale soprattutto dall'aspro dibattito in tema di net neutrality. Il ruolo della FCC quale agenzia legittimata a regolamentare a tutela della net neutrality, ruolo tra l'altro ribadito dalle disposizioni del *Telecommunications Act*, che le attribuiva la competenza di disciplinare gli operatori di telecomunicazioni sul web⁸⁸, è stato messo in discussione dalla citata sentenza *Comcast Corp. V FCC*. Con questa sentenza infatti, come si è già visto, la Corte d'Appello degli Stati Uniti ha messo in discussione tale competenza della FCC, ritenendo che manchi l'ancoraggio normativo necessario per giustificare un intervento regolamentare dell'agenzia in tema di neutralità della rete.

In seguito, con la sentenza del Gennaio 2014, sul caso *Verizon v FCC*, si è ripresentato il problema della divisione di competenze, in particolare ci si è chiesti se la FTC fosse l'autorità più adatta per tutelare i consumatori, fronteggiando le eventuali discriminazioni di contenuti da parte dei fornitori di servizi. Il Commissario della FTC Maureen Ohlhausen, nel 2012, ha affermato che sarebbe opportuna in questo campo un'analisi caso per caso, basata sulla dottrina *rule of reason*, che rappresenta un modo per “*indagare la compatibilità di una determinata fattispecie con il diritto antitrust, mettendo in luce tutte le circostanze che, in un modo o nell'altro, potrebbero determinare un'irragionevole limitazione della concorrenza*⁸⁹”. “*Il diritto antitrust – sostiene il Commissario- offre un giusto filtro attraverso cui analizzare la maggior parte dei problemi di neutralità della rete, tra cui l'integrazione verticale, la discriminazione di prezzo, e il blocco dei contenuti da parte dei fornitori di banda larga*”.

⁸⁸Al riguardo vi è una serie di norme che definiscono la competenza della FCC; si veda la IV Sez. del *Communications Act* del 1934. 47 U.S.C. § 154(i) (2006).

⁸⁹ Il concetto della *rule of reason* si deve alla Corte Suprema degli Stati Uniti che, nel 1911, nel caso “*Standard Oil*”, prende le distanze dalla dottrina “*per se rule*”, la quale costituiva un criterio di analisi per gli accordi ritenuti anticoncorrenziali e si basava sullo *Sherman Act*.

In seguito alla citata sentenza della Corte d'Appello di Washington, del gennaio 2014, la FCC ha avviato, il 15 maggio 2014, una consultazione pubblica sulla disciplina della net neutrality, essendo state abrogate dalla Corte le norme adottate nel 2010 con l'*Open Internet*. Quello che rimarca la FCC è la sua legittimità a tutelare e garantire la *Internet Openess* (termine ora preferito a net neutrality), cercando di ripristinare le norme cancellate dalla Corte con giustificazioni di tipo giuridico ed economico. Nella consultazione pubblica sulla riforma della disciplina della net neutrality, infatti, la FCC, rivendicando il suo ruolo di garante dell'*Internet Openess*, sottolinea la possibilità dei *broadband internet providers* di limitare e discriminare volontariamente il traffico dei dati e le condizioni di accesso alle reti per i *content providers*, tutte pratiche che potrebbero alterare il normale funzionamento dell'Internet aperto e libero. È per questo che, a detta dell'agenzia, sarebbe necessario ristabilire le vecchie norme di divieto di “*blocking*” e di “*unreasonable network management*” sancite dalla disciplina del 2010, contrariamente all'abrogazione della Corte.

Per quanto riguarda l'obbligo di *no-blocking*, nella consultazione pubblica la FCC si interroga sulla possibilità che esso sia esteso anche alle reti mobili, finora escluse dalla disciplina, ed inoltre, cosciente dell'abrogazione da parte della Corte dettata dal fatto che tale obbligo valesse esclusivamente per i *common carrier* e non per le reti *broadband*, ne richiede il reinserimento bilanciandolo con garanzie per i content providers.

Rispetto al divieto di *unreasonable network management*, viene ribadito che un “*reasonable*” *network management* è lecito e dunque ammesso. Sono invece da ritenersi illecite, a detta della FCC, seppur dopo l'abrogazione della Corte d'Appello, pratiche “*commercially unreasonable*”, la cui definizione lascia un'ampia discrezionalità di estensione del divieto, con il rischio di pesanti incertezze sulla definizione di ragionevolezza da valutare caso per caso da parte dell'agenzia, e con la minaccia di restrizioni delle libertà commerciali stabilite dalla sentenza in esame.

L'incertezza normativa soggetta a continui cambiamenti, mette in luce il difficoltoso equilibrio tra regolamentazione e diritto antitrust, in tema di net neutrality. Ovviamente, in un mercato, quello *on-line*, dinamico e rapido, l'applicazione di norme e la regolamentazione devono essere attente e caute per evitare inutili

limitazioni che potrebbero alterare la natura dell'ecosistema digitale⁹⁰.

2.2 Il contesto europeo: attività del BEREC e ipotesi di riforma della Commissione.

Le direttive europee in materia di comunicazioni elettroniche, pur non dedicandosi unicamente alla net neutrality, contengono disposizioni generali sulle tematiche maggiormente correlate al suddetto principio, come la tutela della concorrenza, la tutela del consumatore e del servizio universale. Si richiede, dunque, ai fornitori un servizio di qualità ad un prezzo ragionevole. Come si è analizzato in precedenza, le direttive che disciplinano tali fenomeni sono: la Direttiva Quadro 2002/21/CE, in particolare all'art. 8, che vede come fine ultimo della regolamentazione la tutela e la promozione della concorrenza, e la direttiva Servizio Universale 2002/22/CE, modificate dalle Direttive 140/2009/CE, nella quale all'art. 7-ter si fa specifico riferimento alla net neutrality⁹¹, e 136/2009/CE⁹². Le suddette direttive non escludono totalmente le pratiche di *traffic management*, anzi, ne riconoscono la legittimità per assicurare una determinata qualità del servizio e per garantire una vasta scelta ai consumatori, pur non esentando tali attività dal rispetto delle norme

⁹⁰J.B. BAKER, *Can Antitrust Keep Up?: Competition Policy in High-Tech Markets*, Brookings Inst., Winter 2001.

⁹¹Direttiva 2009/140/CE, art. 7-ter: “Le autorità nazionali di regolamentazione promuovono gli interessi dei cittadini dell'Unione Europea, tra l'altro: [...] g) promuovendo la capacità degli utenti finali di accedere ad informazioni e distribuirle o eseguire applicazioni e servizi di loro scelta.” Si vedano anche i considerando 4 e 23 della medesima direttiva in cui si ribadisce che: “Riconoscendo che Internet è essenziale per l'istruzione e l'esercizio pratico della libertà di espressione e l'accesso all'informazione, qualsiasi restrizione imposta all'esercizio di tali diritti fondamentali dovrebbe essere conforme alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali” e “ Un mercato competitivo assicura agli utenti un'ampia scelta di contenuti, applicazioni e servizi. Le autorità nazionali di regolamentazione dovrebbero favorire la capacità degli utenti di accedere e distribuire informazioni e di eseguire applicazioni e servizi”.

⁹² Direttiva 2009/136/CE, Ai considerando 28 e 29 che sembrano favorevoli a pratiche di traffic management per garantire la qualità del servizio , e il considerando 34 che è favorevole a tali pratiche per evitare il congestionamento.

antitrust, e lasciando sempre aperta la porta per un intervento *ex post*. I regolatori nazionali possono in ogni caso fissare delle misure al fine di garantire un livello minimo di qualità del servizio e la trasparenza delle informazioni per gli utenti. Inoltre, per i servizi “*managed*” gli ISP possono proporre le proprie offerte commerciali senza per questo ledere il principio di neutralità della rete. Infatti, secondo la visione dell'ex Vicepresidente della Commissione Europea Neelie Kroes l'uso corretto delle pratiche di *traffic management* è essenziale, sia per ottimizzare la fornitura dei servizi *best effort*, ma anche, e soprattutto, per permettere lo sviluppo dei servizi *managed*, come l'e-learning o la telemedicina.

La situazione attuale in tema di net neutrality è parecchio dibattuta anche in territorio europeo, negli ultimi anni sono state avviate, dalle istituzioni europee e dalle autorità nazionali di regolamentazione, diverse consultazioni pubbliche, che hanno senza dubbio approfondito il tema. Tra le più importanti: la comunicazione, pubblicata dalla Commissione europea il 19 aprile 2011, “*The open internet and net neutrality in Europe*⁹³”, la quale fa seguito alle iniziative adottate nel corso del 2010 e citate, in Italia, nelle consultazioni pubbliche ai sensi delle delibere 39/11/CONS e 40/11/CONS. La comunicazione si mostra cauta riguardo all'esigenza di un intervento regolamentare per garantire e tutelare la net neutrality, sebbene venga più volte sottolineata la necessità di un'internet aperta e neutrale. La Commissione ha ritenuto di inquadrare il proprio intervento all'interno del panorama delineato dall'entrata in vigore delle Direttive del 2009², che a loro volta comportavano l'adattamento in territorio nazionale agli obblighi di trasparenza e qualità minima dei servizi, come sottolineato anche dalla direttiva sul Servizio Universale⁹⁵ (art. 20.1, 21,

⁹³ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *The Open Internet and net neutrality in Europe* Brussels, 19.4.2011, COM(2011) 222 final.

⁹⁴ Direttive nn. 2009/136/CE e 2009/140/CE.

⁹⁵ Direttiva 2009/136/CE, art. 20.1, all'interno del quale si legge: “Gli Stati membri provvedono affinché i consumatori ed altri utenti finali che ne facciano richiesta, quando si abbonano a servizi che forniscono la connessione a una rete di comunicazione pubblica e/o a servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, abbiano il diritto di stipulare contratti con una o più imprese che forniscono detta connessione e/o servizi.”, art. 21.1: “Gli Stati membri provvedono affinché le autorità nazionali di regolamentazione possano imporre alle imprese che forniscono reti pubbliche di comunicazione elettronica e/o servizi accessibili al pubblico di comunicazione elettronica di pubblicare informazioni trasparenti, comparabili, adeguate e aggiornate in merito ai prezzi e alle tariffe vigenti, a eventuali commissioni per cessazione di contratto e a informazioni sulle condizioni generali vigenti in materia di accesso e di uso dei servizi forniti agli utenti finali e ai consumatori, conformemente all'allegato II. Tali informazioni sono pubblicate in forma chiara, esaustiva e

22.3), e ha deciso di muoversi in stretta collaborazione con il BEREC. Avendo come obiettivo la tutela e la garanzia della concorrenza attraverso l'eliminazione di ostacoli ingiustificati, all'interno del documento si pone l'accento sull'esigenza di una verifica su eventuali restrizioni nell'accesso a servizi e applicazioni lecite, e sulla trasparenza delle condizioni di offerta delle connessioni a banda larga, la cui velocità, qualità ed accessibilità deve corrispondere al servizio effettivamente erogato⁹⁶.

D'altra parte la comunicazione precisa che: *“Qualsiasi regolamentazione supplementare dovrà evitare effetti dissuasivi sugli investimenti o sui modelli commerciali innovativi, dovrà portare ad un utilizzo più efficace delle reti e creare nuove opportunità commerciali a diversi livelli della catena del valore di internet, pur salvaguardando i vantaggi della scelta di un accesso internet che si attaglia alle esigenze dei consumatori”⁹⁷*. L'obiettivo è dunque quello di operare un bilanciamento tra il mantenimento del carattere aperto e neutrale di internet e le libertà economiche degli ISP, come si ribadisce nel documento: *“L'essenza della neutralità della rete e i temi fondamentali su cui si incentra il dibattito riguardano anzitutto quale sia il modo migliore per preservare l'apertura di questa piattaforma e garantire che essa possa continuare a fornire servizi di qualità elevata a tutti e a promuovere l'innovazione, contribuendo nel contempo al godimento e al rispetto dei diritti fondamentali, come la libertà di espressione e la libertà imprenditoriale”*.

Il BEREC ha assunto un ruolo fondamentale nell'analisi delle problematiche inerenti al tema della net neutrality, nel dicembre 2011, infatti, ha pubblicato le *Guidelines on transparency in the scope of net neutrality: Best practices and recommended*

facilmente accessibile. Le autorità nazionali di regolamentazione possono precisare ulteriori prescrizioni relative alla forma in cui tali informazioni devono essere pubblicate.”, art. 22.3: “Per impedire il degrado del servizio e la limitazione o il rallentamento del traffico di rete, gli Stati membri provvedono affinché le autorità nazionali di regolamentazione possano imporre prescrizioni in materia di qualità minima del servizio all'impresa o alle imprese che forniscono reti di comunicazione pubbliche.”

⁹⁶ Il documento indica i seguenti aspetti: “gli ostacoli al cambiamento di operatore (ad esempio il tempo medio oltre il quale il cliente è autorizzato a risolvere il contratto di fatturazione postpagata e le eventuali penali), le pratiche di blocco, di strozzatura o le pratiche commerciali di effetto equivalente, la trasparenza e la qualità del servizio e gli aspetti concorrenziali relativi alla neutralità della rete (ad esempio pratiche discriminatorie di operatori in posizione dominante). (...) ogni comportamento connesso alla gestione del traffico suscettibile di restringere o falsare la concorrenza”.

⁹⁷ Comunicazione della Commissione europea, *The Open Internet and Net Neutrality in Europe*, par. 5 p. 10

approaches, che rappresentano la fase conclusiva di una consultazione pubblica indetta il 3 ottobre 2011. Il documento del BEREC assume la trasparenza come precondizione necessaria alla possibilità di scelta degli utenti e al mantenimento della natura aperta e neutrale della rete. L'imposizione di un regime di concorrenza deve, inoltre, accompagnarsi a condizioni di effettiva concorrenza e all'assenza di barriere al passaggio da un operatore all'altro. Assumendo come base giuridica le modifiche apportate nel 2009 al quadro normativo europeo⁹⁸, il documento del BEREC affida ai regolatori la tutela del diritto degli utenti di accedere a servizi e contenuti di propria scelta: le ANR diventano dunque garanti di corrette e chiare informazioni per i consumatori.

Il *Guidelines on transparency in the scope of net neutrality* si articola in cinque capitoli. Nel primo il BEREC riflette sulla connessione tra l'obbligo di trasparenza e la net neutrality, affermando che, sebbene esista una grande varietà di definizioni del suddetto principio, si tende ad assumere come riferimento l'interpretazione letterale del termine che vede il realizzarsi della neutralità della rete quando “*tutte le comunicazioni elettroniche che attraversano una rete sono trattate ugualmente*”. L'obbligo di trasparenza in questione riguarda soprattutto le informazioni sui servizi di comunicazioni, sui livelli di qualità e sulle tecniche utilizzate per gestire il traffico, pratiche che gravano sugli ISP, come sancito dagli artt. 20, 21, 22 della direttiva sul Servizio Universale⁹⁹.

Il secondo capitolo fa riferimento ai requisiti di trasparenza necessari per garantire la piena attuazione della neutralità. L'impostazione generale, che è seguita dalle linee guida, si basa sulla distinzione tra l'approccio che vede gli ISP in prima persona come detentori dell'obbligo di trasparenza, e l'approccio che invece prevede il coinvolgimento di altri attori della catena del valore, come fornitori di servizi, applicazioni e contenuti, con il ruolo di intermediari (c.d. approccio indiretto)¹⁰⁰.

⁹⁸ Le Direttive 2009/136/CE e 2009/140/CE, con particolare riguardo all'art. 8 par.4) lett. g) della direttiva quadro 2002.

⁹⁹ Altre linee guida fanno riferimento alle Direttive che tutelano i consumatori relativamente alle pratiche commerciali scorrette (Direttiva 2005/29/CE) e alle clausole abusive stipulate nei contratti con i consumatori (Direttiva 93/13/CEE).

¹⁰⁰ Il BEREC prevede diversi metodi di divulgazione delle informazioni, idonee a massimizzare il grado di trasparenza del mercato: l'approccio a cascata, che consente la messa a disposizione graduale delle informazioni a livelli di dettaglio sempre più specifici; la rappresentazione grafica; strumenti di informazione in tempo reale; la differenziazione graduale delle informazioni a livelli di dettaglio sempre più specifici; la rappresentazione grafica; strumenti di informazione in tempo

Il terzo capitolo concerne il tipo di informazioni da fornire sulle caratteristiche delle offerte, tra queste: i servizi e le applicazioni disponibili attraverso la sottoscrizione di una determinata offerta; la velocità di connessione rapportata al servizio; le eventuali restrizioni (limiti di utilizzo della banda oltre un tetto massimo, c.d. *Usage caps*); le differenziazioni dei prezzi.

Nel quarto capitolo si procede alla presentazione dettagliata dei diversi soggetti che operano come fonti di informazioni, con riguardo particolare agli ISP, alle ANR e agli intermediari privati; mentre il quinto e ultimo capitolo è dedicato alle buone prassi derivate dalle esperienze di alcuni regolatori nazionali e si conclude con una serie di raccomandazioni, tra cui:

“a) Lasciare agli ISP l'individuazione delle soluzioni atte a favorire la massima trasparenza, e intervenire soltanto nell'ipotesi in cui l'autoregolamentazione dovesse registrare un fallimento di mercato:

b) pubblicare linee guida in tema di trasparenza e net neutrality lasciando la regolamentazione di dettaglio alle forze di mercato, svolgendo al contempo un'azione di sostegno nello sviluppo dell'approccio di trasparenza indiretta, in cui un ruolo fondamentale nella disseminazione delle informazioni è svolto da soggetti terzi del mercato (come i siti di comparazione) che dovrebbero assicurare maggiore comprensibilità alle condizioni di offerta dei servizi pubblicate dagli ISP (approccio diretto);

c) adottare parametri indicativi, standard e requisiti circa la trasparenza e le modalità di fornitura delle informazioni rilevanti, compresi requisiti di comparabilità e verificabilità;

d) specificare direttamente il tipo di informazioni da fornire in relazione alle diverse tipologie di offerte presenti sul mercato, che richiederebbe comunque una condivisione con gli operatori circa le procedure e le metodologie da seguire per la raccolta dei dati.”¹⁰¹

L'8 dicembre 2011 viene pubblicato dal BEREC il documento *“A framework for quality of service in the scope of net neutrality”¹⁰²* avente come scopo la corretta

reale; la differenziazione delle informazioni in mibase alle categorie di utenti interessati.

¹⁰¹ Si veda documento AgCom, *Il dibattito internazionale concernente il principio di neutralità della rete: il punto di vista dei Regolatori*, p. 6.

¹⁰² BEREC, Documento n. 53/2011

attuazione dell'art. 22 (3) della direttiva sul Servizio Universale, la quale attribuisce alle ANR il potere di fissare livelli minimi di qualità dei servizi¹⁰³.

Tuttavia, le riflessioni relative al tema della net neutrality non si esauriscono soltanto alla tutela del consumatore e della concorrenza, le quali potrebbero giustificare una regolamentazione, ma si spostano nel campo d'azione dei legislatori nazionali ed europeo. Si ricordi la presentazione al Parlamento UE del rapporto *Network neutrality: challenges and responses in the EU and the US*, del 26 maggio 2011, commissionato dalla Direzione generale mercato interno della Commissione, nel quale si ribadisce la non necessarietà di regole ulteriori, rispetto a quelle introdotte con le modifiche del 2009, e il rischio che queste ultime possano addirittura rappresentare una minaccia alla libera concorrenza. Si ritengono invece lecite le pratiche di *traffic management*, viste favorevolmente per l'affermazione di nuovi modelli di *business* e per lo sviluppo della concorrenza. A seguito di questa iniziativa, il Parlamento UE ha approvato la risoluzione su “*l'apertura e la neutralità della rete internet in Europa*” (B7-0572/2011), con la quale si sollecitano la Commissione, il BEREC e le ANR di preservare il carattere aperto di internet, ponendo l'accento sui possibili risvolti discriminatori delle pratiche di gestione del traffico. La risoluzione, inoltre, invita i regolatori nazionali a esercitare “*i loro pieni poteri, ai sensi della direttiva sul servizio universale, per imporre livelli minimi di qualità del servizio e ritiene che la garanzia di qualità in relazione al traffico urgente non debba costituire un pretesto per abbandonare il principio del best effort*”, e ad agire congiuntamente alla Commissione. Le ANR sono anche esortate a “*garantire che gli interventi di gestione del traffico non comportino discriminazioni anticoncorrenziali o dannose*” dal momento che “*i servizi specializzati (o gestiti) non debbano ledere la tutela di uno stabile accesso a internet secondo il principio del best effort, promuovendo in tal modo l'innovazione e la libertà di espressione, garantendo la competitività ed evitando un nuovo divario digitale*”.

