



Costituzionalismo.it

Fascicolo 1 | 2016

TORNARE AI FONDAMENTALI: LA SOLIDARIETÀ

Net neutrality come diritto fondamentale di chi verrà

di GIOVANNA DE MINICO

NET NEUTRALITY
COME DIRITTO FONDAMENTALE DI CHI VERRÀ

di *Giovanna De Minico*
Professoressa associata di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Napoli «Federico II»

ABSTRACT

ITA

Se Internet è diventata quello che è, lo deve a chi, partendo con molte idee e poche risorse, ha saputo sfruttare le capacità espansive offerte dalla rete. Il saper innovare dei giganti della rete va rispettato e ancora favorito, ma la domanda è: come garantire che l'ingresso rimanga aperto per altri soggetti che ne ripetano la storia, e di nuovo con poche risorse e molte idee si mettano in campo, innovando l'offerta di servizi e di contenuti?

La formula magica è *net neutrality*.

Il lavoro parte dalla nozione di *net neutrality* per poi interrogarsi su tre questioni di fondo. È necessaria una norma imperativa a garanzia della neutralità della rete? In caso di risposta positiva, quale è il soggetto chiamato a porla? E, infine con quali contenuti?

L'Autrice individua nelle situazioni giuridiche soggettive coinvolte, e principalmente nel diritto a essere informati di noi utenti finali, il parametro per rispondere agli interrogativi suindicati.

Il percorso argomentativo perviene alla conclusione che qualsivoglia disciplina, una combinazione di norme imperative con regole consensuali, si voglia dare alla *net neutrality* questa dovrà avere il suo centro nella persona accolta nella sua completa dimensione costituzionale e al tempo stesso dovrà riservare la capacità trasmissiva e innovativa della rete non solo a chi già c'è, ma anche a chi verrà, perché le generazioni future hanno il nostro

stesso diritto di intrapresa economica e di crescita interiore.

EN

If the Internet has become what it is, this is due to those who, starting with many ideas and few resources, have been able to exploit the capabilities offered by the expansive network. The ability to innovate of the network giants must be respected, and still supported, but the question is how to ensure that the network remains open to new entrances who may repeat the story and again, with few resources and a lot of ideas, offer new services and content.

The magic formula is net neutrality.

This paper starts from the notion of net neutrality and then poses three basic questions. Is a mandatory rule necessary to guarantee net neutrality? If so, who should be in charge to establish it? And, finally, what features should be assigned to it?

The author identifies in the fundamental rights involved, and basically in the right to be informed of the end users, the parameter to respond to the above questions.

The reasoning comes to the conclusion that any discipline, laid down for the net neutrality, combining mandatory provisions with consensual rules, will have to focus in the person, meant in his full constitutional dimension. Furthermore, such discipline will have to reserve the transmission capacity and the innovative features the network not only to the existing, but also to future people. Indeed, future generations must be granted, like us, the right to undertake economic activities and to pursue human goals.

NET NEUTRALITY

COME DIRITTO FONDAMENTALE DI CHI VERRÀ

di *Giovanna De Minico*

SOMMARIO: *1. La solidarietà come premessa - spesso presupposta o implicita - degli ordinamenti democratici; 2. Principio solidarista e doveri inderogabili; 3. Il bilanciamento tra i diritti inviolabili e i doveri inderogabili di solidarietà; 4. Il principio di solidarietà alla prova dei fatti, anche nell'ottica europea; 5. Una nuova concezione di «comunità» necessariamente oltre i classici confini nazionali.*

1. Le domande della *net neutrality*

A prima vista, la rete appare come una realtà dominata da pochi giganti. Di fatto, nomi come Google, Yahoo, Microsoft, Apple, Facebook rappresentano per una vastissima platea di utenti la via per entrare nella realtà virtuale e trarne i vantaggi che diversamente rimarrebbero loro preclusi. E tuttavia, la storia dimostra che lo sviluppo esponenziale della rete è stato reso possibile dagli spazi che essa offriva agli stessi giganti di oggi, un tempo piccole realtà imprenditoriali. Il grande successo di Internet è venuto dall'essere aperta all'innovazione prodotta da quelle realtà, che ne hanno tratto un vantaggio imprenditoriale, ma al tempo stesso hanno portato la rete a incidere concretamente sulla crescita economica, sociale e politica di miliardi di persone.