Anche in Europa, come si è precedentemente appurato e come d'altronde si verifica

¹⁰³ Sul tema della trasparenza ricordiamo anche il punto di vista del regolatore britannico, che ha pubblicato, nel novembre 2011, il rapporto “Ofcom's approach to net neutrality”, richiamando le conclusioni del BEREC e concordando con esso sulla centrale importanza di un'ampia informazione per i consumatori. Secondo il parere dell'Ofcom l'approccio preferibile sarebbe quello fondato sulla cooperazione tra gli ISP, non escludendo tuttavia una regolamentazione per garantire la trasparenza.

oltreoceano, l'interazione tra regolazione e misure antitrust è parecchio controversa e rilevante. Innanzitutto, bisogna ribadire che i maggiori beneficiari dell'applicazione ampia del concetto di neutralità della rete sono i cosiddetti *Over The Top* (OTT), i quali forniscono i loro servizi usando le infrastrutture degli operatori Telco, non apportando in questo modo alcuna modifica o miglioramento alle reti per gestire il traffico da essi generato, ma contribuendo solamente alla congestione di queste ultime. Sulla scorta di ciò, il Commissario europeo antitrust Joaquín Almunia ha recentemente affermato che avrebbe avviato iniziative antitrust qualora avesse riscontrato abusi di posizione dominante, data la particolare potenza dei fornitori *over the top*¹⁰⁴. Avendo appurato che la maggior parte dei grandi gruppi di telecomunicazioni abusavano della loro posizione dominante, restringendo, limitando o bloccando i servizi OTT (come *Skype* o *WhatsApp*), la Commissione ha avviato una serie di iniziative istruttorie per verificare le pratiche anticoncorrenziali di questi grandi operatori¹⁰⁵.

2.2.1 L'eventualità di un mercato unico delle telecomunicazioni.

Regole comuni in tema di net neutrality sono state recentemente inserite nel pacchetto “Un continente connesso”, voluto dall'ex Vicepresidente della Commissione europea Neelie Kroes e presentato nel settembre 2013. Il pacchetto comprende una comunicazione che chiarisce e giustifica l'intervento normativo e una proposta di regolamento, con la quale si vuole semplificare il regime di autorizzazione e le norme europee per gli operatori di telecomunicazioni, eliminare i costi del *roaming*, aumentare la tutela dei consumatori, garantire condizioni di assegnazione prevedibili e tempistiche coordinate per l'accesso allo spettro delle frequenze. A completare il pacchetto si inserisce una raccomandazione che si propone di promuovere la concorrenza e gli investimenti per l'innovazione delle reti

¹⁰⁴ P. LICATA, *Almunia: “Successo Ott non li autorizza ad abusi di posizione dominante”*, 12 nov. 2013, in *Corriere delle Telecomunicazioni*
http://www.corrierecomunicazioni.it/tlc/24231_almunia-successo-ott-non-li-autorizza-ad-abusi-di-posizione-dominante.htm.

¹⁰⁵ Nel luglio 2013 i funzionari dell'UE hanno condotto ispezioni nelle sedi di Deutsche Telekom, Orange e Telefonica.

ad alta velocità. L'art. 23 della proposta di regolamento¹⁰⁶ riguarda nello specifico il principio di neutralità della rete, vieta ai fornitori di servizi di “*bloccare, rallentare, degradare o discriminare specifici contenuti, applicazioni o servizi di internet*”, e garantisce ai consumatori “*un accesso alla rete completo e aperto, indipendentemente dal costo dell'abbonamento o dalla velocità della connessione, fatta eccezione per i casi in cui sarà necessario applicare misure di gestione ragionevole del traffico*”. Queste misure, in particolare, dovranno essere trasparenti, non discriminatorie e proporzionate, al fine di poter attuare una disposizione legislativa o un provvedimento giudiziario, preservare l'integrità e la sicurezza della rete, impedire la trasmissione di comunicazioni indesiderate dagli utenti (qualora essi stessi abbiano espresso previamente il loro consenso a tale restrizione), e minimizzare gli effetti di una temporanea congestione della rete. Tutto questo non preclude alle imprese di fornire dei servizi “specializzati” di qualità superiore (come ad esempio TV via internet, le applicazioni per la diagnostica per immagini ad alta risoluzione, per le sale operatorie virtuali, per i servizi *cloud* ad alta intensità di dati), purché questi servizi non interferiscano con la velocità di connessione che spetta agli altri clienti.

Tale proposta di regolamento è stata esaminata in prima lettura dal Parlamento europeo, che il 3 aprile 2014 ha approvato una risoluzione legislativa, con l'introduzione di alcune modifiche al testo originale che riguardano sostanzialmente un rafforzamento del principio di neutralità della rete: “*l'accesso a internet deve essere garantito indipendentemente dalla sede dell'utente finale o del fornitore e dalla localizzazione, dall'origine o dalla finalità del servizio, delle informazioni e dei contenuti*”¹⁰⁷. Inoltre il Parlamento europeo ha affermato che la capacità della rete deve essere sufficiente per fornire i servizi specializzati in aggiunta a quelli di accesso a internet, senza pregiudicarne la velocità o la qualità.

Il Pacchetto di norme ha, come si è visto, il fine ultimo di realizzare e tutelare un mercato unico delle telecomunicazioni all'interno dell'Unione Europea, attraverso l'armonizzazione delle norme e delle tariffe per i servizi telefonici (auspicando la fine

¹⁰⁶ Art. 23 della Proposta di regolamento, *Libertà di fornire e di usufruire di un accesso a internet aperto e gestione ragionevole del traffico*.

¹⁰⁷ Si veda *European Parliament votes to end roaming charges, expand consumer rights and make it easier to create better telecoms*, in <http://europa.eu/>

dei costi di *roaming*, ovvero di sovrapprezzi per chiunque usi il telefono in altri Paesi dell'Unione), e attraverso la fissazione di una serie di regole in tema di net neutrality che allontanano la rete dal pericolo di derive monopolistiche. In particolare, per quanto riguarda le misure finalizzate all'eliminazione dei costi di *roaming*, prevista entro il 15 dicembre 2015, il Pacchetto propone l'eliminazione di sovrapprezzi per le chiamate intraunionali, per garantire e favorire il mercato unico. Gli operatori non potranno più far pagare le chiamate ricevute dall'utente quando si trova all'estero e ciò migliorerà le aspettative dei consumatori, nonché le entrate delle imprese. *“La nostra proposta sul roaming – afferma l'allora Vicepresidente Kroes – migliora le norme già in vigore e offre agli operatori l'incentivo di introdurre progressivamente offerte al dettaglio che applicano ai servizi di roaming le stesse tariffe dei servizi nazionali (roaming alle tariffe nazionali). Si pone fine in questo modo alle distinzioni ingiustificate tra i prezzi per le chiamate nazionali e internazionali intra-UE”*.

Quanto alla net neutrality, si parte dal presupposto che non esista una chiara normativa in materia né tutele giuridiche vere e proprie per far sì che gli utenti esercitino pienamente il loro diritto di accesso aperto a Internet. A parte pochi esempi (Paesi Bassi e Slovenia), la maggior parte degli Stati membri non ha ancora adottato una legge effettiva sulla questione e c'è il rischio, a detta della vicepresidente della Commissione, che, senza un intervento dell'UE, si possa verificare una ulteriore frammentazione del mercato, con relative complicazioni specie nella gestione integrata delle reti multiterritoriali¹⁰⁸. La proposta, dunque, definendo regole precise e chiare per la gestione del traffico internet, la quale deve essere trasparente, non discriminatoria e proporzionata, intende garantire e proteggere un'internet aperta. Ciò non precluderebbe alle aziende la possibilità di differenziare le proprie offerte e di farsi concorrenza, ma a condizione che *“venga rispettato un prerequisito fondamentale: la qualità di un'internet aperta non deve*

¹⁰⁸ Secondo quanto affermato dal documento della Commissione Europea: “l'esempio più tipico di gestione inaccettabile del traffico da parte degli operatori è il blocco e la strozzatura dei servizi P2P e VoIP: circa il 21% degli internauti da rete fissa e circa il 36% di quelli da rete mobile subiscono questo tipo di restrizioni. Questa situazione è deleteria per i consumatori, che non godono di un accesso pieno a internet; per i fornitori di applicazioni e contenuti, che non hanno la garanzia di raggiungere i consumatori e a cui viene preclusa la possibilità di innovare nel lungo termine; per gli operatori, che si trovano ad affrontare approcci divergenti alla gestione del traffico nei diversi Stati membri e che non sono incoraggiati a creare nuovi modelli di business, ma semplicemente a proteggere vecchie/attuali fonti di entrate tradizionali e legate al territorio, come le chiamate vocali.”

essere compromessa”. Inoltre, per soddisfare le richieste dei consumatori, i fornitori di servizi possono accordarsi con i fornitori di accesso a internet al fine di ottenere una migliore qualità del servizio (“servizi specializzati”). *“Grazie a queste offerte – prosegue la proposta - gli operatori di tlc potranno percepire ulteriori entrate provenienti sia dagli OTT che dai fornitori di contenuti e dai consumatori disposti a pagare per avere servizi migliori o più veloci. A loro volta, tali entrate permetteranno agli operatori di finanziare gli investimenti per ammodernare e ampliare le reti.”* Tali servizi specializzati non devono però pregiudicare o peggiorare la qualità dei servizi normali, i cui livelli minimi di qualità saranno stabiliti dalle ANR congiuntamente alla Commissione. I risultati auspicati da questa proposta comporteranno per le imprese una spinta ad innovare; per i consumatori un'ulteriore tutela e garanzia di servizi di qualità; e per gli operatori europei lo sviluppo di nuovi modelli commerciali su scala “paneuropea”, il tutto con il fine ultimo di gettare le basi concrete per creare un mercato unico e una Europa connessa. Tale proposta, secondo la vicepresidente Kroes, crea delle condizioni ottimali per gli utenti finali, i fornitori di contenuti e i fornitori di servizi internet.

Il pacchetto legislativo per un “continente connesso” contiene inoltre nuovi diritti per i consumatori, come quello di avere contratti chiari e semplici nella forma, comprensibili e trasparenti, di poter facilmente passare da un operatore ad un altro e di poter recedere senza complicazione da qualsiasi contratto.

Il testo della Commissione, tuttavia, è stato particolarmente contestato dalle associazioni dei consumatori e dagli attivisti dei diritti di internet. In particolare l'associazione francese *La Quadrature du Net*, a tutela dei diritti digitali, lancia l'allarme per quanto attiene la salvaguardia della net neutrality in Europa, affermando che l'autorizzazione degli accordi tra operatori e *over the top*, voluti dal testo di Kroes per la creazione di servizi specializzati, possa in qualche modo minacciare il suddetto principio e in generale la natura aperta della rete, creando delle corsie preferenziali. La frase *“The provision of specialised services shall not impair in a recurring or continuous manner the general quality of internet access services”*, contenuta nell'art. 23 del Pacchetto Kroes, è infatti ritenuta ambigua e impresentabile sul piano normativo. L'introduzione di una dimensione prioritizzata, per gli utenti che decideranno di pagare un prezzo più alto per avere servizi di qualità avanzata,

sarà, a detta delle associazioni, intrinsecamente discriminatoria e dipenderà dalle decisioni degli operatori e dalle risposte dei loro clienti. La banda della rete “neutrale”, quella destinata a servizi normali e non specializzati, sarà di sicuro la parte meno profittevole per gli operatori e si potrebbe facilmente immaginare come questi ultimi non impiegherebbero le stesse risorse ed investimenti che dedicherebbero all'offerta prioritizzata, con la conseguenza del peggioramento del *best effort*. Inoltre, ad allarmare ulteriormente *La quadrature du Net*, si aggiungono le parole del nuovo presidente della Commissione, Günther Oettinger, postate sul suo blog ufficiale, che prospettano il sacrificio della net neutrality e di altri principi di accessibilità per garantire una maggiore copertura della banda larga in zone rurali fin ora non coperte dal servizio. Oettinger, per incentivare gli interventi delle aree rurali, propone una soluzione simile a quella già avviata nel settore dell'energia: per le nuove linee di distribuzione le aziende potrebbero essere esentate dalla richiesta di offrire ai concorrenti l'accesso alle linee¹¹⁰.

In questo modo, secondo il parere dell'associazione francese di salvaguardia dei diritti digitali, i grandi operatori sarebbero inevitabilmente favoriti rispetto ai piccoli, vanificando il principio di neutralità e la corretta concorrenza. Quello che le associazioni come *La Quadrature du Net* auspicano e rivendicano è una neutralità della rete effettiva, a garanzia dell'innovatività di internet. La garanzia che qualora una *startup* lanciasse un servizio innovativo, esso viaggerebbe in rete senza ricevere discriminazioni, è una condizione necessaria per la natura aperta di internet. La fine della neutralità della rete significherebbe quindi la fine dell'innovazione e l'aumento del potere degli operatori¹¹¹.

Recentemente anche il sottosegretario alle Comunicazioni, Antonello Giacomelli, come presidente di turno del Consiglio dei Ministri delle Telecomunicazioni dell'UE, ha ribadito che: *“L’affermazione di una rete aperta, libera, non discriminatoria ha bisogno di due presupposti. Il primo consiste in una adeguata regolamentazione, perché affermare il solo principio di neutralità della Rete, senza regolamentazione, porterebbe alla sua sconfessione di fatto. La seconda considerazione – prosegue Giacomelli – è che il realizzarsi di un accordo diretto tra gli operatori e gli Over the*

¹¹⁰ In proposito si veda l'articolo *Net neutrality, minaccia italiana*, in <http://punto-informatico.it/>

¹¹¹ Anche l'EDRi è intervenuta in difesa della neutralità, producendo dei documenti destinati alla Presidenza italiana dello scorso semestre europeo.

top (Facebook, Google, Microsoft, Apple, Amazon, e anche Netflix, ndr), senza alcun ruolo delle istituzioni, alzerebbe una barriera finanziaria per i nuovi entranti e frenerebbe l'innovazione che è sempre stata il motore dello sviluppo di internet".

Nonostante l'importanza e la centralità di regole chiare e fisse in tema di neutralità, le perplessità restano forti e la diversità di posizioni tra i ministri degli Stati membri rende impossibile una immediata attuazione del pacchetto, che è ad oggi ancora in fase di mediazione. A creare i maggiori disagi, non solo la definizione di net neutrality derivante dalla dichiarazione del governo italiano dello scorso 21 novembre, molto contestata³ ma anche e soprattutto le decisioni sui costi di *roaming*: non c'è accordo sul *fair use*, cioè fino a quale soglia di consumo possono essere applicate oltrefrontiera le tariffe del proprio gestore nazionale. Per questi motivi, le decisioni in fatto di *roaming* slitteranno nel 2015, dopo le osservazioni del BEREC. Dopo il vertice dei Ministri Europei, tenutosi il 27 novembre scorso, e le prove d'intesa con il Parlamento UE, in dicembre, si passerà la questione alla Presidenza lettone che inizierà nel gennaio 2015.

2.3 Profili comparati in materia di net neutrality.

Pur nella consapevolezza che un'indagine approfondita sulla net neutrality dovrebbe coinvolgere l'analisi di un più ampio numero di Paesi, l'attenzione si è concentrata su quelli che attualmente hanno risposto in maniera più concreta a tale problematica, taluni avendo già attuato una legislazione in merito (Paesi Bassi, Cile e Brasile), altri predisponendosi ad accogliere tali normative negli ordinamenti interni (Italia, Spagna, Francia, Germania) .

³ La parte più controversa del documento italiano afferma che " le misure di gestione del traffico che bloccano, rallentano, alterano, degradano o discriminano specifici contenuti, applicazioni o servizi" potrebbero essere adottate dagli Internet service provider sotto determinate condizioni tra cui "la prevenzione di comunicazioni non richieste", e la "prevenzione di una congestione temporanea dei servizi" o ancora per rispettare "gli obblighi contrattuali verso gli utenti finali per garantire la qualità del servizio", tutto ciò comporterebbe il degrado del concetto di net neutrality. Sul punto si veda articolo *Net neutrality: la mediazione italiana rischia di indebolire la scelta Ue* , in www.repubblica.it

In Italia, il principio di neutralità della rete non ha una vera e propria normativa, bensì si è affermato principalmente in via giurisprudenziale, specie a seguito della decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato di sanzionare, ai sensi del Codice del Consumo⁴, l'omessa informazione agli utenti dei sistemi di filtraggio su linee ADSL al fine di limitare l'accesso ad alcuni siti internet e programmi *peer to peer*.

Più di recente, come si è avuto modo di analizzare nel precedente capitolo, un importante contributo sul tema della neutralità della rete è emerso dalle conclusioni della consultazione pubblica svolta dall'Autorità per le garanzie delle comunicazioni (AgCom), terminata nel gennaio 2012⁵. Dalle conclusioni in questione emergono dei consensi dei soggetti consultati su una serie di aspetti, in particolare:

- le politiche di *pricing* e di *traffic management* che non costituiscono di per sé una violazione dei principi cardine della net neutrality, e cioè di libertà, equità, efficienza, trasparenza e non discriminazione;
- la presenza di una serie di norme che tutelino gli utenti;
- la verifica della necessità di ulteriori interventi regolamentari per assicurare e garantire l'informazione adeguata ai consumatori;
- l'opportunità di un approfondimento del rapporto tra neutralità della rete e libertà della rete.

Il proposito di una “costituzionalizzazione” di internet sta iniziando a vedere la luce con la *Dichiarazione dei Diritti in Internet*⁶ voluta fortemente dal giurista Stefano Rodotà, il quale, riferendosi al tema della net neutrality, ha dichiarato all'*Internet Governance Forum*, tenutosi il 25 novembre scorso alla Camera dei deputati: “*La net neutrality, e il riconoscimento della net neutrality, non può ignorare il fatto che ci sono soggetti di un straordinario potere economico e non si può semplicemente affermare la net neutrality, ma si deve considerare anche la dimensione concorrenziale, tra questi determinati soggetti*”.

La necessità di una carta costituzionale della rete si fa sempre più impellente data la grande pervasività di internet, e la sua attitudine a modificare e ridefinire lo spazio

⁴ Decreto Legislativo n. 206/2005.

⁵ Consultazione pubblica AgCom di cui alla delibera 714/11/CONS.

⁶ Si tratta di una Dichiarazione, non di una proposta di legge: la Dichiarazione è un contributo al pubblico dibattito che indica una direzione per i possibili sviluppi normativi a tutti i livelli, da quello legislativo nazionale ai trattati internazionali.

pubblico e privato , a ristrutturare i rapporti tra le persone e tra queste e le istituzioni. Una Dichiarazione dei Diritti in Internet è, quindi, uno strumento indispensabile per dare un fondamento concreto e costituzionale ai principi e diritti della rete in una dimensione sovranazionale⁷.

“Questa Dichiarazione dei diritti in Internet è fondata sul pieno riconoscimento di libertà, eguaglianza, dignità e diversità di ogni persona... Internet si configura come uno spazio sempre più importante per l'autorganizzazione delle persone e dei gruppi e come uno strumento essenziale per promuovere la partecipazione individuale e collettiva ai processi democratici e l'eguaglianza sostanziale⁸.”

La Dichiarazione dei diritti in Internet consta di 13 articoli, tutti di pari importanza e dignità, che elencano i diritti fondamentali dell'utilizzo di Internet. Per quanto riguarda il principio di neutralità della rete, esso è trattato dall'articolo 3, nel quale si legge:

“Ogni persona ha il diritto che i dati che trasmette e riceve in internet non subiscano discriminazioni, restrizioni o interferenze in relazione al mittente, ricevente, tipo o contenuto dei dati, dispositivo utilizzato, applicazioni o, in generale, legittime scelte delle persone.

La neutralità della Rete, fissa e mobile, e il diritto di accesso sono condizioni necessarie per l'effettività dei diritti fondamentali della persona. Garantiscono il mantenimento della capacità generativa di Internet anche in riferimento alla produzione di innovazione. Assicurano ai messaggi e alle loro applicazioni di viaggiare online senza discriminazioni per i loro contenuti e per le loro funzioni”.

I dati che viaggiano in rete vengono ricevuti o trasmessi dagli utenti a seguito di una precondizione fondamentale e necessaria: l'accesso a Internet. Una volta in Internet, a pagamento o mediante una postazione pubblica, l'utente può raggiungere qualsiasi altro nodo della rete senza ulteriori pagamenti e senza limiti o blocchi. La grande evoluzione tecnologica, come si è già avuto modo di analizzare, ha fatto in modo che i fornitori di servizio possano favorire determinati tipi di traffico a discapito di altri. E' dunque la tecnologia, in potenziale e costante sviluppo, a consentire di

⁷ Una specificazione dei principi riguardanti il funzionamento di internet, in prospettiva globale, è costituito dall'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

⁸ *Dichiarazione dei diritti in Internet*, Testo elaborato dalla Commissione per i diritti e i doveri in Internet costituita presso la Camera dei deputati.

discriminare i diversi flussi nella rete, attribuendo un potere enorme, e in progressiva crescita, ai fornitori di servizio, che possono diventare determinanti in ambiti sempre più importanti, quali l'economia, la politica e la vita personale. E' necessario allora, a detta della commissione presenziata da Rodotà, un divieto di discriminazione a priori, che tuteli la libertà di espressione, la libertà di attività economica, la libertà di accesso alle informazioni e le altre libertà rese possibili dalla rete in una società democratica.

Tale Dichiarazione dei diritti in Internet è ancora sotto forma di bozza, oggetto di una consultazione pubblica avviata dalla Commissione di studio istituita presso la Camera dei Deputati, che si propone di raccogliere contributi degli utenti e di chiunque sia interessato a commentare gli articoli della bozza. La raccolta dei contributi è iniziata il 27 ottobre 2014 e terminerà il 27 febbraio 2015, alla scadenza del termine la Commissione di studio raccoglierà i contributi pervenuti, li pubblicherà e li valuterà al fine di formulare il testo definitivo della Dichiarazione dei diritti in Internet.

Altro esempio di tentativo di codificazione dei diritti digitali è rintracciabile nel *Real Decreto 899/2009*⁹, adottato in Spagna nel 2009. Si tratta di una Carta dei diritti dell'utente dei servizi di comunicazione elettronica, che raccoglie le disposizioni di una serie di diritti già riconosciuti e disciplinati e ne aggiunge di nuovi. L'art. 3 di tale decreto garantisce e tutela il diritto di ottenere una connessione a una rete telefonica pubblica da un'ubicazione fissa, che semplifichi l'accesso a internet, nonché il diritto di ricevere servizi di comunicazioni elettroniche con “*garanzia di qualità ed un'informazione comparabile, pertinente e aggiornata sulla qualità dei servizi di comunicazioni elettroniche disponibili*”, e infine il diritto alla protezione dei dati personali¹⁰. Inoltre all'art. 5 si dispone l'impossibilità da parte dell'operatore di applicare un'offerta “*la cui velocità pubblicizzata sia superiore alla velocità massima permessa dalla tecnologia utilizzata*”, mentre all'art.16 si prevede un indennizzo per l'interruzione temporanea del servizio di accesso a internet.

Nel 2014 è stata poi approvata la nuova legge sulle comunicazioni: la *Ley 9/2014, de*

⁹ *Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas*

¹⁰ Sul sito del governo spagnolo è disponibile una scheda sul contenuto della Carta dei diritti dell'utente delle telecomunicazioni.

9 de mayo, *General de Telecomunicaciones*, il cui art. 3 si propone l'obiettivo di difendere gli interessi degli utenti, garantendo loro il diritto di accesso ai servizi di comunicazioni elettroniche in adeguate condizioni di prezzo e qualità. Gli utenti finali devono poter accedere liberamente alla rete pubblica di comunicazioni elettroniche da un'ubicazione fissa, a una velocità sufficiente per consentire l'accesso a internet, *“tale connessione deve permettere comunicazioni di dati in banda larga a una velocità di downstream di 1 Mbit al secondo”* (art.25)¹¹. All'art. 66 della legge 9/2014 si tutela la cosiddetta “neutralità tecnologica”, per cui *“nelle bande di radiofrequenze disponibili per i servizi di comunicazione elettronica si può impiegare qualsiasi tipo di tecnologia utilizzata per i servizi di comunicazioni elettroniche in conformità al diritto dell'Unione europea. Sono possibili restrizioni proporzionate e non discriminatorie ai tipi di tecnologia di accesso wireless o rete radioelettrica utilizzati per i servizi di comunicazioni elettroniche, quando ciò sia necessario per: evitare interferenze dannose; proteggere la salute pubblica dai campi elettromagnetici; garantire un uso efficiente dello spettro; garantire il raggiungimento di un obiettivo di interesse generale.”*

Ad adottare una specifica legislazione volta alla tutela della neutralità della rete, in cooperazione con l'azione dell'ANR, sono i Paesi Bassi, dove nel giugno 2011 la *House of Representatives* del Parlamento olandese ha adottato un emendamento alla legge sulle telecomunicazioni che recepisce le direttive europee del 2009. Tramite l'emendamento in questione si vieta agli operatori di rete e agli ISP di imporre misure di blocco o degradazione del traffico, inoltre, non si ammettono sovrapprezzi per l'uso di particolari applicazioni, come ad esempio l'accesso ai servizi VoIP. E' comunque ammessa una differenziazione tariffaria, ma solo nel caso in cui sia generica e comporti la determinazione di un tetto massimo di banda utilizzabile, e non precluda l'accesso a determinati servizi. In casi particolari, tuttavia, sono previste forme di blocco o limitazione del traffico, specie quando questi sono funzionali ad evitare una congestione della rete, a tutelare l'integrità e la sicurezza di internet e a limitare l'invio di pacchetti indesiderati dagli utenti (*spamming*), nel caso in cui essi

¹¹ La Strategia Nazionale di reti ultrarapide deve adoperarsi per raggiungere gli obiettivi stabiliti dall'Agenda digitale per l'Europa e dall'Agenda Digitale per la Spagna e per assicurare una connessione che cresca progressivamente, al fine di raggiungere entro il 2017 una velocità minima di 10 Mbit al secondo, e, entro il 2020, una velocità minima di 30 Mbit al secondo, consentendo ad almeno il 50% delle famiglie l'accesso a servizi di velocità superiore a 100 Mbit al secondo.

abbiano espressamente manifestato la propria volontà in tal senso. Le regole sulla net neutrality non trovano però applicazione nei cosiddetti servizi *managed*, quindi non sono previsti divieti di blocco e limitazione nei servizi IPTV. La legislazione olandese in tema di neutralità della rete rappresenta una novità e un caso molto particolare nel panorama europeo, ed è stata avviata in stretta cooperazione con l'OPTA, l'autorità nazionale di regolamentazione, la quale ha dato il via, nel giugno 2011, ad un'indagine conoscitiva sull'utilizzo delle tecniche di *deep packet inspection* (DPI) da parte di alcuni operatori mobili¹². Dalle risultanze di questa indagine, che hanno mostrato come l'uso di queste pratiche di gestione del traffico non abbiano portato alla violazione della riservatezza delle comunicazioni degli utenti, si è avviato l'intenso dibattito parlamentare sulla net neutrality che ha portato alla stesura della norma.

Negli ordinamenti degli altri Stati membri dell'Unione Europea non esiste una vera e propria legislazione specifica in materia di net neutrality, ma la disciplina di tale principio è affidata ai regolatori nazionali, come nel caso dell'OFCOM in Regno Unito, il cui punto di vista sulla questione è racchiuso nell' "*OFCOM's approach to net neutrality*" analizzato in precedenza, oppure è racchiusa all'interno delle altre disposizioni normative riguardanti le comunicazioni elettroniche in generale. In Francia, ad esempio, il principio di neutralità della rete è riconosciuto e assicurato dal "*Code des Postes et des communications électroniques*", in particolare all'art.32-1. Il codice riconosce tale principio sia nella sua dimensione economica, imponendo obblighi di trasparenza agli operatori, specie per quel che riguarda la gestione del traffico e di garanzia della effettiva concorrenza tra le reti e tra i fornitori di servizi, sia nella sua accezione sociale, con misure volte a favorire il libero accesso degli utenti finali. L'autorità nazionale di regolamentazione francese, l'*Autorité de régulation des communications électronique et des postes* (ARCEP), ha inoltre il potere di impedire eventuali violazioni di tale principio e di stabilire livelli minimi di qualità dei servizi erogati¹³.

Nell'ordinamento tedesco, invece, non si riscontra una specifica normativa in materia di neutralità della rete e diritto di accesso, ma, a riguardo, si segnala una recente

¹² Tra cui KNR, Vodafone, T-Mobile, Tele2.

¹³ Si veda *Codes des Postes et des communications électroniques*, art. da L36-1 a L36-13

pronuncia della Corte di Cassazione federale, del 24 gennaio 2013¹⁴, in cui viene riconosciuto il diritto al risarcimento ad un cittadino che, per un cambio tariffario, era stato privato della connessione ad internet per due mesi. La Corte ha, infatti, ritenuto Internet come una componente importante, quasi indispensabile, della vita moderna, ponendo il diritto di accesso sullo stesso piano di quello alla mobilità. L'allora Ministro federale della giustizia, Sabine Lautheusser-Schnarrenberger (FDP), ha ribadito quanto la sentenza in questione sia una conferma del ruolo fondamentale della rete nel diritto dell'informazione, e del diritto d'accesso a Internet come diritto inalienabile dei cittadini.

Ultimamente, sempre in Germania, nella seduta plenaria del 18 aprile 2013, è stata presentata al *Bundestag* la Relazione finale della Commissione di indagine su Internet e la società digitale¹⁵, che, a partire dal maggio 2010, ha analizzato e approfondito le problematiche dell'utilizzo della rete. La Commissione, costituita da 17 deputati e 17 esperti nominati dai gruppi parlamentari, è stata organizzata e divisa in diversi gruppi tematici, tra cui: diritto d'autore, neutralità della rete, protezione dei dati e dei diritti della persona, *internet governance*, tutela del consumatore. Il ruolo di Internet è stato ritenuto fondamentale nello sviluppo dell'economia e della democrazia digitale, infatti, tra le raccomandazioni contenute nella disposizione finale è stata inserita la proposta di insediare una commissione parlamentare permanente che si occupi di politica della rete (*Netzpolitik*). La proposta è stata attuata dalla nuova legislatura, iniziata a ottobre 2013, con l'approvazione della mozione, presentata dai gruppi parlamentari (CDU/CSU, SPD, Sinistra e Verdi), per l'istituzione della Commissione per l'Agenda digitale (*Ausschuss Digitale Agenda*)¹⁶. Per ritrovare un altro esempio di legislazione a tutela della net neutrality bisogna guardare oltreoceano e citare il caso del Cile, dove, nell'agosto 2010, è stata promulgata una legge che codifica il suddetto principio. La legge 20.453 *Principio de la neutralidad en la red*, entrata in vigore nel maggio 2011, dopo tre anni di discussione parlamentare, integra la normativa vigente in tema di telecomunicazioni con tre nuovi articoli volti a vietare le discriminazioni del traffico in rete e a imporre obblighi di trasparenza ai fornitori di servizi. Mediante tale normativa, viene stabilito

¹⁴ BGH, Urteil vom 24.01.2013 – III ZR 98/12.

¹⁵ Enquete-Kommission Internet und die digitale Gesellschaft.

¹⁶ 11 febbraio 2014, stampato BT n. 18/482.

il divieto di bloccare, interferire, discriminare, occultare o restringere arbitrariamente contenuti, applicazioni o servizi legalmente utilizzati dagli utenti e, parallelamente, viene riconosciuto ai consumatori il diritto di utilizzare, inviare, ricevere o offrire qualsiasi contenuto, servizio o applicazione, senza subire limitazioni. L'obbligo di trasparenza delle informazioni in capo agli ISP viene più volte ribadito dalla legge, e sono consentite pratiche di traffic management finalizzate a tutelare la privacy, la sicurezza della rete e la protezione contro i virus. E' a tal fine che all'art. 3 della legge si prevede la pubblicazione di un regolamento che elenchi precisamente le pratiche ritenute illecite poiché contrarie alla libera utilizzazione dei contenuti veicolati in rete, e al quale si affida la responsabilità di individuare le condizioni minime di qualità imposte agli ISP e le informazioni rilevanti ai fini dell'obbligo di trasparenza¹⁷. Tale regolamento¹⁸ è stato adottato dall'autorità di regolamentazione di settore cilena, *Subtel*, che ha successivamente proposto nel 2011 ulteriori emendamenti alla legge per garantire maggiore controllo sugli ISP per il rispetto dei citati obblighi.

Ultimamente, tuttavia, il Paese che più di tutti si è rivelato attivo e concreto nell'attuazione di una apposita normativa per il web è il Brasile, dove il 23 aprile 2014 si è approvata la prima Carta dei Diritti di Internet, il cosiddetto *Marco Civil*. La legge n.12965, approvata in maniera conclusiva dal Senato dopo un *iter* di modifiche che parte dal 2007, è stata firmata dal Presidente brasiliano Dilma Rousseff in apertura della conferenza *Net Mundial*, un evento dedicato alla governance mondiale della rete. Il disegno di legge ha inoltre subito un'accelerazione in conseguenza alle rivelazioni dell'ex analista della Nsa, Edward Snowden, dalle quali è emerso che gli Stati Uniti monitoravano le comunicazioni del presidente brasiliano. A seguito di questo episodio Rousseff non ha fatto mistero di considerare l'approvazione della "Costituzione del web" come una priorità per il governo da lui presieduto.

Il *Marco Civil* "*stabilisce principi, garanzie, diritti e doveri per l'uso di Internet in Brasile e determina le linee guida per gli atti dell'Unione Federale, degli Stati, del Distretto federale e dei Comuni in tale ambito*", come ricorda l'art. 1 della legge. Il

¹⁷ Trasparenza sulle condizioni contrattuali, quali la velocità di accesso e di connessione, i dispositivi di gestione del traffico usati.

¹⁸ Decreto 348 del 2010 recante "*reglamento que regula las características y condiciones de la neutralidad de la red*."

testo prosegue con l'elenco dei fondamenti della Carta, di quei principi cardine che la legge si propone di tutelare e garantire e che sono, nello specifico: il rispetto della libertà di espressione, la neutralità della rete, la protezione dei dati personali, la custodia della natura partecipativa della rete¹⁹. Gli obiettivi della Costituzione del web vengono poi menzionati nell'art. 4, nel quale si fa riferimento al “diritto universale di accesso” a Internet come preconditione necessaria per salvaguardare gli altri diritti della rete²⁰, correlato al diritto di accesso alle informazioni e a quello di “partecipazione alla vita culturale e alla gestione della cosa pubblica”. All'art. 7 di suddetta legge, infatti, si qualifica l'accesso a Internet come “essenziale per l'esercizio della cittadinanza”, e la preconditione per il pieno esercizio di questo diritto risiede nella garanzia del diritto alla vita privata e alla libertà di espressione²¹. Il *Marco Civil* inoltre tutela e garantisce la net neutrality, e proprio tale aspetto fa della normativa una vera e propria rivoluzione nella storia di Internet. Viene infatti vietato alle compagnie di telecomunicazione di costruire delle corsie preferenziali per la veicolazione di alcuni servizi, a discapito di altri. L'art. 9 della Carta dunque, così recita:

“Il responsabile della trasmissione, commutazione o instradamento è tenuto a riservare a tutti i pacchetti di dati lo stesso trattamento, indipendentemente dal contenuto, origine o destinazione, servizio, terminale o applicazione.

§1. la discriminazione o la degradazione del traffico sono regolamentate ai sensi delle prerogative esclusive del Presidente della Repubblica di cui al punto IV dell'art. 84 della Costituzione federale, ai fini della scrupolosa esecuzione della presente Legge, sentiti il Comitato di gestione di Internet e l'Agenzia nazionale delle telecomunicazioni”. La degradazione del traffico o la discriminazione sono ammesse solo in casi di emergenza o se sono ritenute indispensabili per l'adeguata prestazione dei servizi e delle applicazioni. In ogni caso, come continua il comma 3 del suddetto articolo: *“nella fornitura della connessione a Internet a titolo oneroso o gratuito, così come nella trasmissione, commutazione o instradamento, è vietato bloccare, monitorare, filtrare o analizzare il contenuto dei pacchetti di dati, fatte salve le disposizioni del presente articolo”.*

¹⁹ Legge n. 12965 - Art. 2

²⁰ Legge n. 12965 – Art.4

²¹ Legge n. 12965 – Art.8

Inoltre, l'art.18 riguarda la responsabilità dei *providers*, in particolare si legge che: “*il fornitore della connessione a Internet non sarà responsabilizzato civilmente per i danni derivanti dai contenuti generati da terzi*”, tutto questo per evitare che un'eccessiva responsabilizzazione degli intermediari possa sfociare in pratiche di censura di contenuti sgraditi. E' previsto infatti che il provider risulta responsabile solo nel caso di mancato intervento a seguito di una esplicita e precisa disposizione giudiziaria per rimuovere un contenuto illecito, ma la rimozione non deve contrastare con il diritto alla libera manifestazione del pensiero²². Infine, gli ultimi articoli sono dedicati al ruolo del web come aggregatore e fonte di partecipazione democratica del Paese.

La firma del Presidente Rouseff è stata accolta con benevolenza dai Paesi presenti alla conferenza internazionale del *Net Mundial*, e l'attuazione di una carta dei diritti di Internet rappresenta un ottimo esempio del ruolo attivo e propositivo dei governi per la salvaguardia di una rete aperta e libera, come tra l'altro è stato espresso dall'inventore del *World Wide Web*, Tim Berners-Lee, il quale consiglia agli altri Paesi di seguire l'esempio positivo del Brasile.

²² Legge n. 12965 – Art. 19.

CAPITOLO III

Il diritto d'accesso e la *governance* di Internet.

3.1 Analogie e differenze tra i concetti di net neutrality e net freedom.

Si è concordi nel ritenere che la piena attuazione del principio di neutralità della rete incida fortemente con diversi aspetti della realtà sociale, culturale e politica di ogni Paese. L'idea di una rete totalmente aperta e scevra da qualsiasi tipo di discriminazione va, infatti, di pari passo con la realizzazione di un ecosistema in cui regni la completa libertà di circolazione delle idee e informazioni, la libertà, da parte degli utenti, di accedere a tutte le tipologie di applicazioni e di contenuti, e, infine, la libertà di scegliere e usufruire dei servizi adeguati. L'attuazione di un tale scenario è indubbiamente favorita dall'applicazione del principio di neutralità, il quale avrebbe un ruolo fondamentale, a detta di molti *stakeholders*, non solo nel porre le basi per uno sviluppo culturale e sociale, in quanto accorcerebbe le distanze tra i cittadini e le istituzioni, faciliterebbe le fruizioni delle informazioni e darebbe un importante contributo all'alfabetizzazione informatica, ma anche per una crescita economica, attraverso l'incremento dell'innovazione tecnologica.

Nel corso della consultazione pubblica condotta dall'AgCom, ai sensi della delibera

n. 40/11/CONS²³, sono state sottoposte all'attenzione dei soggetti coinvolti tre macro-aree di ragionamento, proposte dall'Autorità, che esprimono i punti focali del dibattito intorno alla net neutrality. Tali aree sono:

- la tutela del consumatore;
- la tutela della concorrenza;
- la salvaguardia della natura aperta e libera della rete²⁴.

A proposito dell'ultimo punto di ragionamento, un aspetto particolarmente dibattuto riguarda proprio la scelta delle modalità di intervento proporzionate e adeguate per il raggiungimento, e la successiva tutela, di una rete totalmente aperta e neutrale. Secondo alcuni soggetti, in particolar modo operatori di rete, l'impiego delle pratiche di *traffic management* da parte degli ISP, senza limitazioni, avrebbe effetti positivi sulla vita sociale ed economica del Paese. Al contrario, una normativa stringente finirebbe per bloccare l'innovazione e lo sviluppo dei modelli di *business*, andando contro alle esigenze dei consumatori. *“La libertà degli operatori – proseguono alcuni contributi della consultazione – di applicare pratiche in grado di migliorare la qualità del servizio, potrà innescare quel circolo virtuoso necessario a distribuire le risorse secondo un meccanismo di mercato, massimizzando il benessere della collettività e garantendo la crescita economica del sistema europeo per il tramite del raggiungimento degli obiettivi dell'Agenda digitale²⁵”*.

Di tutt'altra opinione sono invece molti dei soggetti provenienti dal mondo dei fornitori di contenuti e delle associazioni, i quali si mostrano propensi ad una giusta azione di regolamentazione in tema di net neutrality, ritenendo che una normativa adeguata e proporzionata possa garantire ai consumatori maggiori tutele per il mantenimento di una rete aperta. L'idea essenziale di questa prospettiva risiede, infatti, nella convinzione che lasciare gli operatori totalmente incontrollati nelle loro pratiche di gestione del traffico, in assenza di una regolamentazione, porterebbe effetti negativi in generale e favorirebbe la creazione di un'internet a due velocità con il risultato di una crescente asimmetria nello sviluppo dell'intero sistema socio-economico.

²³ I contenuti di tale consultazione sono stati riassunti successivamente nella delibera n.714/11/CONS.

²⁴ Si veda allegato A alla delibera n.714/11/CONS, AgCom, pag 10.

²⁵ Si veda Allegato A alla delibera n. 714/11/CONS, AgCom, pag. 62.

All'interno di quest'ambito, diventa centrale il concetto di *net freedom*, e soprattutto il rapporto complesso tra questo e la net neutrality. Tracciare un confine preciso nella definizione di questi due principi è senz'altro difficoltoso e molti *stakeholders* intervenuti nella consultazione pubblica dell'AgCom hanno ipotizzato il rischio, incrementato dall'evoluzione progressiva di Internet, di ripercussioni sui valori costituzionali, la cui tutela, nel contesto della rete, viene concentrata nel concetto di *net freedom*. Tale espressione assume diversi significati, ma essenzialmente riguarda il pieno godimento di diritti costituzionalmente garantiti, come quelli di libertà di informazione e manifestazione del pensiero, di aggregazione e partecipazione alla vita politica, di accesso alle informazioni. Dai risultati dell'indagine condotta dall'Autorità si evince, tra i soggetti interessati, una convergenza di posizioni riguardo alla necessità di disporre delle regole per il funzionamento della rete che minimizzino il rischio di limitazioni ai diritti sopra menzionati, e che quindi possano evitare fenomeni di censura o controllo delle comunicazioni tra gli utenti. Il concetto di *net freedom*, dunque, racchiude la massima tutela dei diritti dei cittadini /utenti, e ciò può trovarsi paradossalmente in contrasto con un'accezione ampia del principio di neutralità. La garanzia di net neutrality, intesa come assenza di discriminazioni irragionevoli e ingiustificate, non implica necessariamente anche la tutela dei diritti costituzionalmente garantiti e della natura aperta e libera della rete. Sul punto si sono soffermati i diversi soggetti interessati nella consultazione, avanzando ipotesi e proposte di regolamentazione anche divergenti tra loro. Taluni, infatti, affermano che lasciare inalterate le condizioni per favorire lo sviluppo della concorrenza, anche attraverso la possibilità per gli utenti di cambiare operatore, non escluderebbe l'ipotesi di una limitazione della libertà di comunicazione ed informazione, che potrebbe essere provocata dalla promozione dei servizi gestiti al fianco di quelli erogati secondo la modalità *best effort*. La conseguente restrizione all'accesso a servizi e contenuti attuata dagli ISP, che potrebbe derivare da accordi privati o da legittime pratiche commerciali, potrebbe alterare i principi fondamentali di cui sopra, anche in un contesto in cui restano valide e tutelate le regole di concorrenza e del consumatore affermate nel Codice delle Comunicazioni elettroniche. Sarebbe quindi auspicabile, secondo alcuni soggetti, un'azione regolamentare pronta a bilanciare le esigenze commerciali delle reti e servizi, con la non compressione e la libera

circolazione dei contenuti²⁶.