Se Internet è diventata quello che è, lo deve a chi, partendo con molte idee e poche risorse, ha saputo sfruttare le capacità espansive offerte dalla rete. Il saper innovare dei giganti della rete va rispettato e ancora favorito. Ma oggi la domanda è: come garantire altresì che l'ingresso rimanga aperto per altri soggetti che ne ripetano la storia, e di nuovo con poche risorse e molte idee si mettano in campo, innovando l'offerta di servizi e di contenuti? Solo favorendo le *new entries* e il ricambio dei *players* potremo assicurare che la rete continui a essere lo strumento globale di crescita e sviluppo che è stata finora.

La formula magica è *net neutrality*. Essa, anche se priva di una definizione univoca¹, trova il suo contenuto minimo nel divieto per il fornitore dell'accesso alla rete di discriminare in qualità o velocità contenuti, applicazioni o servizi offerti da chi vuole diffonderli alla comunità indifferenziata dei naviganti in Internet².

La sostanza della *net neutrality* pone tre domande di fondo. È necessaria una norma imperativa a garanzia della neutralità della rete? In caso di risposta positiva, quale è il soggetto chiamato a porla? E, infine con quali contenuti?

L'esame delle situazioni soggettive in gioco ci offre utili indicazioni per rispondere a queste domande e orienta il nostro ragionamento verso i luoghi di esercizio dei diritti stessi, corrispondenti ai *two-sided markets*³ secondo un'espressione cara alla teoria economica.

¹ A.A. GILROY, *CRS Report for the Congress. Net neutrality: Background and issues*, in <http://price.house.gov/issues/uploadedfiles/media5.pdf>, 2008, p. 4: «There is one single accepted definition of 'net neutrality'».

² Sul tema la discussione giuridica ha ormai dimensioni globali. Nell'ambito dell'Unione Europea si ricordano i contributi monografici – quanto ai saggi in riviste essi saranno citati di volta in volta – di: K. MANIADAKI, *EU Competition Law, Regulation and the Internet: the Case of Net Neutrality*, Aspen Pub, Aspen, 2014; Observatoire européen de l'audiovisuel, *Why Discuss Network Neutrality?*, European Audiovisual Observatory, Strasbourg, 2011. Sull'azione regolatoria negli Stati Uniti sono intervenuti, tra gli altri: D. LAMBERT, *Net Neutrality & the FCC*, Nova Science Publishers Inc, Commack, NY, 2015; M. HOWARD, *Net Neutrality for Broadband: Understanding the FCC's Open Internet Order and Other Essays: Volume 3*, Puma Concolor Aeternus Press, 2015; A.C. FIRTH – N.H. PIERSON, *The Open Internet, Net Neutrality and the FCC*, Nova Science Publishers, New York, Commack, NY, 2011. Più in generale, ai particolari fini di questo scritto, sono risultati di particolare interesse: Z. STIEGLER, *Network Neutrality and the Fate of the Open Internet*, Lexington Books, Lanham, 2014; C.T. MARSDEN, *Net Neutrality: Towards a Co-regulatory Solution*, Bloomsbury Academic, London, 2010. In una prospettiva inclusiva dei beni giuridici coinvolti: L. BELLI – P. DE FILIPPI, *Net Neutrality Compendium: Human Rights, Free Competition and the Future of the Internet*, Springer International Publishing Switzerland, Cham, ZG, 2015; F. DELL'AVERSANA, *Le libertà economiche in Internet: competition, net neutrality e copyright*, Aracne, Roma, 2014; D.C. NUNZIATO, *Virtual Freedom: Net Neutrality and Free Speech in the Internet Age*, Stanford Law Books, Stanford, Calif., 2009. Né mancano le voci critiche, tra cui: T.W. HAZLETT, *The Fallacy of Net Neutrality*, Encounter Books, New York, 2011; R. ZELNICK – E. ZELNICK, *The Illusion of Net Neutrality: Political Alarmism, Regulatory Creep, and the Real Threat to Internet Freedom*, Independent Publishers Group, Stanford, 2013.

³ La letteratura economica sul tema è ampia, ma ai nostri fini è sufficiente indicare come punti di riferimento le riflessioni generali di M. RYSMAN, *The Economies of Two-Sided Markets*, in *Journal of Economic Perspectives*, vol. 23, n. 3/2009, pp. 125-143; nonché quelle più strettamente connesse al tema della *net neutrality* che si devono a N. ECONOMIDES – J. TAG, *Network neutrality on the Internet: A two-sided market analysis*, in *Information Economics and Policy*, vol. 24, 2012, pp. 91-104. Nella letteratura economica italiana

2. Diritti e doveri nella relazione tra il fornitore di accesso e il fornitore di contenuti in Internet

Il primo mercato, quello a monte, vede l'incontro tra due soggetti economici: il fornitore dell'accesso a Internet e chi ne fa domanda per trasmettere all'utente finale il flusso informativo da lui disegnato.