Altri contributi raccolti dall'Autorità evidenziano, invece, i potenziali rischi di un intervento *ex ante* sulla salvaguardia della *net freedom*, preferendo la normativa *antitrust* rispetto a quella regolamentare. Qualsiasi azione dall'alto, secondo questo punto di vista, si configurerebbe come un limite agli investimenti e all'innovazione, dunque sarebbe controproducente sia a livello nazionale che sopranazionale²⁷.

Gli obblighi di trasparenza, in tale prospettiva, assumono grande importanza per fare in modo che le scelte degli utenti siano informate e consapevoli e che la rete resti aperta e libera. Inoltre, non sono da escludere a priori le pratiche di gestione del traffico, che potrebbero essere utili allo sviluppo, al pluralismo e all'apertura di Internet, garantendo l'accesso a tutti i contenuti e i servizi attraverso la fruizione da parte di un sempre più vasto numero di clienti e la razionalizzazione delle risorse.

Lo stesso requisito della trasparenza²⁸ tuttavia non appare sufficiente per coloro che invece ritengono necessario un intervento regolamentare a monte, atto alla definizione di una serie di norme che prevengano comportamenti discriminatori ed escludenti da parte degli operatori. Un operatore particolare, a riguardo, sostiene che la natura aperta e libera della rete non sia una caratteristica intrinseca di internet, ma sia piuttosto la conseguenza di scelte normative, dirette a scongiurare tendenze monopolistiche o antipluralistiche da parte degli ISP, dato il carattere transnazionale della rete, che rende ancor più semplice l'elusione e il superamento delle regole giuridiche imposte nei singoli Paesi. Gli strumenti di controllo di cui beneficiano gli operatori potrebbero quindi condizionare l'accesso ai servizi e ai contenuti, a meno che non si garantisca:

- la trasparenza delle modalità di funzionamento dei sistemi di classificazione del traffico e del funzionamento dei contratti;

²⁶ Si richiama il testo della Comunicazione della Commissione su *Open Internet and Net Neutrality* - 19 aprile 2011- che afferma quanto segue: “La trasparenza e la facilità di cambiamento di operatore costituiscono elementi determinanti per i consumatori quando scelgono o cambiano fornitore di servizi internet, ma probabilmente non costituiscono gli strumenti più adatti per porre rimedio a restrizioni generalizzate di accesso ai servizi o applicazioni leciti” (P.10).

²⁷ All'interno dell'Allegato A alla delibera n. 714/11/CONS, AgCom, pag. 55 si legge: “in tale prospettiva, specifico rilievo assumono le considerazioni dirette ai potenziali impatti negativi di un intervento *ex ante* a garanzia della neutralità della rete che, paradossalmente, rischia di produrre l'effetto di minacciare il valore della *net freedom*, intesa come pieno godimento dei diritti costituzionali di libertà di comunicazione e informazione, di manifestazione del pensiero, di aggregazione e accesso alla rete”.

²⁸ Si tratta di trasparenza delle condizioni di accesso ai servizi e nella gestione degli stessi.

- la non discriminazione tra servizi concorrenti.

Avendo riscontrato una quantità consistente di posizioni diverse sulla questione, non è univoco il parere sulla reale necessità di una regolamentazione in tema di net neutrality e sulla sua eventuale incidenza sui diritti fondamentali degli utenti, ma un punto convergente tra i partecipanti alla consultazione è rappresentato dal rapporto intercorrente tra la massimizzazione dei profitti degli operatori e la piena realizzazione della *net freedom*. Infatti, è opinione comune che, in assenza di condizionamenti esterni dovuti ad esigenze di controllo del traffico in rete, per motivi di sicurezza o censura, gli ISP sarebbero addirittura incentivati a tutelare e promuovere la libertà di comunicazione tra gli utenti.

Risulta evidente, quindi, la fitta relazione tra i concetti di net neutrality e *net freedom*, inteso come pieno dispiegamento di diritti costituzionalmente riconosciuti, come la libera manifestazione del pensiero, la libertà di comunicazione e il conseguente pluralismo delle informazioni, il diritto all'accesso alla rete, alla riservatezza dei dati personali, alla difesa dei contenuti legali online e alla tutela dei minori. La tutela dei suddetti valori è affidata all'Autorità, la quale svolge un ruolo di primo piano pur essendo affiancata da altri attori istituzionali interessati.

La vastità e la portata di tali questioni mette in luce ancora una volta la natura trasversale del concetto di neutralità della rete, che, intrecciandosi anche con la tutela dei diritti di vecchia e nuova generazione, si configura come un principio in divenire, i cui confini vengono continuamente ridefiniti di pari passo a quelli difficilmente tracciabili tra media tradizionali e nuove forme di fruizione dei contenuti.

A tal riguardo si riportano le parole di Tommaso Edoardo Frosini contenute ne *L'accesso a Internet come diritto fondamentale*²⁹: “*le tecnologie hanno rappresentato e continuano a rappresentare uno sviluppo delle libertà; anzi, le libertà si sono potute notevolmente accrescere ed espandere verso nuove frontiere dell'agire umano proprio grazie al progresso tecnologico*”. L'extraterritorialità della rete, inoltre, aumenta la difficoltà a pervenire ad un modello olistico di libertà, essendo internet uno strumento in grado di far esprimere gli utenti, di unirli in molteplici forme lasciate sempre alla scelta individuale.

²⁹ T. E. FROSINI, *L'accesso a Internet come diritto fondamentale*, contenuto in *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, a cura di E. BERTOLINI, V. LUBELLO, O. POLLICINO, che raccoglie i contenuti del convegno tenutosi presso l'Università Bocconi il 14 dicembre 2012.

Nel 1981 si espone per la prima volta la teoria di una *libertà informatica*³⁰, frutto di una visione liberale dello sviluppo tecnologico, inteso come catalizzatore del processo di evoluzione del diritto ed esercizio della libertà personale. Si può collocare tale concezione di libertà, che caratterizza una nuova frontiera della libertà umana nella società tecnologica, all'interno del filone del costituzionalismo contemporaneo. Nella versione del 1981 la libertà informatica veniva esposta nella sua accezione positiva e negativa, la prima esprimeva la facoltà di ognuno di poter controllare i dati riguardanti la propria persona e immessi in rete *“dunque libertà informatica positiva, o diritto soggettivo riconosciuto, di conoscere, correggere, di togliere o di aggiungere dati in una scheda postale elettronica”*. Quella negativa, invece, esprimeva *“il diritto di non rendere di dominio pubblico certe informazioni di carattere personale, privato, riservato”*³¹.

Con l'evoluzione della normativa, sia nazionale che europea, sulla tutela delle persone rispetto al trattamento dei dati personali, la nozione di libertà informatica ha trovato posto nel diritto positivo, subendo tuttavia una trasformazione, infatti la libertà di salvaguardare la propria riservatezza telematica è divenuta anche libertà di comunicare, esercitando la libertà di espressione attraverso gli strumenti di comunicazione automatizzata. Con Internet, dunque, il diritto di libertà informatica, come afferma chiaramente Frosini nel suo saggio, diventa: *“una pretesa di libertà in senso attivo, non libertà da ma libertà di, che è quella di valersi degli strumenti informatici per fornire e ottenere informazioni di ogni genere. E' il diritto di partecipazione alla società virtuale, che è stata generata dall'avvento degli elaboratori elettronici nella società tecnologica: è una società dai componenti mobili e dalle relazioni dinamiche, in cui ogni individuo partecipante è sovrano nelle sue decisioni”*. Si tratta, quindi, della facoltà di ognuno di poter, non solo comunicare, ma costituire un rapporto, di trasmettere e ricevere, attraverso gli strumenti messi a disposizione dallo sviluppo tecnologico.

È sicuramente vero il dato secondo cui non esista uno specifico fondamento costituzionale di suddetta libertà, e, come tra l'altro afferma M. Betzu nel saggio *Interpretazione e sovra-interpretazione dei diritti costituzionali nel cyberspazio*³², i

³⁰ T. E. FROSINI, pag.38.

³¹ T.E. FROSINI, L'accesso a Internet come diritto fondamentale, pag. 38.

³² Rinvenibile in www.rivistaaic.it n.4, 2012

diritti fondamentali rappresentano, sì, la giuridicizzazione di domande sociali, ma sono sempre statuiti dalla Costituzione. Tuttavia è necessario intraprendere uno sforzo normativo per mettere a fuoco l'esistenza e la legittimità di una libertà informatica, che racchiuda, senz'altro situazioni non sempre omogenee, ma unificabili dalla possibilità di archiviazione e utilizzo dei dati personali attraverso la tecnologia e ridimensionabili nella nozione costituzionalistica di libertà³³.

3.2 Il diritto di accesso a Internet.

Jeremy Rifkin, nel volume *L'era dell'accesso. La rivoluzione della new economy*³⁴, espone in maniera chiara e lucida la questione riguardante il diritto d'accesso a Internet: *“in un mondo sempre più imperniato su reti economiche e sociali mediate elettronicamente, il diritto di non essere esclusi – il diritto d'accesso – acquisisce un'importanza crescente. I paradigmi dell'inclusione e dell'accesso hanno ormai sostituito quelli di autonomia e possesso, caratterizzanti il concetto di proprietà in senso tradizionale: nella economia delle reti si va verso un concetto di proprietà non più inteso come potere di escludere gli altri dal godimento del bene proprio bensì come diritto di non essere esclusi dal godimento delle risorse accumulate dalla società”*.

Il diritto di accesso viene dunque considerato come un diritto sociale³⁵, al pari dell'istruzione, della sanità, della previdenza, e al tempo stesso un servizio universale, garantito dalle istituzioni nazionali, è per questo motivo che Frosini lo definisce come *“una pretesa soggettiva a prestazioni pubbliche”*. La ragione di tale definizione e dell'importanza che riveste suddetto diritto nella società contemporanea, risiede nella nuova tipologia di relazioni che ogni individuo intesse

³³ P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso a Internet* (Atti della tavola rotonda svolta nell'ambito dell'IGF Italia 2010), a cura di M.PIETRANGELO, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011.

³⁴ J. RIFKIN, *L'era dell'accesso. La rivoluzione della new economy*, 2001.

³⁵ T.E. FROSINI, *L'accesso a Internet come diritto fondamentale*, pag. 39, vedi supra.

con i pubblici poteri e, ancor di più, nella nuova visione di cittadinanza, che si concretizza attraverso l'accesso alla rete.

La cittadinanza digitale è senza dubbio uno degli aspetti più dirompenti e nebulosi del nuovo panorama di diritti e tutele dei cittadini /utenti. Emblematico è il riferimento alle disposizioni del Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD), approvato con il d.lgs. n. 82 del 2005, dalle quali si può estrarre una sorta di statuto del cittadino digitale, attraverso norme sul procedimento amministrativo informatico (art. 4), sul diritto di effettuare pagamenti elettronici con amministrazioni centrali (art. 5), sul diritto di comunicazione con posta elettronica (art. 6), e i conseguenti obblighi da parte dell'amministrazione di garantire un certo sviluppo tecnico per favorire tali servizi. Per poter attuare pienamente tale rapporto tra cittadino e amministrazione, lo Stato deve intraprendere la strada dell'alfabetizzazione informatica come diritto sociale, ritenuto tale anche dalla Corte Costituzionale, secondo cui esso è: *“corrispondente a finalità di interesse generale, quale è lo sviluppo della cultura, nella specie attraverso l'uso dello strumento informatico, il cui perseguimento fa capo alla Repubblica in tutte le sue articolazioni (art. 9 Cost.)”*³⁶.

Altro esempio significativo è da rintracciare nella legge n. 4 del 2004 (la cosiddetta Legge Stanca) volta a facilitare l'accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici. L'art.1 di tale legge basa il diritto d'accesso sul principio di eguaglianza tutelato dall'ex art.3 della Costituzione e, ponendo suddetto diritto come fondamentale per la piena realizzazione dell'eguaglianza sostanziale dei cittadini, configura la sua negazione come una lesione dei diritti umani fondamentali, come la libertà di espressione, il diritto all'informazione, allo sviluppo e all'eguaglianza³⁷. L'accesso a internet è quindi da considerarsi come una libertà fondamentale strettamente correlata all'esercizio di altri diritti costituzionalmente garantiti (tra cui la libera manifestazione del pensiero [art.21], il diritto al pieno sviluppo della persona umana [art.3], o la libertà di impresa [art.41]) e la sua negazione comporta l'esclusione del cittadino dal dispiegamento totale della propria cittadinanza³⁸.

³⁶ Si veda Corte Costituzionale, sent. N. 307 del 2004.

³⁷ Sul punto si veda R. PISA, *L'accesso a Internet: un nuovo diritto fondamentale?* Nel sito www.treccani.it.

³⁸ Sulla questione A. VALASTRO esprime: *“l'impossibilità di accedervi (a internet) comporta rischi di esclusione sociale direttamente incidenti sul livello di eguaglianza sostanziale, allora non*

La valenza costituzionale della libertà ad accedere alla rete pone al centro dell'attenzione il dibattito sui "nuovi diritti" che vanno affermandosi, in modo sempre più prepotente, con lo sviluppo della tecnologia. A riguardo si rilevano due visioni opposte della questione, la prima che ritiene sostanzialmente scorretta l'aggiunta dell'aggettivo "nuovi" affiancato a diritti già garantiti costituzionalmente, la cui interpretazione estensiva sarebbe necessaria a spiegare l'evoluzione delle tradizionali libertà fondamentali. È questo il caso, ad esempio, dell'art.2 Cost., le cui *formazioni sociali* racchiuderebbero anche i diritti delle nuove *comunità virtuali*, oppure dell'art. 42 Cost., in cui all'interno del libero accesso alla proprietà verrebbe tutelato anche il possesso di beni per via elettronica. La seconda visione sul punto, invece, è quella di coloro che ritengono che la rete abbia apportato, all'interno dell'ordinamento, una serie di nuovi diritti e libertà da tutelare.

In molti Paesi, infatti, si riconosce l'accesso come diritto fondamentale della persona. È abbastanza recente, precisamente di luglio 2010, la legge entrata in vigore in Finlandia che pone l'accesso come *diritto legale*, che deve essere garantito dagli operatori, definiti come *fornitori di un servizio universale*, a tutti i cittadini e ad un prezzo e una velocità ragionevoli³⁹. Ancor più significativi sono due esempi di pronunce giurisprudenziali avvenute in due Paesi ritenuti i padri fondatori del costituzionalismo: gli Stati Uniti e la Francia.

Nel 1996 veniva impugnato, di fronte alla Corte distrettuale delle Pennsylvania, il *Communications Decency Act*⁴⁰ sulla regolamentazione dei contenuti ritenuti indecenti veicolati in rete, ritenuto incostituzionale poiché in contrasto con il Primo Emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti⁴¹. La Corte Suprema, d'accordo con la valutazione dei giudici della Pennsylvania, dichiarò incostituzionale tale legge, mettendo al primo posto la tutela della libertà di manifestazione del pensiero, rispetto ai diritti relativi alla riservatezza (anch'essi tutelati dal XIV Emendamento).

sembri contestabile che il fondamento costituzionale del diritto di accesso debba oggi ravvisarsi negli artt. 1, 2 e 3 Cost.”, in *Le garanzie di effettività del diritto di accesso a Internet e la timidezza del legislatore italiano*, p.47.

³⁹ T.E. FROSINI, pag. 41, vedi supra.

⁴⁰ Titolo V del *Telecommunications Act*, 1996.

⁴¹ La sentenza si può leggere su:

http://eff.org/pub/Censorship/Internet_censorship_bills/HTML/960612_aclu_v_reno_decision.htm
1

“I fatti accertati – rileva una parte della sentenza⁴² - dimostrano che l’espansione di Internet è stata, e continua ad essere, fenomenale. È tradizione della nostra giurisprudenza costituzionale presumere, in mancanza di prova contrarie, che la regolamentazione pubblica del contenuto delle manifestazioni del pensiero è più probabile che interferisca con il libero scambio delle idee piuttosto che incoraggiarlo. L’interesse a stimolare la libertà di espressione in una società democratica è superiore a qualunque preteso, non dimostrato, beneficio della censura”.

Analizzando il Primo Emendamento (del 1791) in chiave moderna, e quindi rapportandolo alla rete, la Corte Suprema ha accresciuto la portata della salvaguardia della libertà di espressione, estendendola anche alla libertà di parola elettronica, di stampa elettronica e di riunione elettronica. Il fenomeno di Internet assume, quindi, valenza costituzionale, e la nuova sfida dei giudici sta proprio nella reinterpretazione dei diritti tradizionali nel contesto tecnologico, nel diventare un “giurista tecnologico⁴³”.

L’altro esempio di giurisprudenza legata alle problematiche dell’accesso e della rete è quello avvenuto in Francia nel 2009 con una pronuncia del *Conseil Constitutionnel*⁴⁴. In questa sentenza, la Corte riconosce nell’accesso a Internet una sorta di diritto fondamentale, poiché funzionale e necessario per la libertà di manifestazione del pensiero. Partendo infatti dall’art. 11 della *Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino* (1789), nel quale si legge: “*la libera comunicazione dei pensieri e delle opinioni è uno dei più preziosi diritti dell’uomo. Ogni cittadino può dunque parlare, scrivere, stampare liberamente, salvo rispondere dall’abuso di questa libertà nei casi contemplati dalla legge*”, viene evidenziata la grande attualità di tale libertà, che si può adattare persino ai nuovi mezzi di comunicazione. I giudici hanno quindi riconosciuto l’importanza e la portata di Internet per la concretizzazione del diritto di manifestazione del pensiero e della partecipazione alla vita democratica del Paese, basando tale libertà sulla possibilità di accedere alla rete⁴⁵. Nonostante, dunque, non si possa ritenere l’accesso a Internet un diritto

⁴² Rinvenibile nel sito www.aclu.org

⁴³ T. E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, rivista n. 1/2011, nel sito www.associazioneitalianadeicostituzionalisti.it

⁴⁴ Sentenza n. 2009-580 DC del 10 giugno 2009.

⁴⁵ La sentenza del *Conseil* parte dal giudizio preventivo della legge *Hadopi* – acronimo per *Haute*

fondamentale in sé, tuttavia esso viene considerato come preconditione necessaria per la libertà di manifestazione del pensiero, la quale ha bisogno di una protezione solida, specie se veicolata attraverso il mezzo della rete, che riguarda indistintamente ogni individuo⁴⁶.

È significativo, quindi, pensare che proprio nei Paesi ritenuti fondatori del costituzionalismo, stia crescendo anche una sorta di costituzionalismo contemporaneo, basato sulla reinterpretazione delle antiche norme e sull'adattamento delle stesse alle moderne tecnologie, per salvaguardare veramente la libertà di informazione in tutte le sue sfaccettature.

Essendo, come si è più volte ribadito, l'accesso un modo in cui il cittadino si rapporta alle istituzioni e partecipa attivamente alla vita democratica del Paese, qualsiasi sua negazione comporterebbe una grave limitazione all'esercizio dei diritti di cittadinanza.

Se si prende in considerazione la normativa dell'Unione Europea, la garanzia dell'accesso alla rete viene resa obbligatoria dalla Direttiva 2002/22/CE⁴⁷, la quale, tuttavia, non si riferisce a suddetta libertà qualificandola come un diritto fondamentale, bensì si limita a inquadrarla nell'ambito della libera concorrenza, obbligando le imprese a garantirne il rispetto. All'art. 4 della Direttiva Servizio Universale, si legge infatti: *“1. Gli Stati membri provvedono affinché qualsiasi richiesta ragionevole di connessione in postazione fissa a una rete di comunicazione pubblica sia soddisfatta quanto meno da un'impresa. 2. La connessione fornita è in grado di supportare le comunicazioni vocali, facsimile e dati, a velocità di trasmissione tali da consentire un accesso efficace a Internet, tenendo conto delle tecnologie prevalenti usate dalla maggioranza degli abbonati e dalla fattibilità tecnologica. 3. Gli Stati membri provvedono affinché qualsiasi richiesta ragionevole di fornitura di un servizio telefonico accessibile al pubblico attraverso la connessione di rete di cui al paragrafo 1 che consente di effettuare e ricevere*

Autorité pour la diffusion de oeuvre set la protection des droits sui Internet. La parte della legge che prevede la disconnessione a internet senza una previa pronuncia giurisdizionale, ma con una decisione dell'autorità amministrativa, viene considerata in conflitto con l'art. 11 della Dichiarazione del 1789.