A) Gioverà all'analisi di questa relazione intersoggettiva ricordare in breve la natura di Internet. Uno spazio immateriale, ma non astratto, che si offre per una nuova compresenza di libertà e diritti; nella sua dimensione di *Agorà*, aggiuntiva ma non sostitutiva ai luoghi fisici per l'esercizio dei diritti fondamentali, non può che appartenere a tutti e quindi a nessuno. Il suo essere un bene a imputazione diffusa è il riflesso del suo porsi al servizio di libertà a titolarità generalizzata. Da ciò l'intolleranza di Internet all'alternativa concettuale pubblico/privato, e la sua vicinanza alla categoria dei beni comuni⁴ in quanto la rete, come il *genus* richiamato, si presta a un uso indifferenziato, simultaneo ed equiordinato a vantaggio dell'intera collettività⁵. Se la rete è essenziale per compiere la dimensione costituzionale della persona, e qui Internet rileva come patrimonio aperto da cui ciascuno attinge conoscenza⁶ per accelerare la propria inclusione nel processo politico-democratico⁷, essa diventa un bene indispensabile, non diversa-

l'argomento è stato ripreso da ultimo con significativi elementi innovativi da A. NICITA, #Questianni. Domande digitali in cerca di regole, in *Antonionicita.it*, dicembre 2015, pp. 181-186, disponibile al seguente link:

http://media.wix.com/ugd/d2383a_8a0a6e8e8f31495b9ba6d9cb4b69ffa2.pdf

⁴ Tra i molti: U. MATTEI – E. ROVIGLIO – S. RODOTÀ (a cura di), *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 2010; S. RODOTÀ, *Beni comuni e categorie giuridiche. Una rivisitazione necessaria*, in *Questione Giustizia*, 2011, 237; ID., *Il mondo della rete. Quali diritti, quali i vincoli*, Laterza, Roma-Bari, 2014.

⁵ Il nesso causale che corre tra il bene comune e le sue finalità sociali è stato ben sottolineato da A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Laterza, Bari, 2013, pp. 65 ss.

⁶ Per un concetto accrescitivo di conoscenza coerente con l'esperienza di condivisione propria della realtà di Internet si vedano: C. HESS – E. OSTROM (a cura di), *Understanding knowledge as commons. From Theory to Practice*, The MIT Press, Cambridge, 2007, in part. capitolo terzo, pp. 45 ss.

⁷ In proposito F. LA RUE, *Report on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and Expression*, 16 maggio 2011, all'Assemblea Generale dell'ONU, in *Ohchr.org*,

mente dai diritti fondamentali esercitati per suo tramite, e, come tale, va assicurata non solo a chi è già presente e quindi ne può disporre, ma soprattutto a chi verrà. È il dovere costituzionale di solidarietà intergenerazionale⁸ a esigere dai naviganti e dagli imprenditori di oggi un uso di Internet non distruttivo, in modo da non esaurirne la capacità trasmissiva e preservarne un'adeguata capienza rispetto alle richieste di domani, non meno legittime di quelle di oggi⁹.

Aver chiarito la natura di Internet ci aiuta a risolvere questioni inerenti ai diritti e doveri dei due soggetti nel mercato a monte: il fornitore l'accesso e colui che lo richiede.

La rete accostabile al bene comune si sottrae a pretese dominicali esclusive; pertanto, il primo non è libero di decidere se e a quali condizioni mettere a disposizione la sua azienda, cioè la capacità trasmissiva di rete; egli è invece tenuto a condividere i *byte* con chiunque glieli chieda e a riservare loro pari trattamento negoziale, trattando le domande di accesso in modo uguale. Nel caso in cui il *gatekeeper* rallentasse un contenuto per accordare più banda al contenuto del concorrente che ha pagato un'eccedenza in cambio di maggiore velocità, avrebbe disposto della rete come di un bene in sua proprietà. Mentre, le precedenti riflessioni sulla indipendenza di Internet da titoli di acquisizione esclusiva hanno come conseguenza la necessaria parificazione dei fornitori dei contenuti nella pretesa di accedere alla rete, a prescindere dalle rispettive capacità di spesa.