⁴⁶ Si legge nella sentenza: *“ en l'état, les atteintes à la liberté d'accéder à Internet s'analysent, au regard de la Constitution, comme des atteintes à la liberté garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789”.*

⁴⁷ La cosiddetta Direttiva Servizio Universale, modificata dalla Direttiva 2009/136/CE.

chiamate nazionali e internazionali sia soddisfatta quanto meno da un'impresa.” Appare chiaro, allora, come l'azione dell'Unione Europea sia fondata in modo più stringente sull'attuazione del principio di libera concorrenza, piuttosto che sulla salvaguardia dei diritti fondamentali dell'uomo. Anche se è ancora molto acceso il dibattito sulla qualificazione dell'accesso quale diritto soggettivo, vi è una cospicua parte di dottrina che, rifacendosi all'art.21 Cost. sulla libera manifestazione del pensiero, all'art.3 Cost. sul “*pieno sviluppo della persona umana*”, ma anche all'art.19 della *Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo* redatta dall'Onu, in cui si esplicita di “*cercare, ricevere, diffondere con qualunque mezzo di espressione, senza considerazione di frontiere, le informazioni e le idee*”, ritiene tale diritto meritevole di una legittimazione costituzionale. La ragione di siffatta opinione risiede nel fatto che la tutela del diritto d'accesso a internet potrebbe rappresentare uno strumento per combattere il rischio di discriminazioni in rete e di disuguaglianze, spesso di origine tecnica. Proprio l'esistenza del *digital divide*, ovvero di un divario, una disuguaglianza tecnologica che comprende generazioni, aree geografiche o ceti sociali, metterebbe a rischio il dettato dell'art. 3 Cost. secondo cui bisognerebbe garantire a tutti la partecipazione alla vita politica, economica e sociale del Paese, e porrebbe in capo allo Stato l'onere della rimozione di tali rischi per la democrazia. Tale visione viene senza dubbio avvallata dalla Corte Costituzionale che, pur non qualificando l'accesso come diritto sociale, ritiene che l'alfabetizzazione informatica e la garanzia della connessione disponibile per tutti a un prezzo ragionevole sia una questione di interesse generale.

Il dibattito inerente al diritto di accesso, tuttavia, non si esaurisce meramente nel superamento concreto del *digital divide*. Berners-Lee, ritenuto il fondatore del *World Wide Web*, ha colto da subito la centralità e l'importanza della questione, paragonando l'accesso alla rete a quello all'acqua, e insistendo sulla concezione dei diritti come strumenti che consentono agli individui di utilizzare i beni materiali essenziali alla loro sopravvivenza. Quindi tale diritto non rileva solo la sua accezione tecnica, e dunque la possibilità concreta di accedere a internet, bensì consta anche di una dimensione quasi esistenziale, che si manifesta come “*espressione di un modo diverso d'essere della persona nel mondo, dunque come effetto di una nuova*

*distribuzione del potere sociale*⁴⁸”. L’accesso costituisce il punto d’avvio per il conseguimento della cittadinanza digitale, da considerarsi non come “altra” rispetto a quella tradizionale, ma come complementare, dimostrazione della dinamicità dei diritti e poteri che accompagnano la persona nel suo stare nel mondo.

È per questa ragione che l’accesso a internet si intreccia in modo sostanziale alla salvaguardia della neutralità della rete, anzi quest’ultima è condizione necessaria affinché si concretizzi tale libertà. Stefano Rodotà, in *Il Diritto di avere diritti*, dopo aver ribadito che il fondamento del principio di neutralità sta nell’eguaglianza e nella non discriminazione del traffico in rete, sul punto afferma: “*La neutralità si presenta così come una precondizione perché il diritto di accesso a internet non venga sostanzialmente svuotato, impedendo, attraverso una censura “di mercato” esercitata dagli intermediari, che taluni soggetti o contenuti possano contribuire alla costruzione del bene globale della conoscenza*”. Accesso e neutralità della rete sono, dunque, strumenti per la concretizzazione di un *contributo creativo*, da parte degli utenti, alla conoscenza online, considerata come un fluido e dinamico corso di informazioni collettive e condivise, sottratte a logiche di profitto, e rivolta verso “*spazi comuni sempre più larghi di non-market commons*”. Questo continuo scambio tra conoscenza in uscita e in entrata, veicolato in rete, è una delle caratteristiche principali del diritto di accesso a internet come fin qui analizzato, e del suo rapporto imprescindibile con il principio di net neutrality.

3.2.1 L’accesso come punto di partenza per una *governance* di Internet: il Trattato di Dubai.

La tematica della *governance* di Internet assume, oggi, sempre maggiore rilievo e coinvolge una serie di questioni di natura economica, politica e sociale, ponendo al centro del dibattito la tutela dei diritti fondamentali e gli aspetti principali del costituzionalismo contemporaneo.

La complessità della questione e la quantità degli interessi da bilanciare si riflettono

⁴⁸ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, pag. 384.

già nella difficoltà di trovare una nozione precisa e univoca di *governance*, ricca di problematiche tanto di carattere tecnico, quanto regolatorio. Si può tuttavia partire dalla definizione proposta da ISOC Italia, secondo cui “*la governance di Internet sarebbe lo sviluppo e l’applicazione da parte dei governi, del settore privato e della società civile, nei loro rispettivi ruoli, di principi, norme, regole, procedure decisionali e programmi condivisi che determinano l’evoluzione e l’uso di Internet*⁴⁹”. Nel sito internetgovernance.org, poi, si amplia ulteriormente l’area di influenza della *governance* della rete, la quale, non solo determina chi ha accesso alle risorse di carattere tecnico (e quindi nomi di dominio e indirizzi IP⁵⁰), ma riguarda anche questioni sociali e politiche, incidendo molto sulle libertà civili, quale ad esempio la libertà di espressione. Un ruolo molto importante in questo senso, contestualmente agli Stati Uniti, ma con ripercussioni a livello mondiale, viene ricoperto dall’ICANN⁵¹ (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*), ente non-profit istituito nel 1998 e incaricato della gestione degli indirizzi IP e dei nomi a dominio. Da società puramente tecnica, tuttavia, l’ICANN si è tramutato in vero e proprio *policy maker* a livello globale, data l’extraterritorialità della rete e delle problematiche che ne derivano. Questa nuova tendenza all’esternalizzazione di un organo originariamente appartenente all’amministrazione statunitense, è senza dubbio un fattore controverso, che ha provocato il dissenso e la disapprovazione di molti Stati, i quali ritengono discutibile l’imposizione della regolamentazione della rete da parte di un ente non istituito da alcun Trattato e incolpato di coprire gli interessi degli Stati Uniti.

Ritornando alla questione della ricerca di una *governance* condivisa per internet, uno spunto importante di riflessione viene tracciato durante la *World conference on international telecommunications* (WCIT 2012), organizzata dalla *International Telecommunications Union* (ITU), agenzia delle Nazioni Unite specializzata in materia di telecomunicazioni, e tenutasi a Dubai nel dicembre 2012.

⁴⁹ P. COSTANZO, *La governance di Internet in Italia*, si veda anche www.isoc.it

⁵⁰ Gli indirizzi IP corrispondono a numeri che identificano una risorsa sulla rete, data la difficoltà relativa alla loro memorizzazione, vengono assegnati a tali numeri dei nomi, ovvero i nomi di dominio, e il meccanismo con il quale avviene tale procedura è definito DNS- Domain Name Server.

⁵¹ L’ente viene istituito nel 1998 come società non-profit, frutto di intense trattative tra ricercatori, operatori di telecomunicazioni, fornitori di contenuti, amministrazioni pubbliche e altri soggetti interessati, condotti dal Vicepresidente americano Al Gore, il sito è www.icann.org.

Intento originario della Conferenza di Dubai era quello di rivedere le disposizioni dell'*International Telecommunications Regulations* (Itr), ovvero un trattato, rinegoziato a Melbourne nel 1998, contenente le regole per facilitare e incrementare l'interconnessione e la piena diffusione delle informazioni e dei servizi di comunicazione. Tale obiettivo, giustificato dalla necessità di rendere più attuali delle norme ritenute ormai datate, era finalizzato innanzitutto a incrementare le relazioni tra le nazioni e i popoli e ad aiutare i Paesi in via di sviluppo a raggiungere gli standard economici e tecnologici per affrontare le sfide del nuovo sistema di *Information Communication Technology* (Ict). Utilizzando le cifre ricordate da Hamadoun I. Touré, Segretario generale dell'ITU, nel suo discorso di apertura al convegno *Beyond Dubai. A new global agenda for the Internet opening society*⁵², organizzato a Roma nel marzo 2013, si può riscontrare che, allo stato attuale, 4,5 miliardi di persone sono escluse dall'accesso a Internet, per mancanza di un adeguato sistema di telecomunicazioni. Questo significa che quasi due terzi della popolazione al mondo non può usufruire dei servizi normalmente erogati in rete, venendo tagliata fuori dal mercato globale. Come ricorda Touré, quindi, l'ITU si è impegnato a far sì che il divario digitale si riducesse progressivamente, preparando la conferenza di Dubai con lo scopo di fronteggiare tali problematiche, e non mettendo in conto il Trattato che invece ha visto la luce, pur non essendo stato firmato né dagli Usa né dai Paesi dell'Ue, ma comunque sottoscritto da oltre ottanta Stati.

Prima di tutto va ricordato che, nell'elaborare la Conferenza, l'ITU si è mosso su due piani: il primo, relativo agli obblighi e ai vincoli da imporre agli Stati, il secondo finalizzato a raggiungere un accordo e una regolamentazione dei rapporti tra OTT e Telco⁵³.

Come è ben noto, la piena sovranità degli Stati e la loro facoltà di esercitare tale sovranità adottando forme di controllo sul contenuto dei pacchetti di comunicazione veicolati in rete, in assenza di Trattati internazionali che ne limitino i poteri, è indubbia. È su questa base che va analizzata la bozza del Trattato discusso a Dubai, un esperimento che si pone l'obiettivo primario di individuare e imporre obblighi

⁵² Il cui testo è rinvenibile nel sito www.alleanzaperinternet.it.

⁵³ Si veda F. PIZZETTI, *La governance di internet e i diritti fondamentali: uno sguardo sul futuro in una prospettiva di diritto pubblico mondiale*, in *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, a cura di E. BERTOLINI, V. LUBELLO, O. POLLICINO.

precisi agli Stati, per tutelare i diritti e le libertà dei cittadini, specie quelle riguardanti la rete.

Andando più nel dettaglio, va sottolineato che il preambolo del Trattato contiene l'impegno tra i contraenti di rispettare i diritti umani e l'accesso alla rete come condizione necessaria per la concretizzazione delle libertà su Internet. All'articolo 1 si specifica, poi, l'obiettivo ultimo, ovvero stabilire i principi generali in materia di telecomunicazioni e garantire che non vi sia alcun controllo sul contenuto delle comunicazioni che passano in rete.

L'articolo 2 afferma la piena compatibilità delle nuove norme a quelle generali del Trattato madre ITU, mentre l'articolo 3 (uno dei più discussi) sancisce l'impegno ad assicurare una buona qualità delle telecomunicazioni *“a coordinare i lavori relativi alle infrastrutture tra i diversi Stati, a prevenire un uso improprio delle limitate risorse relative alla numerazione, ad assicurare che le Calling Line Identification siano conformi alle prescrizioni ITU e, infine, a moltiplicare i punti di scambio nelle diverse aree regionali”*⁵⁴.

Il Trattato prosegue con l'articolo 4, relativo alle conversazioni internazionali e quindi a un giusto costo di *roaming*, con l'articolo 5, per il rafforzamento dei servizi di emergenza, di misure *antispam* non basate sul controllo dei contenuti e di garanzia della sicurezza, e con l'articolo 6 riguardante le tariffe e le condizioni per la fornitura dei servizi. Gli articoli 7 e 8 sono relativi, rispettivamente, alle sospensioni dei servizi e al risparmio energetico, nonché alla salvaguardia dell'accessibilità ai servizi dei disabili. Infine, il Trattato si chiude con gli articoli 9 e 10 sull'esistenza di particolari agenzie operative, di cui gli Stati possono beneficiare, e sugli eventuali limiti. Inoltre, al testo sono allegate cinque raccomandazioni⁵⁵, tra le quali si ricorda la terza, volta ad assicurare un ambiente favorevole allo sviluppo e all'implementazione di Internet, mettendo al centro della questione la necessità di un accordo tra tutti i governi al fine di un'eguale responsabilità nella *governance* della

⁵⁴ Osservatorio delle Comunicazioni, report 2013 AgCom, *Il Trattato di Dubai e i rapporti tra operatori di rete e Over The Top*.

⁵⁵ La prima raccomandazione è relativa alle misure speciali da adottare per i paesi con difficoltà ad accedere alla connessione, la seconda riguarda l'armonizzazione dei numeri internazionali dei servizi d'emergenza. La terza raccomandazione è volta ad assicurare un ambiente più favorevole alla crescita e allo sviluppo della rete e dei suoi servizi, mentre la quarta suggerisce periodiche revisioni alla regolazione del settore delle telecomunicazioni internazionali. Infine, con la quinta e ultima raccomandazione si vogliono garantire adeguati livelli tecnici nella trasmissione del traffico.

rete. A questo proposito, precisa la raccomandazione, si auspica l'intervento degli *stakeholders*, all'interno dei singoli Stati, per individuare le azioni atte a garantire lo sviluppo di internet, la sua stabilità, sicurezza e affidabilità. Il sistema *multistakeholders*⁵⁶, dunque, viene visto di buon occhio, purché tutti i soggetti che intervengono siano orientati nella stessa direzione. Alcuni punti di particolare importanza, tracciati da questa raccomandazione, sono: “a) *Internet è un elemento centrale della moderna società dell'informazione, che costituisce uno strumento globale essenziale a disposizione di tutti; b) è necessario, pertanto, assicurare una capacità di banda larga adeguata a quanto occorre ai servizi e alle applicazioni che essa consente, promuovendo investimenti e assicurando a tutti l'accesso a prezzi accettabili sia per gli attuali che per i nuovi utenti; c) è essenziale, in questo sforzo e impegno costante, la collaborazione degli stakeholders; d) tutti i governi devono avere un ruolo e responsabilità eguali nella governance della rete al fine di assicurarne la stabilità, la sicurezza e l'accessibilità, anche in consultazione costante con gli stakeholders*⁵⁷”. Si tratta di affermazioni volte alla tutela e alla garanzia del diritto di accesso e della libertà. La raccomandazione prosegue poi auspicando l'impegno di ogni Stato nella partecipazione attiva alle iniziative dell'ITU, in una costante cooperazione per favorire la *governance* della rete.

Leggendo il Trattato di Dubai, sin dal preambolo, si comprende immediatamente l'obiettivo ultimo prefissato, ovvero il rispetto e la salvaguardia dei diritti umani fondamentali individuati nella carta dell'Onu e nelle altre carte internazionali dei diritti, è per questo motivo che risulta incomprensibile la lettura oppositiva di suddetto testo da parte di molti Stati, come Usa e Ue, che non l'hanno siglato. È senza dubbio vero che, come viene anche affermato da Francesco Pizzetti, nella sua relazione per l'Osservatorio delle Comunicazioni, un Trattato, poiché viene stipulato mediante un accordo tra Stati, implica anche il riconoscimento del ruolo e del potere degli stessi nell'ambito oggetto di regolazione, e a tal proposito si può comprendere il timore di affidare una questione tanto delicata a strumenti del diritto internazionale

⁵⁶ Si tratta di un sistema che prende in considerazione tutti i portatori di interessi, ovvero governi, privati e società civile, trattati su un piano di parità. Si veda AgCom, *Indagine conoscitiva sul settore dei servizi Internet e sulla pubblicità online*, Allegato A alla delibera n. 19/14/CONS.

⁵⁷ Osservatorio delle Comunicazioni, report 2013 AgCom, *Il Trattato di Dubai e i rapporti tra operatori di rete e Over The Top*.

pattizio. La visione che è quindi emersa dalla lettura del Trattato di Dubai lascia trasparire i rischi di una potenziale legittimazione di usi illiberali e antidemocratici dei sistemi di telecomunicazione e di Internet. In questo senso, riportando le parole di Pizzetti, si può affermare che: *“non è mai un Trattato che di per sé crea poteri a favore degli Stati che questi comunque non abbiano già, mentre è invece vero il contrario: un Trattato può, in virtù degli obblighi reciproci assunti, regolare, limitare e vincolare il potere sovrano proprio di ciascuno Stato”*.

È quindi da escludere l'idea secondo cui tale Trattato avrebbe concesso dei poteri di censura e di controllo agli Stati, permettendo loro di ispezionare i pacchetti di dati in transito attraverso la rete. Proprio questi aspetti e queste preoccupazioni sono bastati per allarmare le OTT (*Over the Top*), che hanno aspramente criticato il contenuto del Trattato, incolpandolo di legittimare politiche di controllo della rete, al fine di limitare la libertà di espressione e di comunicazione degli utenti. Tale critica, ovviamente, muove da una profonda spaccatura tra OTT e Telco, i cui rapporti conflittuali attengono sostanzialmente alle risorse ricavate dai servizi erogati attraverso il sistema estremamente complesso che è la rete e, in particolare, la sua interconnessione con gli strumenti di comunicazione tradizionali. La grande dinamicità e ampiezza dell'ecosistema digitale, fitto di nuovi soggetti, pone infatti la questione della ripartizione delle risorse e delle modalità di remunerazione dei diversi protagonisti del sistema. Dunque, contestualmente al menzionato Trattato di Dubai, il timore delle OTT verte sulla possibilità di un disequilibrio totalmente a favore delle Telco, data la possibilità degli Stati di decidere sulle modalità tariffarie di prestazione dei servizi di telecomunicazione, pur nel rispetto di regole comuni. A tal proposito, è iniziata una dirimpente campagna di sensibilizzazione a livello mondiale per lanciare l'allarme sulla tutela della libertà in rete, che ha visto come protagonista Google e che gli ha permesso di raccogliere più di un milione di firme e di mobilitare i più grandi esponenti e organizzazioni incentrate su tale libertà. A tutto ciò si è aggiunta la preoccupazione dell'ICANN di perdere il primato globale della gestione ed assegnazione degli indirizzi IP e dei nomi a dominio, che ha spinto gli Stati Uniti a non firmare il Trattato, immediatamente seguiti dall'Unione Europea.

Il Trattato di Dubai, nonostante gli esiti non del tutto favorevoli, rappresenta un importante passo avanti, sia perché interconnette il sistema delle telecomunicazioni

con le strutture e i relativi servizi, sia perché si pone come obiettivo la garanzia che il sistema delle telecomunicazioni operi in uno scenario di democrazia e sviluppo. Senza dubbio da tutto ciò derivano alcune osservazioni importanti.

Il mondo dell'Ict è considerato, come si è già ribadito, come un ecosistema⁵⁸ che sta allargando in maniera esponenziale i propri confini, diventando sempre più indispensabile per assicurare una capacità di sviluppo equa e adeguata e richiedendo investimenti sempre più importanti. È per questa ragione che, secondo molti studiosi, non bastano le libertà economiche e la forza del mercato, bensì è necessaria una regolazione internazionale capace di ripartire gli oneri e i compiti di ogni Stato.

Appare inoltre molto importante, spunto di riflessione, che il Trattato di Dubai sia stato sottoscritto da un significativo numero di Paesi, ma si sia registrata la clamorosa assenza non soltanto di Stati da sempre diffidenti e ostili alla libertà della rete, soprattutto per motivi politici, come Cina e India, bensì anche di Stati che hanno fatto proprio di tale libertà un baluardo di democrazia e garanzia dei diritti, come Stati Uniti e Unione Europea. Bisogna ricordare che il suddetto Trattato ha natura aperta, ovvero potrà essere siglato dai rimanenti Paesi entro i prossimi due anni, e, in questo senso, si è registrato un primo segnale positivo durante il Convegno di *Alleanza per Internet* e della *Link University*, che si è svolto a Roma nel marzo 2013⁵⁹, durante il quale sono intervenuti, tra i tanti esponenti del mondo Ict, anche l'Ambasciatore americano presso l'IGF Terry Kramer, il Vice Presidente dell'ICANN Europa Nigel Hickson, il Presidente dell'ETNO (*European Telecommunications Network Operators*) Gambardella⁶⁰.

⁵⁸ E' questa la definizione che viene data di Internet dalla *Déclaration du Comité des ministres sur la protection de la liberté d'expression et de la liberté de réunion et d'association en ce qui concerne les plateformes internet gérées par des exploitants privés et les prestataires de services en ligne*, adottata dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa nella 1129ma riunione del 7 dicembre 2011

⁵⁹ Gli atti del convegno sono rinvenibili nel sito www.alleanzaperinternet.it.