B) All'analisi della rete come bene comune si affianca la ricostruzione della stessa rete come *essential facility*¹⁰ di un'attività

dove il *Rapporteur* afferma che «Unlike any other medium, the Internet enables individuals to seek, receive and impart information and ideas of all kinds instantaneously and inexpensively across national borders. By vastly expanding the capacity of individuals to enjoy their right to freedom of opinion and expression, which is an 'enabler' of other human rights, the Internet boosts economic, social and political development, and contributes to the progress of humankind as a whole». Il testo è consultabile al seguente *link*: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf

⁸ In termini generali sulla obbedienza della disciplina dei beni comuni al dovere di assicurare i diritti delle generazioni future si veda, tra i molti, R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Franco Angeli, Milano, 2008, *passim*.

⁹ Per tutti cfr.: S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 126.

¹⁰ La dottrina dell'*essential facility* è di origine americana (per i *leading case* cfr.: *United States v. Terminal Railroad Association of Saint Louis*, 224 US 383, 1912; *United States v. Griffith*, 334 US 100, 1948; *Otter Tail Power Co. v. United States*, 410 US 366, 1973; *Aspen*

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

All'obbligazione positiva di quest'ultimo di equiordinare le domande dei fornitori dei contenuti corrisponde a loro favore il diritto a ricevere condizioni negoziali imparziali secondo il principio dell'*equal treatment*. La loro pretesa di concludere il contratto di interconnessione e di perfezionarlo alle medesime condizioni riservate al competitore è un passaggio obbligato verso la concreta parità nel diritto all'iniziativa economica: offrire servizi e contenuti al cittadino digitale. Invero, il fornitore dei contenuti vanta nei confronti dello Stato una libertà economica, che nella sua immediata manifestazione esige che lo Stato¹¹ si attivi creando obblighi positivi a carico del fornito-

Skiing Co. v. Aspen Highland Skiing Corp., 472 US 582, 1985). Ridotta a una definizione essenziale, essa impone a un'impresa, in posizione dominante nella disponibilità di un'infrastruttura, a sua volta indispensabile per competere, l'obbligo di renderla accessibile ai concorrenti a condizioni non discriminatorie.

La letteratura italiana è estesa, sul punto per noi pertinente del rapporto tra eteronomia e legge di mercato tra i primi: D. DURANTE – G. MOGLIA – A. NICITA, *La nozione di essential facility tra regolamentazione ed antitrust*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, n. 2/2001, pp. 257 ss. L'ampia casistica della giurisprudenza comunitaria ha ben colto il rapporto tra l'obbligo legale a contrarre gravante sull'impreditore in dominanza e il suo diritto d'intrapresa conformato da tale obbligo, limitante l'originaria consistenza della sua libertà, per una buona rassegna dei casi si veda: I. PICCIANO, *I confini interpretativi della dottrina dell'essential facility e sua applicazione al mercato del trasporto ferroviario in Italia: problemi e limiti*, in *Dir. Com. Scambi Inter.*, n. 2/2004, in part. pp. 388-390.

¹¹ Questi obblighi di intervento, ancorché esaminati dalla Corte costituzionale sotto il limitato profilo della competenza regolatoria statale (dalla sentenza n. 14/2004) rappresentano le misure pubbliche dirette a riequilibrare posizioni di iniziale disparità al fine di promuovere e assicurare le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato. Si tratta di «strumenti che, in definitiva, esprimono un carattere unitario e, interpretati gli uni per mezzo degli altri, risultano tutti finalizzati ad equilibrare il volume di risorse finanziarie inserite nel circuito economico».

Criticano l'inclusione degli aiuti di Stato in questa *policy pro-activa* del soggetto pubblico: L. CASSETTI, *La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell'intervento statale a tutela della concorrenza*, in *Federalismi.it*, n. 5/2004, p. 6; A.PACE, *Gli aiuti di Stato sono forme di "tutela" della concorrenza?*, in *Giur.cost.*, 2004, p. 262 e di R. CA-

re di connettività – messa a disposizione dei *byte* secondo parità – nel momento in cui lo Stato vi avrà adempiuto e quindi la condizione di effettività della libertà economica si sarà avverata, lo stesso diritto chiederà allo Stato l'inerzia. A partire da questo momento di tempo l'iniziativa del fornitore dei contenuti si comporta come una libertà negativa in senso proprio, il cui soddisfacimento esige che Stato e *omnes* si astengano dal fare alcunché, lì dove nella fase precedente tale libertà ha coinciso con una pretesa prestazionale, il cui compiersi chiede a più soggetti l'adempimento di un *facere*.