⁶⁰ Come si può leggere nelle Conclusioni della Presidenza, si è convenuto che le decisioni assunte a Dubai "marked a very important moment of analysis on many complex issues that affect the future of telecommunications and Internet (...) as during the WCIT different positions have emerged and in some cases even conflicts between the governments representatives, it is important to recognize the merits of the debate that cropped up and the value of all the ideas that have contributed to a common study on what should be the role of public authorities in the governance of Internet and the development of networks for the future of digital economy in the world". Appare quindi evidente la necessità che "the institutions, private sector, universities and civil society share their commitment to examine how the national, European and international instruments can enhance the outcomes of the Conference of Dubai, identifying through cooperation and constructive criticism, shared means to ensure that Internet continues to be a powerful tool for economic

La diffusione a livello mondiale della rete, la garanzia della salvaguardia del diritto d'accesso e la cooperazione tra gli Stati sono quindi le condizioni necessarie per predisporre un quadro di regole comuni e per facilitare la *governance* di Internet.

3.3 L'intervento dello Stato nella regolazione della rete.

È ormai opinione largamente condivisa, tra gli studiosi, che il panorama digitale stia diventando così vasto e pervasivo nella vita dei cittadini da richiedere una regolamentazione sicura. In molti, come si è avuto modo di analizzare nei paragrafi precedenti, reputano che sia impensabile lasciare una materia come quella di Internet meramente alle leggi del mercato, e ritengono necessario l'intervento statale, pur coordinato dall'azione degli operatori, al fine di dar vita ad una *governance* della rete condivisa a livello internazionale⁶¹. La questione della regolamentazione della rete, tuttavia, è un nodo particolarmente intricato, fatto di relazioni tra diverse discipline e di bilanciamento di poteri e diritti. Proprio l'evoluzione della rete, che nasceva come semplice mezzo di veicolazione delle informazioni, ha portato alla definizione di una nuova modalità di relazione tra gli individui, i quali, interagendo in una piazza virtuale, sviluppano una nuova identità e aumentano esponenzialmente il proprio bagaglio culturale.

È quindi auspicabile una regolamentazione per tutelare le libertà e i diritti degli utenti, ma, allo stesso tempo, emerge il problema dei potenziali effetti negativi di un'eccessiva regolamentazione, la quale spesso non agevola l'efficienza economica e ha come esito la restrizione delle libertà costituzionalmente garantite. Occorre quindi essere prudenti e rintracciare un giusto equilibrio tra promozione dell'offerta legale, a

growth and development of society and is used legally and responsibly".

⁶¹ Si veda Franco Pizzetti, *La governance di Internet e i diritti fondamentali: uno sguardo sul futuro in una prospettiva di diritto pubblico mondiale*.

tutela dei cittadini, e salvaguardia delle libertà⁶².

3.3.1 L'e-democracy.

Sin dalle sue origini, Internet viene paragonata ad un'immensa piazza digitale, sulla quale porre le basi per una vera e propria democrazia diretta. Proprio come avveniva nell'agorà ateniese, in uno scenario politico nel quale i referendum istantanei e le consultazioni dei cittadini erano alla base della vita politica di ognuno, così nel grande villaggio globale della rete ci si aspetta che nasca e si sviluppi una democrazia "diretta", "immediata"⁶³.

Di certo, i vantaggi e i cambiamenti portati dalla rete sono molti, attraverso la condivisione della conoscenza e la messa in relazione di un sempre più vasto numero di persone, si è accelerato il processo di democratizzazione, e si è passati alla cosiddetta *Information Society*, culmine della fase di industrializzazione della società e punto di partenza per la produzione di beni immateriali, ovvero per la messa a punto della società della conoscenza.

L'avvento del Web 2.0⁶⁴, inoltre, ha modificato il ruolo degli stessi utenti, i quali diventano produttori e consumatori al tempo stesso⁶⁵. Esempio di tale cambiamento della veicolazione e dell'utilizzo delle informazioni in rete sono i cosiddetti *User Generated Content* (UGC), ovvero dei contenuti prodotti dagli utenti e da essi condivisi, messi a disposizione di altri, che, a loro volta, potranno scomporli e

⁶² Il Commissario Neelie Kroes ha affermato nella Conferenza *Cyber-security: Challenges and Policies*, tenutasi a Budapest nel maggio 2011: "La fiducia in internet deve ora essere restaurata attraverso una buona legislazione, autorità indipendenti di protezione dei dati e una politica di responsabilità per le società che – come stabilito dall'art. 17 della Direttiva Ue sulla protezione dei dati – devono prendere le necessarie misure tecniche e organizzative per garantire la protezione contro la perdita dei dati e gli accessi ingiustificati."

⁶³ Si veda S. RODOTA', *Tecnopolitica, La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*.

⁶⁴ Il termine web 2.0, coniato nel 2004 da un editore americano, si riferisce ai servizi internet di nuova generazione, come siti di social networking, wiki, che enfatizzano la collaborazione fra utenti e la condivisione dei materiali.

⁶⁵ A. TOFFLER, nel libro *The Third Wave*, conia la parola "prosumer" dalla fusione dei termini "producer" e "consumer".

riassemblarli, in una logica di messa in comune della conoscenza⁶⁶.

Il passaggio al Web 2.0, dunque, riflette innanzitutto una nuova tendenza del cittadino/utente: quella di sentirsi parte di una comunità, di poter esprimere la propria opinione sui *Social network*, e di partecipare attivamente alla vita della polis, ma rappresenta anche una nuova frontiera della democrazia, capace di accorciare le distanze tra gli utenti e le istituzioni.

Stefano Rodotà, ne *Il diritto di avere diritti*, affronta la tematica del rapporto tra Internet e democrazia alla luce del nuovo web partecipativo e sociale, e afferma: “ *si sono arricchite le possibilità dell’azione organizzata, non solo e non tanto dal punto di vista quantitativo, quanto piuttosto per la qualità dei soggetti che sono ormai in grado di articolare in modo nuovo le relazioni sociali e, insieme, di dar vita a forme variegata di azione politica individuale e collettiva, sia riproducendo il modello delle manifestazioni pubbliche di massa, riservato in passato solo a grandi soggetti (partiti, sindacati, Chiesa), sia innovando profondamente proprio la presenza delle persone sulla scena pubblica*⁶⁷”. Quello che successe a Seattle nel 1999, ad esempio, quando il movimento dei no global si riunì per protestare contro il WTO, e garantì copertura mediatica alla propria voce attraverso la creazione di modelli informativi alternativi, non sarebbe stato possibile senza l’uso della rete come aggregatore e luogo virtuale di incontro tra gli attivisti.

Per molti, anche il fenomeno recente della primavera araba ha visto come protagonisti i *social network*, in particolare *Facebook*, e i *blog* come catalizzatori degli eventi. Ovviamente, presentare Internet come l’unico soggetto della rivolta che ha avuto come conclusione la caduta di Mubarak, è assai riduttivo e induce ad una sopravvalutazione della rete. L’indiscusso merito dei *social network* risiede nella divulgazione delle idee e delle manifestazioni che stavano già nascendo in seno alle masse di contadini e lavoratori (i quali di certo non disponevano di un accesso alla rete), e nella diffusione di tali messaggi su scala globale. I *social media* hanno avuto, quindi un ruolo importante, manifestazione del cambiamento radicale che sta subendo la società contemporanea. Un cambiamento che non è da intendersi come

⁶⁶ Come scrive V. RISI, *Progettare un web journal*, in *Tre Punto Zero*, a cura di E.ROMANELLI: “*gli UGC per essere definiti tali, devono essere indipendenti e apportare un contributo creativo alla rete, quindi non si tratta di mail che ci scambiamo tra amici o delle chat*”.

⁶⁷ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, pag. 381.

totalmente astruso dalla realtà e dal passato, ma che si rivela come fase di transizione, che unisce i luoghi virtuali e quelli reali, concretizzando, ad esempio, l'attivismo in rete con la messa in pratica delle manifestazioni in piazza e con l'unione fisica tra le persone. È un'integrazione tra vecchi e nuovi media che sfocia in quella che C. Vaccari definiva “*relazione positiva tra partecipazione online e offline*”⁶⁸.

Quello che è certo è che le nuove tecnologie favoriscono la partecipazione attiva dei cittadini alla vita pubblica, l'*e-governance*, il cui obiettivo è quello di ottimizzare i servizi pubblici, renderli interattivi e accessibili a tutti, ma anche gli open data, ovvero la disponibilità senza limitazioni di dati pubblici in nome del pubblico interesse, sono strumenti indispensabili per realizzare questo nuovo tipo di processo decisionale. È chiaro che la partecipazione dei cittadini non avviene tanto nella decisione in quanto tale, quanto nel controllo dell'esercizio del potere delle istituzioni⁶⁹.

Ovviamente, il riferimento alla tutela dei diritti fondamentali sta alla base della questione riguardante la democrazia digitale, ne costituisce senz'altro la condizione principale. In questo senso, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha dato una grande spinta verso la salvaguardia della libertà in Internet e della democrazia. Prendendo ad esame l'art. 10 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la Corte lo ha reinterpretato in chiave moderna, inserendo Internet come mezzo mediante il quale poter diffondere le proprie idee senza limitazioni e ponendosi l'obiettivo di esaminare criticamente ogni forma di condizionamento di tale libertà di espressione⁷⁰.

⁶⁸ C. VACCARI, *La politica online*. Si veda anche J. ABRAMSON, che in “*Networks and citizenship: using technology for civic innovation*”, afferma: “(le tecnologie dell'informazione) *si evolveranno piuttosto come parte di una creativa multiplatforma di siti che congiungeranno le possibilità della televisione e l'indipendenza investigativa del giornalismo con la velocità, la grafica, l'interattività e la capacità di informazione aperta dalle tecnologie dell'informazione e della comunicazione*”.

⁶⁹ Si veda S. RODOTA', *Il lato oscuro della rete – i sette peccati capitali di Internet*.

⁷⁰ L'art. 10 CEDU: “1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza considerazione di frontiera. Il e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza considerazione di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, di cinema o di televisione. 2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla

Per potenziare, quindi, la natura aperta di Internet come strumento per avvalorare le libertà degli individui e incrementare la diffusione della conoscenza, è considerata necessaria una regolamentazione, insieme ai rimedi giuridici e di *governance*, al fine di una garanzia del diritto di informare e della sicurezza degli individui. La partecipazione effettiva dei cittadini alla cosa pubblica deve quindi essere conseguita mediante la regolamentazione del *cyberspazio*, il quale, come afferma L. Lessing, “*lasciato a se stesso, difficilmente potrà mantenere le promesse di libertà e di maggiore partecipazione dei cittadini alla vita pubblica. Potrebbe anzi diventare un perfetto strumento di controllo*”⁷¹.

La rete e la democrazia digitale, tuttavia, presentano alcuni rischi.

Innanzitutto, Internet potrebbe essere utilizzato come strumento di propaganda politica, veicolo di messaggi populistici, sottoposti al controllo statale o in mano a leader carismatici. Inoltre, le caratteristiche di immediatezza, di velocità di informazioni e di largo accesso, potrebbero essere causa di polarizzazioni sempre più aspre dell’opinione pubblica, creando uno scenario conflittuale tra fazioni opposte ed esasperando le divisioni⁷².

Altro rischio, derivante dalla natura di Internet, è quello della omogeneizzazione della conoscenza. A questo proposito si possono ricordare i tentativi di personalizzazione e omologazione delle notizie all’interno delle testate giornalistiche, avvenute negli anni passati. Confezionando giornali a misura dell’utente, seguendo le sue abitudini e i suoi interessi, i siti internet rischiano di diventare una “*cassa di risonanza*”, come afferma Eli Pariser ne *Il filtro. Quello che Internet ci nasconde*, contribuendo alla polarizzazione delle informazioni e alla creazione di universi a se stanti, in cui gli individui non scambiano opinioni, ma si

legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, per la sicurezza nazionale, per l'integrità territoriale o per la pubblica sicurezza, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, per la protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario.”

⁷¹ L. LESSING, *Introduction*, in *Free Software, Free Society. The Selected Essays of Richard M. Stallman*, Boston, 2002.

⁷² In questo senso si richiama la teoria della “*proof by repeated assertion*”, ovvero della dimostrazione ripetuta, secondo cui, nel momento in cui un’idea viene diffusa in rete, questa si ripeterà ad oltranza finché la maggior parte delle persone la conoscerà come verità assoluta, senza interrogarsi sulla sua legittimazione o sulla sua fonte. Si veda A.J. FREELEY- D.L. STEINBERG, *Argumentation and Debate; Critical Thinking for Reasoned Decision Making*, 2009.

ritrovano unicamente con altri che hanno lo stesso pensiero⁷³.

Tutto ciò rischia indubbiamente di eludere il vero obiettivo originario di Internet, ovvero la creazione di un luogo virtuale in cui lo scambio di idee e di opinioni possa agire liberamente al fine di creare nuova conoscenza e mettere in relazione mondi che altrimenti resterebbero isolati.

Questi rischi mettono in evidenza la natura bifronte della rete, che può potenzialmente assumere tendenze diametralmente opposte. Per evitare ciò e per favorire lo sviluppo delle forme positive dell'uso di Internet, quindi della partecipazione e di una democrazia matura e capace di usufruire al meglio di questo potentissimo mezzo, occorre fare riferimento ad una regolamentazione lungimirante, che garantisca un accesso non discriminatorio da parte di tutti i cittadini e che tenga conto delle regole della concorrenza.

3.3.2 Censura di Stato e controllo della rete: i casi di Cina e Turchia.

Come si è detto, Internet rappresenta un mezzo molto potente, capace di mettere in relazione un numero elevatissimo di persone e di diffondere informazioni e idee su scala globale, proprio per queste sue caratteristiche è spesso oggetto di attenzione delle forze politiche, le quali, nei casi di forme di governo lontane dalla democrazia, possono usarlo per i loro scopi. È ampiamente risaputo, infatti, che la rete può essere utilizzata come mero strumento di propaganda politica, voce di leader carismatici e

⁷³ Si ricordano due esempi di personalizzazione delle testate giornalistiche. Il primo esempio riguarda un esperimento della carta stampata, con l'esigenza di imitare le logiche del web. Nel giugno del 2004, il mensile *Reason* distribuì un'edizione davvero originale: tutti i 45 mila abbonati ricevettero a casa una copia del giornale con la copertina personalizzata. Sulla copertina era riprodotta un'immagine da satellite del quartiere di ciascun abbonato, di cui veniva evidenziata l'abitazione con una grande scritta: "*Sanno dove abiti!*" Questa inquietante trovata mette in evidenza non solo la possibilità degli imprenditori di poter utilizzare le informazioni disponibili dagli archivi di dati del Paese per finalità di marketing, ma anche e soprattutto, la realizzazione delle esigenze di personalizzazione che caratterizzano la società contemporanea. Il secondo esempio riguarda la ricerca di "*News of the future*" sul quotidiano interamente personalizzato, il "*Daily me*". La logica alla base del progetto è di produrre un giornale su misura in base alle preferenze del lettore. Negroponte, teorizzatore del progetto, voleva infatti puntare sulle tecnologie di *information filtering*, che consentono al computer di filtrare autonomamente le notizie utili per il lettore. Si veda E. PEDEMONTE, *Morte e resurrezione dei giornali*.

può essere soggetta a manipolazioni che hanno come scopo la limitazione delle libertà fondamentali, prima fra tutte quella di espressione.

Freedom House, l'organizzazione non governativa di controllo della democrazia con sede negli Stati Uniti, nel suo *Net Report* del 2014 ha stilato una classifica sugli sviluppi della libertà su Internet in 65 Paesi. La Cina si classifica al primo posto tra i tre Paesi che violano tale libertà, seguita da Iran e Siria⁷⁴. Non è un mistero, infatti, che la Cina applichi costantemente un sistema di censure a tutti gli avvenimenti che possono apparire politicamente sensibili o toccare in qualche modo l'opinione pubblica, come anche che proceda all'oscuramento di siti internet importanti quali *YouTube*, *Google*, o *social network* come *Facebook* e *Twitter*. Nonostante la libertà di parola, di assemblea, di associazione e di stampa siano garantite dalla Costituzione cinese, le stesse non possono essere invocate come base legale per la difesa dei diritti all'interno del sistema giudiziario controllato dal Partito Comunista Cinese (Pcc).

Dato l'obiettivo principale del regime cinese di mantenere il sopravvento nella cosiddetta guerra ideologica, non sorprende la volontà del Partito di controllare un mezzo come Internet, considerato come il "campo di battaglia principale dell'ideologia". L'opinione pubblica e le informazioni, dunque, vengono costantemente monitorate e filtrate dagli organi del Partito. L'opinionista Hong Yuning, in un commento per *New Tang Dynasty Television*, ha affermato: "*non puoi spiedi* ~~da~~ ~~consuovene~~ ~~el~~ ~~cau~~ ~~l~~ ~~z~~ ~~ad~~ ~~neat~~ ~~i~~ ~~n~~ ~~t~~ ~~à~~ ", e ha analizzato quelli che chiama "i cinque trucchi oscuri" che il Pcc utilizza per gestire il traffico in rete. Innanzitutto vengono tenuti costantemente sotto controllo i servizi di gestione internet nelle aziende e nelle organizzazioni online, e i messaggi ritenuti dannosi per le autorità vengono censurati immediatamente, così come vengono monitorati con grande assiduità i siti che possono ospitare notizie "virali", ovvero i topic salienti capaci potenzialmente di polarizzare l'opinione pubblica. I primi posti sui siti principali, come *Baidu* e *Sina*, vengono invece riservati ad articoli di propaganda politica, "l'idea è quella di mantenere internet un ambiente globale che supporti il Governo del Partito Comunista e che dia agli utenti l'impressione che

⁷⁴ Inoltre, dalle conclusioni del rapporto Freedom House, rinvenibile nel sito www.freedomhouse.org, si registra un irrigidimento generale dei controlli sulla rete, in 36 Paesi considerati, le restrizioni su Internet sono aumentate. Si veda per approfondimenti anche il sito www.epochtimes.it

*questo goda di un ampio sostegno*⁷⁵”.

Altro escamotage delle cellule del Partito è rappresentato dai cosiddetti “commentatori dei 50 centesimi” (*Wumao*), si tratta di utenti che vengono pagati per ogni post che presenta osservazioni positive sul Governo⁷⁶. Infine, la morsa del *Great Firewall* (la grande muraglia) ha interessato anche i siti stranieri, che spesso vengono bloccati e oscurati, insieme ai *social media* e ai siti collegati alla tutela dei diritti umani in Cina, o con l’attivismo tibetano o aventi connessioni con la pratica spirituale del *Falun Gong*⁷⁷.

Ovviamente anche i massacri come quello di Tienanmen, le questioni riguardanti l’autonomia del Tibet e quella dello Xinjiang sono un autentico tabù per i *mass media* di Stato e il segnale delle grosse preoccupazioni del Governo nei confronti della rete è rappresentato dalle decisioni dello scorso anno riguardanti *Weibo*, il corrispondente di *Twitter* in Cina. La Corte Suprema della Repubblica popolare ha infatti stabilito che gli utenti possono essere perseguiti per la pubblicazione di notizie ritenute infondate o diffamanti se esse sono state visualizzate 5000 volte o se sono state condivise e ripubblicate 500 volte⁷⁸.

La tendenza della nuova era del presidente Xi Jinping, dipinto da molti come portatore di sviluppo e apertura politica ed economica, rischia di passare alla storia come il periodo di massima allerta e preoccupazione per il sistema mediatico e nel quale è avvenuta una delle più imponenti opere di censura preventiva dai tempi della rivolta di Tienanmen⁷⁹.

Anche nella Repubblica di Turchia, considerata più moderata e democratica della Cina, le sorti della rete non fanno ben sperare. Recentemente, infatti, il Parlamento ha approvato un Pacchetto di norme volte ad aumentare i controlli in rete e a limitare

⁷⁵ Così scrive il giornalista Lu Chen, nel sito www.epochtime.it

⁷⁶ Le autorità cinesi hanno dato un nome a questo impiego: Manager dell’opinione pubblica in Internet.

⁷⁷ Quella del *Falun Gong* rappresenta una delle campagne più crude e violente dell’ex leader del Pcc Jiang Zemin. Decine di milioni di cinesi sono stati detenuti nei campi di lavoro, nei centri di lavaggio del cervello e nelle prigioni, l’intera vicenda è stata documentata nel libro “*The Slaughter*” del giornalista Ethan Gutmann.

⁷⁸ Si veda articolo *Tienanmen, Google bloccato in Cina: la censura dai libri di storia al web*, in www.repubblica.it, 3 giugno 2014.

⁷⁹ Sulla tendenza che si sta sviluppando a livello globale per salvaguardare le libertà di espressione in Cina, si veda l’articolo “*Cloud storage, possibile risorsa contro la censura del regime cinese*” di Matthew Robertson, rinvenibile in www.epochtime.it, nel quale si parla di GreatFire.org, un gruppo no-profit che si dedica alla lotta contro la censura cinese.

la libertà di espressione. La legge, voluta tra l'altro dal Partito Islamico che detiene la maggioranza, prevede la possibilità di oscurare i siti che contengono informazioni in violazione della privacy o contenuti calunniosi o diffamatori (sebbene non specificati), da parte dell'Autorità Governativa per le Telecomunicazioni (TIB). Inoltre, in seguito agli emendamenti proposti dal Presidente Gül e approvati dal Parlamento, la legge prevede che la decisione di oscurare un sito internet deve essere sottoposta all'autorità giudiziaria, mentre inizialmente si sanciva che tali provvedimenti potessero essere assunti esclusivamente dall'autorità amministrativa. Un altro emendamento prevede che le richieste ai *providers* di fornire informazioni sul traffico *online* degli utenti debbano essere approvate dall'autorità giudiziaria e solo ai fini di un'indagine penale⁸⁰.