Assumiamo ora come angolo visuale la finalità perseguita dalla *net neutrality*; la disciplina, almeno in prima battuta, previene che sul mercato a monte si creino situazioni di ingiustificato vantaggio a favore di taluni fornitori dei contenuti e quindi in danno di altri, assicurando pari *chances* tra i fornitori dell'accesso nella competizione rispetto al consumatore. La gara non deve essere falsata da vantaggi aprioristicamente accordati, ma tutti devono partire dagli stessi blocchi in modo che sia il consumatore, non un privilegio iniziale, a selezionare il migliore.

C) La rete deve essere, infine, vista come strumento necessario per l'esercizio di libertà nel caso in cui il servizio del fornitore punti all'obiettivo di mettere pensieri e idee a disposizione dei naviganti. In tale ipotesi Internet non può più essere considerata solo come un'*essential facility*, volta a equiordinare i fornitori di contenuti per non alterare la competitività verso il consumatore. Prevale qui, invece, la concezione della rete come strumento essenziale per l'esercizio di una libertà, alla quale si estende in principio la tutela accordata alla stessa libertà. Già la nostra Corte Costituzionale¹² aveva affermato

RANTA, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del titolo V della Costituzione*, in *Le regioni*, 2004, p. 1007.

¹² La Corte Costituzionale (sentenze nn. 48/1964 e 225/1974 e, più recentemente, 112/1993) ha riconosciuto l'"indispensabile strumentalità" tra il mezzo divulgativo del pensiero e quest'ultimo, ritenendo il primo fase prodromica alla realizzazione della libertà. In dottrina, in senso adesivo: P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. Dir.*, XXIV, 1974, p. 424 ss., nonché C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 26. Parzialmente diversa è la posizione di A. Pace (A. PACE – M. MANETTI, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. BRANCA – A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli – Società Editrice del Foro italiano, Bologna-Roma, 2006, pp. 27-28) che, pur riconoscendo l'intenzione dei costituenti di estendere la ga-

l'inscindibile eniadi tra libertà e accesso al mezzo, pur subordinando questo al limite del "tecnicamente possibile". Più di recente il principio è stato ripreso dal *Conseil Constitutionnel*¹³, proprio con specifico riferimento alla rete, rispetto alla quale «l'expression des idées et des opinions, [...] implique la liberté d'accéder à ces services».

Il limite del "tecnicamente possibile" è di certo applicabile anche alla rete in quanto mezzo comunque finito nella sua capacità trasmissiva e in tale contesto la tutela della libertà si traduce necessariamente nella parità di accesso alla rete che diventa l'unico modo per garantire che tutti siano uguali nel manifestare il proprio pensiero. Se dunque un fornitore di contenuti potesse disporre di una banda più larga, la sua libertà di pensiero sarebbe più uguale di quella dell'altro fornitore relegato sull'Internet rallentata.

In conclusione, se dunque il *gatekeeper* filtrasse a monte l'accesso, con una sola condotta violerebbe al tempo stesso due diritti dello stesso fornitore di contenuti: quello alla sua libertà di iniziativa economica, ingiustificatamente privata delle pari opportunità rispetto all'impresa destinataria del trattamento favorevole; ma anche quello alla sua libertà di manifestazione del pensiero, che avrebbe subito un'inedita censura privata¹⁴ ad opera del *gatekeeper* in forza del rallentamento della velocità trasmissiva delle sue idee dirette al cittadino digitale.

ranzia, di cui al 21 Cost., dal contenuto al mezzo, ritiene che la libertà sia espressione di una garanzia "mediata" in quanto, con riferimento ai mezzi di diffusione, il 21 non riconoscerebbe a tutti i cittadini un generale «diritto al mezzo» ma al «mezzo di cui si abbia giuridica disponibilità in accordo con le leggi che lo disciplinano».

¹³ Conseil constitutionnel, *Décision n. 2009-580 DC*, sur projet de loi «favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet», del 10 Giugno 2009, in *AJDA*, 2009, p. 1132 (con osservazioni di S. BRONDEL), oppure si consulti il sito istituzionale del Conseil al seguente *link*:

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2009580DC2009580dc.pdf>

¹⁴ Una forma diversa di censura, comunque imputabile ai privati, è quella che nei regimi autoritari si consuma tra i governi richiedenti il controllo sull'informazione e gli ISPs, obbligati come loro *longa manus* a chiudere o oscurare siti in ragione dell'esito del sindacato: E. MOROZOV, *The net delusion, the dark side of Internet freedom*, Public Affairs, New York, 2011, pp. 211-218.