A norma di tale legge, viene richiesto ai *providers* di aderire alla nuova “*Unione dei Provider*”, che è controllata dal Ministero delle Telecomunicazioni, e di fornire alla TIB, qualora li richieda per motivi di controllo, i dati dei singoli utenti, in modo da poter risalire ai siti da essi visitati⁸¹.

Non bisogna dimenticare i rapporti conflittuali dell'attuale Premier turco Recep Tayyip Erdogan nei confronti degli strumenti di aggregazione forniti dal web, soprattutto i *social media*.

Già nel febbraio 2014, infatti, il governo turco espelle un giornalista azero Mahir Zeynalow, incolpato di aver scritto dei *tweet* offensivi nei confronti del Premier⁸².

Poco dopo, il 20 marzo 2014, l'uomo di Ankara decide di bloccare l'accesso a *Twitter* per tutti gli abitanti del Paese, dopo aver manifestato la sua ostilità nei confronti del *social network* già durante i giorni turbolenti di *Gezi Park*⁸³, e definendo tale mezzo come uno strumento di comunicazione pericoloso e finalizzato alla mobilitazione e alla rivolta.

Human Right Watch (Hrw) ha recentemente denunciato la censura e le limitazioni che il governo turco sta infliggendo alla rete, sostenendo che esso “*negli ultimi mesi*

⁸⁰ Sul punto si veda A. L. VALVO, *Diritto di Accesso e neutralità della rete nel panorama giuridico internazionale*.

⁸¹ In ambito UE la materia è regolata dalla *Direttiva 2006/24/CE* del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 marzo 2006, relativa alla conservazione dei dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di *reti* pubbliche di comunicazione, che modifica la *Direttiva 2002/58/CE*.

⁸² La notizia si può trovare nella versione telematica del New York Times, www.newyorktimes.com.

⁸³ Quella del Gezi Park è solo una delle manifestazioni di dissenso avvenute in Turchia nel 2013 nei confronti del governo di Erdogan.

*ha esteso i suoi poteri di censura online dei contenuti e di controllo dell'attività in rete senza una supervisione indipendente*⁸⁴”. La rappresentante di Hrw, Cynthia Wong, durante il *Global Internet Forum*, tenutosi tra l'altro in quello stesso periodo proprio a Istanbul, ha denunciato le condotte inammissibili di Erdogan nei confronti delle libertà in rete, sollecitando le delegazioni presenti a “*non chiudere gli occhi davanti all'approccio sempre più repressivo del governo turco nei confronti dei diritti degli utenti della Rete*”.

3.3.3 L'anarchia del web.

Nel 1996 John Perry Barlow scrive, nella sua avveniristica e lungimirante *Dichiarazione d'Indipendenza del Cyberspazio*: “*Governi del mondo industriale, stanchi giganti di carne e d'acciaio, io vengo dal Cyberspazio, la nuova dimora della mente. In nome del futuro, invito voi, che venite dal passato, a lasciarci in pace. Non siete i benvenuti tra noi. Non avete sovranità sui luoghi dove ci incontriamo.*⁸⁵”

Nessuna regolazione per Internet, nessun controllo o vincolo ingombrante, ma solo la libertà come unico motore dello sviluppo della rete. È questa, dunque, per molti studiosi, la natura di Internet, sin dalle sue origini, creata come luogo di scambio e relazione tra gli individui che non consente limitazioni o restrizioni. Tuttavia, l'espansione senza precedenti e la grande pervasività di questo mezzo di comunicazione ha attirato l'attenzione degli Stati nazionali, alimentandone le mire espansionistiche e facendo della rete l'oggetto del desiderio delle sovranità esistenti. Gli Stati, quindi, cercano di conquistare lo sconfinato territorio della rete, ma, secondo la tesi esposta da Barlow, non riusciranno mai ad assoggettarlo completamente al loro potere, il quale resterà sempre residuale. Stefano Rodotà, ne *Il Diritto di avere diritti*, esprime chiaramente che: “*Questa distinzione tra una*

⁸⁴ Si veda articolo del Fatto Quotidiano, www.ilfattoquotidiano.it, 2 settembre 2014.

⁸⁵ Sono varie le traduzioni della Dichiarazione d'indipendenza del Cyberspazio di J.P. BARLOW, che si possono trovare in rete.

sovranità improponibile e un potere invadente mette in discussione una delle conseguenze che si ritenevano implicite nella negazione della sovranità – quella che potrebbe essere sintetizzata nell’affermazione della impossibilità, inutilità, illegittimità di qualsiasi regolazione di Internet⁸⁶”.

Tuttavia, questa concezione della rete, abbastanza autoreferenziale, è stata più volte smentita dal corso degli eventi, che hanno visto sia la nascita di una serie di regolamentazioni per Internet, sia la violazione continua di quelle libertà fondamentali di cui il cyberspazio dovrebbe intrinsecamente essere detentore.

Tornando alla concezione totalmente libertaria di Internet, e alla sua conseguente visione anarchica, appare interessante analizzare la sua dimensione sociologica, l’impatto che essa ha all’interno del cambiamento delle relazioni tra gli individui, e il suo ruolo circa lo sviluppo e il rifiorire dei movimenti cosiddetti neo-anarchici.

A questo proposito si richiama il dibattito ricco e incalzante tra Manuel Castells e Tomàs Ibàñez, trascritto in *Dialogo su anarchia e libertà nell’era digitale*⁸⁷.

Partendo dall’analisi della società contemporanea, caratterizzata dai profondi cambiamenti dovuti all’espansione delle nuove tecnologie, i due studiosi affermano la rinascita e la proliferazione dei nuovi movimenti anarchici, favoriti proprio dalla natura aperta e libertaria dei nuovi mezzi di comunicazione, e in particolare del web⁸⁸.

L’avvento dell’era digitale ha infatti rilanciato la centralità dell’idea di libertà, che poi è la traduzione storica del concetto di anarchia, e la conseguente esigenza di una sua riconquista. Le nuove tecnologie, e soprattutto la rete, hanno contribuito alla creazione di un processo di “*individualizzazione delle relazioni*”, le quali, come afferma lo stesso Castells, non sono rinvenibili nel concetto di “*atomizzazione individualistica tipica del liberalismo, non si tratta del singolo all’interno del mercato nuovo (...) qui si tratta di reti di individui, quindi di un’organizzazione, non di massa, composta da reti individuali.*”⁸⁹. La relazione che intercorre tra di esse è di tipo reticolare, dunque, tipica della struttura delle nuove tecnologie. È proprio la base

⁸⁶ S. RODOTA’, *Il diritto di avere diritti*, pag. 379.

⁸⁷ Questo dialogo viene ripreso, a distanza di quasi mezzo secolo, da quando i due sociologi erano stati espulsi dalla Francia, a seguito della loro partecipazione ai moti del Maggio 1968.

⁸⁸ Si prende in esame l’articolo di Castells pubblicato sul quotidiano *La Vanguardia*, e intitolato *Neoanarquismo* [Barcellona 21 maggio 2005].

⁸⁹ M. CASTELLS – T. IBÀÑEZ, *Dialogo su anarchia e libertà nell’era digitale*, pag. 13.

tecnologica a modificare le forme di lotta e a favorire la nascita di movimenti sociali spontanei, che si auto-organizzano, stabiliscono dei rapporti virtuali, realizzando così una sorta di “*assemblea permanente*”, parte integrante della pratica utopica anarchica, in rete⁹⁰.

Va detto, inoltre, che le tecnologie esprimono la società, le relazioni sociali e le interazioni tra gli individui, ma ciò non deve far pensare che esse producano di per sé libertà: allo stato attuale, infatti, nella rete convivono relazioni sociali capitalistiche, a gerarchia verticale, con relazioni sociali cooperative, basate sullo scambio e sulla creatività libera. Come afferma lo stesso Ibañez: “*è facile osservare come queste (le tecnologie informatiche) siano certamente capaci di favorire relazioni più libere e meno gerarchizzate, ma al tempo stesso danno una visibilità totale e costante degli individui (...). L’insieme di questi fenomeni potrebbe sfociare in una sorta di neototalitarismo in grado di imprimere una propria configurazione dell’esperienza presente, che si troverebbe però a convivere e a confrontarsi con il neo-anarchismo⁹¹”.*

Per superare questa dialettica tra le due tendenze che coesistono all’interno dei nuovi mezzi di comunicazione, traduzione della situazione sociale contemporanea, bisognerebbe tenere sempre presente l’obiettivo principale da tutelare, ovvero la libertà in ogni sua forma. A tal proposito, anche i movimenti anarchici contemporanei dovrebbero rinnovarsi e passare dalla lotta per la distruzione dello Stato e delle gerarchie, a una lotta incentrata sugli strumenti che controllano le menti, dato che la diffusione del dominio oggi passa soprattutto sui canali del mondo della comunicazione.

La rete, quindi, ha due facce, può espandere esponenzialmente la libertà degli individui, ma, al contempo, può fare in modo che gli apparati di potere diventino più forti proprio utilizzando tale libertà per finalità di controllo. Tuttavia, si può intuitivamente concludere che non si deve rinunciare a un mezzo tanto potente solo per timore della sua ambivalenza, piuttosto, come d’altronde afferma Castells nel suo dibattito, bisogna tener conto della grande esigenza di libertà che caratterizza la

⁹⁰ Castells fa riferimento al movimento altermondialista, o no global, come esempio di questo cambiamento culturale e sociale. Si tratta infatti di un movimento tanto effimero quanto democratico, poiché non si possono stabilire all’interno di esso dei rapporti di dominio.

⁹¹ M. CASTELLS – T. IBÁÑEZ, *Dialogo su anarchia e libertà nell’era digitale*, pag. 26.

società contemporanea e dei benefici che possono derivare dall'uso delle moderne tecnologie.

CAPITOLO IV

Etica e libertà della rete: informazionalismo e teoria accelerazionista di Internet.

4.1 L'etica nella *governance* di Internet.

“Il cyberspazio è dotato di una propria cultura, di una propria etica, di un codice non scritto che già fornisce più ordine di quanto possa essere realizzato dalle imposizioni dei governi”⁹², con queste parole J.P. Barlow fornisce una chiara lettura della rete come *“nuova casa della mente”*, non soggetta ad alcun tipo di regolamentazione coercitiva proveniente dall'esterno. Il tema della *governance* di Internet, come si è analizzato in precedenza, è molto controverso e abbraccia una serie di fattori che non riguardano esclusivamente la sfera del diritto, ma anche le norme e le relazioni sociali, le regole economiche, come elementi che influenzano i comportamenti degli attori mediante lo scambio dei beni e servizi online, e le stesse regole per la fruizione e l'utilizzo della rete⁹³. Queste ultime, in particolar modo, fanno parte di quell'insieme di norme computazionali che si basano sull'interazione tra i sistemi informatici, contribuendo a formare quella che per molti studiosi si avvicina maggiormente a una sorta di legge naturale del cyberspazio, la cosiddetta *lex informatica*⁹⁴.

Il problema della *governance* di Internet, come si è visto, verte sul controverso

⁹² Sono molte le traduzioni in italiano della *Dichiarazione di Indipendenza del Cyberspazio*, di J. P. BARLOW, che si trovano in rete.

⁹³ L. LESSING, *Code V2*, 2006.

⁹⁴ R. REIDENBERG, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology*, Texas Law Review, n.3 vol. 76, 1998.

rapporto tra la rete e il diritto, al fine di trovare un bilanciamento tra l'opportunità di una regolamentazione della rete e la necessità di risolvere le nuove problematiche emergenti mediante una giusta offerta normativa⁹⁵. Il giusto bilanciamento tra queste due posizioni, tuttavia, deve essere accompagnato dalle considerazioni sociologiche ed etiche, che devono trovare ampio spazio all'interno del dibattito legislativo. La conoscenza della tecnologia informatica, infatti, può delineare non solo le possibilità positive e negative della società dell'informazione, e quindi il suo essere e poter essere, ma anche la normatività di suddetta società, ovvero il suo dover essere⁹⁶.

Alla domanda circa l'esistenza o meno di un'etica delle tecnologie dell'informazione, e in particolare della rete, si potrebbe richiamare il pensiero di H. Jonas, secondo cui nella società moderna, caratterizzata dall'uso sempre più massiccio della tecnologia, emerge l'esigenza di un'etica nuova, fondata sul principio di responsabilità⁹⁷. La scienza, nella visione di Jonas, così come la tecnologia, è all'origine del relativismo morale e della condizione di insicurezza umana che caratterizza la società moderna. Lo stesso dinamismo dello sviluppo tecnologico⁹⁸ contribuisce a rendere pericolosa la società tecnologica, facendo sì che non sia più la natura a minacciare l'uomo e la sua specie, bensì il potere conseguito per dominarla. L'urgenza di una soluzione alla minaccia di questo "*Prometeo scatenato*"⁹⁹, risiede, dunque, in una nuova riflessione etica che si sintetizza nel concetto di responsabilità. Una responsabilità nei confronti della vita stessa e della conservazione dell'umanità in un ambiente che si sta lentamente e progressivamente deteriorando¹⁰⁰, e che non stigmatizza e critica pienamente lo sviluppo della tecnologia, ma che invita all'uso cauto e prudente di quest'ultima.

Ritornando alla questione dell'etica nella *governance* di Internet, bisogna partire

⁹⁵ C. MAIOLI, E. SANGUEDOLCE, *Alcune questioni etiche e sociali per la governance di Internet*, Università di Bologna.

⁹⁶ G. SARTOR, *Informatica Giuridica*, 2008.

⁹⁷ H. JONAS, *Il principio di responsabilità*.

⁹⁸ Come scrive Jonas "il dinamismo totalizzante, l'irresistibilità dei suoi imperativi e la globalità spaziale e temporale delle sue conseguenze, insieme alla loro ambivalenza".

⁹⁹ "Il Prometeo irresistibilmente scatenato, al quale la scienza conferisce forze senza precedenti e l'economia imprime un impulso incessante, esige un'etica che mediante auto-restrizioni impedisca alla sua potenza di diventare una sventura per l'uomo [...] In questo suo balenarci incontro al futuro, nella prefigurazione delle sue estensioni planetarie e delle sue durevoli conseguenze sull'uomo, è possibile scoprire alfine i principi etici da cui sono desumibili i nuovi doveri del nuovo potere. Definisco ciò "euristica della paura". Prefaz. P. XXVII.

¹⁰⁰ "Agisci in modo che le conseguenze della tua azione siano compatibili con la permanenza di un'autentica vita umana sulla terra" H. JONAS, *Il principio di responsabilità*, p.16.

dall'opera di N. Wiener¹⁰¹, *The Human Use of Human Beings*, per riflettere sull'utilizzo e sulle possibilità delle nuove tecnologie. Nel pensiero di Wiener, infatti, la diffusione e lo sviluppo della tecnologia, soprattutto legata alla rete, avrebbe portato conseguenze enormi sulla società in generale, e su ogni aspetto della vita di ognuno in particolare. Non molto tempo dopo, un altro studioso, W. Maner usa il termine *Computer Ethics* (1978) per definire una nuova branca specialistica all'interno dell'etica tradizionale, la quale viene etichettata come “*campo di indagine che affronta i problemi etici creati, trasformati o aggravati dall'Information Technology*”¹⁰².

Sulla scia degli studi di Maner si è sviluppato un profondo dibattito circa i problemi etici legati all'utilizzo delle nuove tecnologie, che ha coinvolto inizialmente il mondo accademico statunitense, fino alla creazione, nel 1985, di una vera e propria disciplina. In quello stesso anno, infatti, si ritrovano i preziosi contributi di D. Johnson, la quale si pone in una posizione di continuità rispetto all'etica tradizionale¹⁰³, e di J. Moor, il quale nel celebre articolo *What Is Computer Ethics?* offre un punto di vista discontinuista rispetto al passato, osservando come “*le nuove tecnologie si accompagnino a un “policy vacuum” a cui deve necessariamente seguire una chiara identificazione, anche mediante la riformulazione o creazione di nuove categorie concettuali che si adattino alla nuova realtà*”¹⁰⁴.

Ad ogni modo, l'etica del computer consta di tre aspetti principali: il primo più propriamente etico, che riguarda soprattutto un'etica applicata o regionale volta a definire una serie di norme di comportamento, il secondo è un aspetto epistemologico, che considera l'impatto che le nuove tecnologie hanno esercitato sulla formazione della conoscenza e sulla rappresentazione del mondo, il terzo,

¹⁰¹ Nobert Wiener fu professore al MIT negli anni 50, viene considerato il padre della cibernetica e il primo studioso ad interessarsi delle connessioni tra Etica e Information Technology. Nel 1948, all'interno del suo libro sulla cibernetica, scrisse: “*mi resi subito conto che eravamo in presenza di una tecnologia che, nel bene o nel male, avrebbe potuto avere potenzialità inaudite da un punto di vista sociale*”.

¹⁰² W. Maner, *Starter Kit in Computer Ethics*, 1978.

¹⁰³ D. Johnson, *Computer Ethics*, 1985. All'interno di questo testo l'autrice definisce Computer Ethics come “*the way in which computers pose new versions of a standard moral problems and moral dilemma, exacerbating the old problems, and forcing us to apply ordinary moral norms in uncharted realms*”.

¹⁰⁴ C. MAIOLI, E. SANGUEDOLCE, *Alcune questioni etiche e sociali per la governance di Internet*, Università di Bologna, p.6.

infine, è un aspetto metaetico, che si basa sulla necessità di fondare una nuova filosofia dell'etica del computer¹⁰⁵. Più nello specifico si può affermare che il primo aspetto evidenzia la necessità di rintracciare delle norme di condotta, definite nell'ambito di *soft-law*, che riguardino il comportamento di coloro che utilizzano i servizi apportati dalle nuove tecnologie, e la possibilità di indicarne delle linee guida. È proprio questo aspetto che mette in luce la profonda relazione che intercorre tra etica e diritto e le loro possibili interferenze. Riguardo al secondo aspetto relativo al campo di applicazione della *computer ethics*, e dunque a quello epistemologico, risulta evidente come “*la rivoluzione tecnologica non solo amplia il novero delle nostre domande ma muta anche la loro struttura: modifica il modo di interrogarci sul mondo in cui viviamo e dunque modifica anche il modo di percepirlo e rappresentarlo*”¹⁰⁶. Viene prima di tutto rivisto e modificato il concetto di spazio, che risulta essere il presupposto teorico cardine per la rappresentazione della realtà¹⁰⁷. Il terzo e ultimo aspetto riguarda la necessità di individuare dei presupposti filosofici sulla base dei quali fondare e giustificare il carattere teorico per l'etica del computer, esigenza sollevata dall'etica dell'informazione (*information ethics*) e portata avanti da Luciano Floridi¹⁰⁸.

L'etica dell'informazione muove dal presupposto che non si possa ridurre tale materia ad un'analisi casistica, ma che si avverta la necessità di un quadro teorico di riferimento, basato sulla strutturazione di un nuovo spazio, l'*infosfera*, entro cui analizzare l'impatto delle nuove tecnologie. Non a caso, l'*infosfera* viene definita come “*ecosistema semantico, proprio della società dell'informazione, costituito dalla totalità dei documenti, degli agenti e delle loro operazioni*” ovvero come “*spazio i cui oggetti e le cui dimensioni sono costituiti da proprietà e relazioni*”¹⁰⁹. L'etica informatica ha quindi il compito di fornire una cornice critica per esaminare

¹⁰⁵ M. DURANTE, *Il futuro del web: etica, diritto, decentramento*, 2007, p. 21.

¹⁰⁶ M. DURANTE, *Il futuro del web: etica, diritto, decentramento*, 2007, p. 21.

¹⁰⁷ M. DURANTE scrive: “*Lo spazio è infatti – da un punto di vista fenomenologico – orizzonte di costituzione dell'oggetto e – da un punto di vista politico – orizzonte della coesistenza umana: una differente concezione e rappresentazione dello spazio implica, pertanto, di ripensare lo statuto dell'oggetto (e dell'obiettivo, ivi compreso l'oggetto e l'obiettivo della legge) e della coesistenza umana (dello spazio pubblico, dello spazio di manifestazione del pensiero e del voto, secondo tutte le possibilità e modalità di adesione o sostegno ad un progetto politico, sociale o giuridico)*”.

¹⁰⁸ G.M. GRECO – G. PARONITTI – M. TADDEO – L. FLORIDI, *Etica Informatica*, in Enciclopedia filosofica.

¹⁰⁹ L.FLORIDI, *Etica Informatica*, pp. 1-2.

le questioni morali concernenti diversi ambiti dell'utilizzo delle nuove tecnologie, come la tutela della privacy, la condotta umana nell'*infosfera*, la *moral agency*, e così via.

Proprio la varietà e l'aumento delle possibilità d'azione degli esseri umani, conferiti loro dalla rivoluzione tecnologica, rappresentano le problematiche tipiche che riguardano l'etica del computer: gli uomini, infatti, trovandosi di fronte a inedite opportunità non dispongono di valide e certe norme di condotta in grado di orientare l'uso delle nuove tecnologie. Si è allora in presenza di quello che Moor¹¹⁰ chiama "*policy vacuum*", ovvero un'assenza di direttiva¹¹¹. Nell'analisi di Moor, inoltre, viene chiarito quanto lo sviluppo e l'evoluzione di nuove tecnologie determini l'emergere e l'insediamento di nuovi valori all'interno della società, frutto della possibilità offerta dalla tecnologia che corrisponde ad un interesse sociale, economico o culturale. A questo punto, se le novità tecniche portano con sé dei nuovi valori che vengono implementati nella società, bisogna interrogarsi circa la neutralità o meno della tecnologia. Moor nota come la tecnologia, ampliando le possibilità d'azione degli uomini e conferendo loro i mezzi per perseguire determinati fini, sia in grado di modificare radicalmente la realtà, di trasformare "*la natura di base o lo scopo dell'attività o dell'istituzione*"¹¹².

È quindi possibile rintracciare due fasi che riguardano il processo di evoluzione tecnologica: una prima fase in cui si attua la mera implementazione del dispositivo tecnico per il raggiungimento di un obiettivo, la seconda fase in cui l'applicazione dello stesso dispositivo diviene parte integrante dell'oggetto, attività o istituzione al quale si applica, non è più esterno ad essi. "*La tecnica modifica progressivamente ciò cui si applica; non è più percepita come un mezzo in vista della realizzazione di uno scopo ma come un dispositivo che trasforma la natura o lo scopo stesso di ciò cui è applicata*"¹¹³. La non neutralità della tecnica, secondo Moor, quindi sfocia sul piano epistemologico della conoscenza: la tecnologia non amplia soltanto la quantità delle domande che l'uomo si pone, ma addirittura ne cambia la struttura, investendo anche

¹¹⁰ J. MOOR, *What is Computer Ethics?*, 1985.

¹¹¹ M. DURANTE, *Il futuro del web: "ciò contempla tanto l'ipotesi in cui manca una direttiva sul caso quanto l'ipotesi in cui le direttive o le norme esistenti in ambito etico o giuridico sono insufficienti o inadeguate a fornire un principio di soluzione al problema etico in esame."* P. 25.

¹¹² J. MOOR, *What is Computer Ethics?*, 1985.

¹¹³ M. DURANTE, p. 28.

il modo di interrogarsi sulla realtà. Da ciò deriva la conclusione di non poter considerare la tecnologia come un mero strumento, bensì come una rivoluzione in grado di modificare non soltanto la determinazione del reale, ma anche la sua comprensione da parte degli uomini.

Attualmente il discorso etico riguardante la rete si sta evolvendo verso quella che può essere definita *Global Information Ethics*¹¹⁴, ovvero una disciplina orientata ad analizzare gli aspetti problematici e critici riguardanti la società dell'informazione in scala globale, in un panorama che coinvolge diversi elementi come il cyberspazio, il *cyberbusiness*, la *global education* o il *digital divide*. A tal proposito è interessante analizzare lo schema concettuale proposto da N. Patrignani¹¹⁵, il quale, attraverso una mappa, mette a fuoco i diversi ambiti interessati dall'influenza della tecnologia e le relative metodologie per l'identificazione e la risoluzione delle problematiche inerenti.

Attraverso questo schema Patrignani mette in relazione i livelli verticali, che riguardano le macro aree influenzate dalle nuove tecnologie, e che vanno dal mondo fisico (pianeta, biosfera, persone), a quello virtuale (infosfera, cyberspazio, idee), con i livelli orizzontali, chiamati *domini*, caratterizzati dalle aree di criticità o di attenzione della *Computer Ethics*, ad esempio le problematiche legate all'identità in rete, alla *privacy* e alla net neutrality. Di certo una delle soluzioni offerte da Patrignani, senza dubbio la più auspicabile, consiste nel trovare un giusto bilanciamento tra i quattro strumenti per la *governance* della rete, che sono:

- educazione (codici etici, soft-laws);
- leggi (vincoli legali internazionali, hard-laws);
- architettura tecnologica (evoluzione dei protocolli di rete, nuovi sviluppi tecnologici);
- mercato (autoregolamentazione)¹¹⁶.

Nello scenario europeo un esempio di cooperazione tra etica e diritto si ritrova all'interno dello studio commissionato dall'ex Presidente della Commissione Europea M. Barroso, nel marzo 2011, *all'European Group On Ethics In Science and*

¹¹⁴ K. GORNIK- KOCIKOWSKA, *From Computer Ethics to the Ethics of Global ICT Society*, 2005.

¹¹⁵ N. PATRIGNANI, *Computer Ethics, Un quadro concettuale*, in *Mondo Digitale*, n.3, 2010.

¹¹⁶ Sul punto si veda L. LESSING, *Code and other laws of cyberspace*, 1999.

New Technologies (EGE), volto ad analizzare le problematiche etiche che maggiormente interessano la società a stretto contatto con le nuove tecnologie¹¹⁷. In particolare, nel febbraio 2012 l'EGE pubblica *l'opinion n. 26*, diviso in tre parti: nella prima viene fornito un quadro normativo di riferimento, con attenzione ai diritti garantiti a livello europeo e internazionale come la dignità umana, la libertà, la cittadinanza e la partecipazione, il rispetto della *privacy*; la seconda parte affronta le cosiddette *ethical concerns*, quindi ad esempio il rapporto tra identificazione e identità personale, i cambiamenti della sfera sociale, *l'e-democracy* e *l'e-commerce*. Nella terza e ultima parte, invece, vengono suggerite alcune linee guida per trovare soluzione a tali problematiche, anche attraverso opportuni cambiamenti sul piano normativo.

Come si è visto, dunque, l'avvento della rete ha contribuito alla radicale trasformazione della società, proprio perché lo sviluppo e l'evoluzione della tecnica rappresenta un'apertura a nuove possibilità, una spinta verso un mondo culturale fatto di creatività e di libertà. Tale apertura determina due conseguenze importanti: prima di tutto comporta il sorgere di nuovi problemi etici, poiché crea dei vuoti normativi e concettuali, in secondo luogo implica un decentramento del potere e del sapere, che investe anche il ruolo stesso del diritto¹¹⁸. L'insediamento delle nuove opportunità e possibilità fornite da Internet, ha l'effetto di produrre non soltanto una nuova realtà condivisa, nuovi assetti sociali e culturali, ma presuppone anche l'elaborazione e l'assunzione di una nuova serie di valori e di scelte morali. “*La tecnica consente di prendere in consegna e incanalare l'energia che sprigiona dall'apertura di nuove possibilità e che muta tali possibilità in veri e propri poteri. Le possibilità aperte dalla tecnica sono, per così dire, prese in consegna ed implementate in modo tale che dal loro utilizzo ne risulti una redistribuzione del potere (...) uno spostamento che è suscettibile di coinvolgere non solo le forme del potere ma anche del sapere*¹¹⁹”.

¹¹⁷ Si vedano le molteplici opinioni fornite dall'EGE rinvenibili nel sito ec.europa.eu

¹¹⁸ Sul punto si veda M. DURANTE, *Il futuro del web: etica, diritto, decentramento. Dalla sussidiarietà digitale all'economia dell'informazione in rete*, 2007.

¹¹⁹ M. DURANTE, p. 48.

4.2 Informazionalismo, etica hacker e lavoro immateriale nella moderna società capitalistica.

4.2.1 L'informazionalismo di Castells.

La trasformazione radicale che ha investito la società con l'avvento della rete ha avuto tra le conseguenze anche quella di ridefinire il conflitto sociale, modificandolo e facendolo evolvere in forme inedite. Il vecchio conflitto tra capitale e lavoro nella produzione dei beni, tipico della società industriale, è stato ora sostituito da nuove relazioni sociologiche che mettono al centro della questione la lotta per il controllo della conoscenza e delle fonti di informazione all'interno della rete¹²⁰. Si è quindi di fronte ad una evoluzione della società capitalistica, considerando il capitalismo come costruzione idealtipica, ovvero come concetto limite puramente ideale che tuttavia deve trovare riscontro empirico nella realtà e in base al quale il singolo fenomeno trova la sua specificità conformemente al suo grado di discostamento o prossimità da tale concetto limite¹²¹.

La consapevolezza dell'incidenza delle nuove tecnologie all'interno della società è proprio uno dei punti centrali della tesi del sociologo catalano M. Castells, che ha dispiegato il suo pensiero all'interno della trilogia *The Information Age: Economy, Society and Culture*¹²² e nel più recente *Internet Galaxy*¹²³. Relativamente alla tesi di Castells si può affermare che qualsiasi transizione storica sia avvenuta intorno ad un tipo di tecnologia, la quale, inserendosi in una determinata società, contribuisce alla riorganizzazione di quest'ultima attorno ad

¹²⁰ A. TOURAINE, *Critica della modernità*, 1993.

¹²¹ M. Weber, *L'oggettività conoscitiva della scienza sociale e della politica sociale*, in cui si afferma che "il concetto tipico-ideale serve a orientare il giudizio di imputazione nel corso della ricerca: esso non costituisce un'ipotesi, ma intende orientare la costruzione di ipotesi. Esso non è una rappresentazione del reale, ma intende fornire alla rappresentazione strumenti precisi di espressione. [...] esso è ottenuto attraverso l'accentuazione unilaterale di uno o di alcuni punti di vista, e attraverso la riunione di una quantità di fenomeni particolari diffusi e discreti, esistenti qui in maggiore e là in minore misura, e talvolta anche assenti – che corrispondono a quei punti di vista unilateralmente sottolineati – in un quadro concettuale in sé unitario."

¹²² M. CASTELLS, *La nascita della società in rete*, 1996; *Il potere delle identità*, 1997.

¹²³ M. CASTELLS, *Galassia Internet*, 2002.

essa. L'intera organizzazione sociale, dunque, risente dell'influsso della tecnologia, che si presenta come intrinsecamente portatrice di un carattere di positività e innovazione. La società, tuttavia, non viene considerata come accoglitrice passiva dell'avvento della tecnologia, ma, a sua volta, svolge un ruolo attivo nel determinare le modalità di utilizzo delle stesse¹²⁴.

È proprio sulla scorta di tali riflessioni che, secondo Castells, l'azione di rottura condotta dalla nuova tecnologia, insieme alle resistenze che essa incontra e alle evoluzioni che assume, contribuiscono a formare quell'insieme sedimentato e dinamico che è la società. La tecnologia, quindi, diventa un fattore problematico, non necessariamente positivo e volto allo sviluppo della civiltà, bensì non si configura come “né buona, né cattiva, ma nemmeno neutrale¹²⁵”, essendo condizionata sempre dal contesto sociale nel quale essa emerge.

A proposito della non neutralità naturale della tecnologia, intesa come strumento dell'individuo, bisogna richiamare il punto di vista schmittiano sul punto, secondo cui l'aspetto neutrale della tecnica risiede nel suo potersi mettere a servizio di qualsiasi decisione, ma proprio questa sua caratteristica la rende inevitabilmente non neutrale¹²⁶. Nell'ottica di Schmitt, a ben vedere, la neutralità della tecnologia è un semplice “fatto provvisorio”, nel quale la dialettica tra individuo e autorità cambia forma.

La relazione tra innovazione tecnologica e mutamento sociale assume, dunque, alcune caratteristiche peculiari che si possono riassumere nel paradigma che Castells definisce *informazionalismo*, caratterizzato dall'inedita capacità degli individui di elaborare autonomamente le informazioni veicolate dai media, e, in particolar modo, dalla rete.

Il nuovo modello reticolare, tipico del web, ha infatti modificato radicalmente l'organizzazione gerarchica della società, articolata in diverse strutture, compiti e poteri, introducendo quella che viene definita come *network society*, ovvero una

¹²⁴ Riportando le stesse parole di Castells, in *Galassia Internet: “le persone, le istituzioni, le imprese e la società in generale trasformano la tecnologia, qualunque tecnologia, appropriandosene, modificandola, sperimentando con essa.”* P.16.

¹²⁵ Si veda a questo proposito La prima legge di Kranzberg. Inoltre, in “*Dialogo su anarchia e libertà nell'era digitale*”, Castells parla della tecnologia, e soprattutto della rete in questi termini: “*le reti baciano o uccidono, non hanno problemi personali*”, per sottolineare l'importanza che riveste la società nell'utilizzo, buono o cattivo, di quest'ultima.

¹²⁶ C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, 1972.

società apparentemente disarticolata e priva di un centro. La nuova network society, pertanto, si sviluppa in nodi interconnessi che si alimentano mediante le nuove tecnologie e che si mettono in reciproca e costante relazione. *“Sono gli scopi interni al network – e la capacità di soddisfarli nel modo più economico – che determinano l’evoluzione dello stesso network nonché l’inclusione/esclusione dei soggetti sociali che vi partecipano¹²⁷”*.

Sono dunque questi i principali cambiamenti che lo sviluppo e l’innovazione tecnologia ha apportato alla società attuale, coinvolgendo prepotentemente anche la struttura e l’organizzazione, e facilitandone un’evoluzione in senso capitalistico. Date le sue caratteristiche peculiari, il nuovo modello della rete è infatti stato assunto come schema di riferimento per la gestione di molte imprese, che hanno fatto propri alcuni tratti specifici, quali l’interattività, la gestione della flessibilità, attraverso un’interazione decentrata e multipla dei diversi fattori in campo, e la personalizzazione, ovvero la possibilità, conseguita mediante l’uso delle nuove tecnologie, di adattare le caratteristiche del prodotto alle esigenze dei clienti¹²⁸.

¹²⁷ M. JORI, *Elementi di informatica giuridica*, 2006.

¹²⁸ Per approfondimenti si veda M. JORI, *Elementi di informatica giuridica*, 2006.

4.2.2 L'etica hacker nel pensiero di Himanen.

Già dal titolo, “*L'etica hacker e lo spirito dell'età dell'informazione*¹²⁹”, il lavoro di P. Himanen si colloca in stretta relazione con l'opera che, un secolo prima, portò il sociologo tedesco M. Weber ad analizzare le origini e l'affermazione del capitalismo all'interno della società. L'obiettivo di Himanen, partendo dalle premesse di Weber e, per certi versi, rovesciandole, è proprio quello di dimostrare l'impulso evolutivo che le nuove tecnologie immettono nella società, permettendo la transizione da un'epoca all'altra e aprendo a scenari storici nuovi.

Nel 1905 viene pubblicata l'opera “*L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*¹³⁰”, nella quale Max Weber ipotizza una stretta relazione tra un particolare mutamento sociale, ovvero la nascita e l'affermarsi della comunità protestante, e in particolar modo di quella calvinista, con l'avvento di un nuovo modello economico e sociologico che caratterizzerà tutto il secolo scorso sino ai giorni nostri, e quindi il modo di produzione capitalistico. Nell'ipotesi, per certi versi controversa, di Weber, a giocare un ruolo essenziale nella spinta all'innovazione e nella tendenza alla razionalizzazione della realtà, caratteristiche principali del *modus operandi* capitalista, è stata proprio la peculiarità e la rigidità di pensiero tipica del Protestantesimo, che si poneva anche in forte discontinuità con la dottrina della salvezza professata dalla Chiesa di Roma.

¹²⁹ P. HIMANEN, *L'etica Hacker e lo spirito dell'età dell'informazione*, 2001.

¹³⁰ M. WEBER, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, 1904-05.

BIBLIOGRAFIA

Tim Wu , *Network neutrality, broadband discrimination*, J. On Telecomm. & High Tech. L.2 (2003) 141.

C. M. GUERCI, *Un mondo in banda larga: lo sviluppo delle telecomunicazioni in Europa*, 2007

F.BRUNO, G.NAVA – *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni. Radiotelevisione, comunicazioni elettroniche ed editoria*. Torino 2006

F.M. BALESTRA – *Il servizio universale delle telecomunicazioni e le nuove competenze degli enti locali: prime riflessioni sul rapporto tra normativa di mercato ed interventi sociali nel codice delle comunicazioni elettroniche*, in Giustamm.it-rivista internet di diritto pubblico, n.02/2005

C .CAMBINI -T .VALLETTI , *Il mercato delle telecomunicazioni: dal monopolio alla liberalizzazione negli Stati Uniti e nella UE*.

F.M.BALESTRA, *Manuale di diritto europeo e nazionale delle comunicazioni elettroniche*, 2013

OROFINO, *Un caso concreto di governance multilevel* , dicembre 2005

G.CALABRO', *Convergenza nel settore delle telecomunicazioni*, convegno UAE, Treviso, 17 Maggio 2002

L. PROSPERETTI- M. MERINI, *Dal vecchio al nuovo quadro regolatorio: la prospettiva economica*, in *Il Codice delle comunicazioni elettroniche* , a cura di M. CLARICH – G.F. CARTEI, 2004.

F. MACALUSO- R. BARATTA- G. NAPOLI “*La neutralità della rete tra regolamentazione e concorrenza*”, Dir.Comm. 2/2011.

CASTALDO-DA-EMPOLI-NICITA, *La tripla convergenza – innovazione*,

regolazione e concorrenza delle comunicazioni elettroniche, 2008;

FILIPPELLI, *Telecom Italia e Trinko: la dialettica tra norme antitrust generali e disciplina regolatoria delle telecomunicazioni in Europa e negli Stati Uniti*, in Riv. Industriale, 2009.

J.B. BAKER, *Can Antitrust Keep Up?: Competition Policy in High-Tech Markets*, Brookings Inst., Winter 2001.

P. LICATA, *Almunia: "Successo Ott non li autorizza ad abusi di posizione dominante"*, 12 nov. 2013, in Corriere delle Telecomunicazioni.

T. E. FROSINI, *L'accesso a Internet come diritto fondamentale*, contenuto in *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, a cura di E. BERTOLINI, V. LUBELLO, O. POLLICINO, che raccoglie i contenuti del convegno tenutosi presso l'Università Bocconi il 14 dicembre 2012.

J. RIFKIN, *L'era dell'accesso. La rivoluzione della new economy*, 2001.

P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso a Internet* (Atti della tavola rotonda svolta nell'ambito dell'IGF Italia 2010), a cura di M.PIETRANGELO, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011.

R. PISA, *L'accesso a Internet: un nuovo diritto fondamentale?* Nel sito www.treccani.it .

A.VALASTRO, *Le garanzie di effettività del diritto di accesso a Internet e la timidezza del legislatore italiano.*

T. E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, rivista n. 1/2011, nel sito www.associazioneitalianadeicostituzionalisti.it

S. RODOTA', *Il diritto di avere diritti*, 2012.

P. COSTANZO, *La governance di Internet in Italia.*

F. PIZZETTI, *La governance di internet e i diritti fondamentali: uno sguardo sul futuro in una prospettiva di diritto pubblico mondiale*, in *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, a cura di E. BERTOLINI, V. LUBELLO, O. POLLICINO.

S. RODOTA', *Tecnopolitica, La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione.*

A.TOFFLER, *The Third Wave.*

V. RISI, *Progettare un web journal*, in *Tre Punto Zero*, a cura di E.ROMANELLI.

C. VACCARI, *La politica online*.

J. ABRAMSON, *Networks and citizenship: using technology for civic innovation*.

S. RODOTA', *Il lato oscuro della rete – i sette peccati capitali di Internet*.

L. LESSING, *Introduction, in Free Software, Free Society. The Selected Essays of Richard M. Stallman*, Boston, 2002.

A.J. FREELEY- D.L. STEINBERG, *Argumentation and Debate; Critical Thinking for Reasoned Decision Making*, 2009.

E. PEDEMONTE, *Morte e resurrezione dei giornali*.

E. GUTMANN, *The Slaughter*.

A. L. VALVO, *Diritto di Accesso e neutralità della rete nel panorama giuridico internazionale*.

M. CASTELLS – T. IBÁÑEZ, *Dialogo su anarchia e libertà nell'era digitale*, 2007.

J. P. BARLOW, *Dichiarazione di Indipendenza del Cyberspazio*, 1996.

L. LESSING, *Code V2*, 2006.

R. REIDENBERG, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology*, *Texas Law Review*, n.3 vol. 76, 1998.

C. MAIOLI, E. SANGUEDOLCE, *Alcune questioni etiche e sociali per la governance di Internet*, Università di Bologna.

G. SARTOR, *Informatica Giuridica*, 2008.

H. JONAS, *Il principio di responsabilità*.

N. WIENER, *The Human reason of human beings*.

W. MANER, *Starter Kit in Computer Ethics*, 1978.

D. JOHNSON, *Computer Ethics*, 1985.

M. DURANTE, *Il futuro del web: etica, diritto, decentramento*, 2007.

G.M. GRECO – G. PARONITTI – M. TADDEO – L. FLORIDI, *Etica Informatica*,
in *Enciclopedia filosofica*.

J. MOOR, *What is Computer Ethics?*, 1985.

K. GORNIAK- KOCIKOWSKA, *From Computer Ethics to the Ethics of Global ICT
Society*, 2005.

N. PATRIGNANI, *Computer Ethics, Un quadro concettuale*, in *Mondo Digitale*, n.3,
2010.

L. LESSING, *Code and other laws of cyberspace*, 1999.

A. TOURAINE, *Critica della modernità*, 1993.

M. CASTELLS, *La nascita della società in rete*, 1996

M. CASTELLS, *Il potere delle identità*, 1997.

M. CASTELLS, *Galassia Internet*, 2002

C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, 1972.

P. HIMANEN, *L'etica Hacker e lo spirito dell'età dell'informazione*, 2001.

M. WEBER, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, 1904-05.