3. I diritti e gli obblighi nella relazione tra i fornitori di accesso (o contenuti) e il consumatore-persona

Il mercato a valle vede, accanto agli attori prima richiamati, l'utente finale, che frequenta Internet per scaricare un *file*, visitare un blog, vedere un film o altro. Le sue aspettative non si esauriscono in quelle di un semplice consumatore di detersivi o vestiti perché le prestazioni di *e-health*, di *Voip* o di visione dei film in qualunque modalità, solo per ricordare con gli esempi le condotte più ricorrenti in rete, rispondono al suo bisogno come persona, piuttosto che come *homo oeconomicus*, perché incontrano la sua domanda di essere informato e quindi, in ultima istanza, contribuiscono allo sviluppo della dignità dell'individuo e alla sua tensione verso la felicità. Il diritto di essere informato del navigante si esercita, come ogni libertà negativa, verso chiunque, pubblico o privato, che si dovrà dunque astenere dal porre in essere atti che possano impedire o anche solo restringere questo diritto¹⁵.

¹⁵ Il suo percorso come libertà negativa parte da «mero interesse della collettività all'informazione», garantito da «una pluralità di fonti di informazione, libero accesso alle medesime, assenza di giustificati ostacoli legali, anche temporanei, alla circolazione delle idee» (come nelle parole della Corte Cost., 105/1972). Tale configurazione, è stata opportunamente definita meno impegnativa rispetto a quella del «diritto» (così A. VALASTRO, *Art. 21*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, UTET, Torino, 2006, p. 457). Quest'ultimo invece comporta «i rischi di funzionalizzazione dei contenuti della libertà di informare», forse sottovalutati da N. Lipari (N. LIPARI, *Libertà di informare o diritto ad essere informati*, in *Dir. radiodiffusione*, 1978, pp. 1 ss.) che ne fu l'ideatore.

Altri, pur negando alla libertà la dimensione di diritto soggettivo, la hanno assunta a valore costituzionale che giustifica, ma non esige dal legislatore, norme volte a garantire la pluralità delle fonti (così P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, 1984, p. 235). Ancora su questa linea, non come oggetto di una situazione soggettiva garantita al singolo individuo, ma al più come «una situazione sintomatica del diritto all'informazione» si veda: R. ZACCARIA, *Diritto all'informazione e della comunicazione*, Cedam, Padova, 2004, p. 65; così come esclude che esista in generale «un diritto dei privati ad essere informati – sia nel senso più generico di un diritto ad una informazione il più possibile seria e imparziale, sia nel senso più ristretto e specifico, della pretesa all'ottenimento di una data notizia»; A. PACE - M. MANETTI, *op. cit.*, *ivi*, p. 347.

Infine, al passaggio finale come diritto sociale, che esige un comportamento prestazionale soddisfacente dello Stato, ha contribuito la giurisprudenza costituzionale (sentt. 148/1981; 826/1988; 348/1990; 112/1993; 420/1994 e 466/2002).

Una particolare menzione va fatta per il pensiero di F. MODUGNO, *Nuovi diritti e principi supremi della Costituzione*, che non abbandona *tout court* la via del diritto, ma la costruisce in un contesto sistematico, parlando di «diritto trasversale, o meglio come insieme

Individuiamo ora il soggetto passivo di questa seconda relazione intersoggettiva: il fornitore dell'accesso, il quale nell'accordare priorità a un contenuto e di conseguenza nel rallentare un altro, sceglie per il consumatore le idee che lo debbano raggiungere in anticipo rispetto alle altre. Quindi, il comportamento discriminatorio del *gatekeeper* non solo lede in prima battuta il diritto all'iniziativa economica dei fornitori di contenuti esclusi dalla corsia preferenziale unitamente al loro diritto alla manifestazione del pensiero, come si è detto prima, ma consuma altresì la libertà di scelta del cittadino della rete, che solo in apparenza si potrà ancora orientare tra più contenuti, ma di fatto sarà guidato verso l'idea che gode della *fast lane* accordatagli dal fornitore dell'accesso.

La sua posizione non è nella sostanza diversa da quella dell'utente di Google, in principio libero di abbandonare la comunità Google e di rivolgersi a un'altra piattaforma, anche se di fatto non lo fa. La pseudo libertà dell'utente è l'argomento utilizzato da chi¹⁶ vorrebbe escludere la dominanza di Google sul mercato della raccolta pubblicitaria e quindi l'abusività della sua condotta, che tale non sarebbe perché lascerebbe intatta la facoltà del consumatore di andare altrove. È evidente invece che lo *ius variandi* del consumatore non è una facoltà spendibile in concreto perché il consumatore non trova presso altro operatore la medesima offerta integrata di servizi propostagli da Google, e pertanto deve desistere dall'abbandonare Google.

Ritornando ora al nostro oggetto di indagine, la *net neutrality*, vediamo che il diritto dell'utente finale rispetto al flusso informativo si risolve nel poter scegliere liberamente tra una pluralità di servizi, contenuti e applicazioni quello che gli è più gradito in base ai suoi gusti politici e inclinazioni culturali e anche più rispondente ai suoi bisogni di uomo digitale. È il diritto a essere informati, che, nel mutare terreno di esercizio dalla realtà materiale alla rete, diventa ancora più esposto a forme surrettizie di orientamento e di aggressione di quanto non lo

di tutti i diritti trasversali ricavati dalla combinazione di più disparate disposizioni costituzionali», *Relazione al V Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, Taormina 1990.

¹⁶ R. BORK, *Antitrust and Google*, in *Chicago tribune*, April 6, 2012, in <http://trib.in/Hk1Vbz>: «There is no coherent case for monopolization because a search engine, like Google, is free to consumers and they can switch to an alternative search engine with a click».

fosse *offline* in ragione della illimitata capacità penetrativa di Internet nel processo formativo del consenso individuale, nonché della sua idoneità a incarnare il mito moderno di uno sconfinato *market place of ideas*. Intanto Internet sarà all'altezza del ruolo da ultimo assegnatole in quanto si sia realizzata la seguente condizione: ogni idea deve poter accedere liberamente al mercato digitale senza filtri all'origine, diversamente, chi naviga pensa di trovare in rete tutto ciò che esiste, ma finisce poi per reperire solo quanto i *gatekeeper* vogliono fargli trovare.

Questa *fiction iuris* di Internet che pretende di mimare un illimitato e sempre mutevole mercato delle idee, libero da ogni sindacato di forma e di merito sul pensiero, ha la sua unica garanzia nell'attributo dell'inviolabilità, che accompagna ogni diritto fondamentale e dunque anche quello di attingere alle fonti digitali del consumatore-persona.

Un attributo, questo, che si fa valere, non nei soli confronti del soggetto pubblico – tenuto a rispettare in ogni sede, anche in quella di revisione, il nocciolo duro del diritto – ma, come la sua natura di diritto assoluto esige, verso chiunque.

Storicamente¹⁷ i diritti assoluti, come è ben noto, si affermarono con la nascita dello Stato di diritto, cioè in un contesto di legalità che era innanzitutto pretesa dell'individuo a difendere la sua sfera personale dall'ingerenza del potere pubblico. Questa preoccupazione della persona a elevare un confine invalicabile contro le ingerenze autoritarie si tradusse in un particolare modo di essere delle libertà in esame: pretese a un *non facere* da parte dello Stato, richiesto di agire il meno possibile. L'inerzia del potere costituito non deve però essere assoluta, al punto da esonerarlo dall'assicurare il rispetto della libertà anche nei confronti degli altri consociati, i quali, non diversamente dallo Stato, dovranno anch'essi astenersi dal fare quanto è proibito al primo¹⁸.

¹⁷ Ampia la ricostruzione in A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili* (voce), in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XI, Roma, 1989, pp. 3-4.

¹⁸ Questa lettura dell'inviolabilità di cui all'art. 2 Cost., come obbligo della Repubblica di riconoscere e far rispettare i diritti fondamentali anche nei rapporti tra soggetti privati, ha validi argomenti nelle riflessioni di G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Giappichelli, vol. I, Torino, 1970, pp. 62 ss.; ampiamente sul punto A. PACE, *Problematiche delle libertà costituzionali. Parte generale*, Cedam, Padova, 2003, pp. 17 ss., l'Autore assume dalle disposizioni che ammettono restrizioni solo da mano pubblica un'ulteriore prova dell'efficacia generale delle norme sui diritti fondamentali, alcune delle quali presentano la particolarità di attribuire «all'autorità pubblica una competenza che (la Costituzione) non riconosce ai privati», fermo restando l'opponibilità *erga omnes* di tutti i diritti fondamentali.

Se così non fosse, e cioè se il privato potesse disporre del diritto fondamentale altrui, non solo gli sarebbe consentito quanto è sottratto al consenso negoziale del titolare del diritto¹⁹ – perché il diritto fondamentale è al servizio della crescita democratica dell'ordinamento²⁰, e quindi, è un bene indisponibile *iure privatorum* – ma soprattutto si vanificherebbe la protezione accordata dal potere pubblico. Sarebbe come dire che i privati possano porre nel nulla le garanzie dei diritti fondamentali, osservate inutilmente dai poteri costituiti.

Per le ragioni anzidette nelle contrattazioni sul mercato a monte tra il fornitore dell'accesso e il fornitore dei contenuti non si deve prioritarizzare un contenuto e postergare quello del produttore estraneo all'accordo. Questa gerarchizzazione privata dei contenuti nega in prima battuta al terzo rispetto all'accordo quella parità dei punti di partenza, che è condizione di effettività nella pari titolarità dei diritti di iniziativa tra il terzo e il concorrente parte dell'accordo, il quale ultimo vanterebbe un diritto più diritto di quello dell'estromesso. Questo ordine imposto dall'accordo di interconnessione tra il contenuto velocizzato e quello rallentato si trasmette nel rapporto con il consumato-

A. BARBERA, *Commento all'art.2*, in G. BRANCA – A. PIZZORUSSO (a cura di), *op. cit.*, in part. a p. 106, giustifica l'opponibilità dei diritti inviolabili verso chiunque, pubblico o privato, in ragione del fatto che la loro tutela «non può non esplicarsi anche a vantaggio del privato 'debole', che subisca una serie di influenze e di condizionamenti tali da essere posto in condizione di soggezione nei confronti del 'potere privato' o comunque nei confronti di altri privati posti in posizione dominante».

¹⁹ La giurisprudenza della Corte di Giustizia sin dal caso *Walrave (Case 36/74 Walrave and Koch v. Association Union Cycliste Internationale and others*, ECR 1415, 1974, in part. punti nn. 12, 16 e 17) affermò che i divieti posti dalle norme in difesa delle libertà fondamentali si applicano, non solo agli Stati, ma altresì ai soggetti privati. L'interpretazione estensiva del divieto è funzionale al compimento dell'integrazione europea, altrimenti compromessa nel caso in cui «oltre alle limitazioni stabilite da norme statali non si eliminassero anche quelle poste da associazioni o organismi non di diritto pubblico nell'esercizio della loro autonomia privata» (punto 18). *Walrave* non rimase un caso isolato, ma inaugurò un filone ininterrottamente seguito da altri *leading case*, quali *Donà*, *Bosman*, *Deliège* e *Lethnonen*.

²⁰ Così l'intervento in Assemblea Costituente dell'On.le A. Moro, a chiarimento del significato dell'art. 2 Cost., *Interventi, Atti A.C.*, I, 593 ss.: «si è voluto porre un coerente svolgimento democratico, poiché lo Stato assicura veramente la sua democraticità ponendo a base del suo ordinamento il rispetto dell'uomo guardato nella molteplicità delle sue espressioni, l'uomo che non è soltanto singolo, che non è soltanto individuo, ma che è società nelle sue varie forme, società che non si esaurisce nello Stato».

re-persona, alterandone le preferenze che in mancanza dell'accordo si sarebbero orientate secondo una scala di opzioni personali.

In sintesi, lo stretto dialogo economico tra il mercato a monte e la piazza virtuale a valle ha messo in luce il bene ultimo affidato alle cure della *net neutrality*: la libertà di essere informato di ciascuno di noi, come possibilità di scegliere in rete quello che più ci aggrada²¹. Nella ricostruzione da noi suggerita l'iniziativa economica dei fornitori del flusso informativo, inizialmente promossa a valore assoluto da difendere, è opportunamente ricondotta a bene-mezzo preordinato al soddisfacimento di un fine remoto²²: la crescita dell'individuo proiettata verso la sua piena inclusione nel processo politico-democratico, quasi a voler compensare le asimmetrie sociali ed economiche sopportate dalla persona nella realtà *offline*²³.

4. Regola imperativa o autoregolazione sulla *net neutrality*?

La natura di Internet come bene comune lo rende indisponibile all'autonomia negoziale, intesa come fonte regolativa non preceduta da una cornice imperativa. Se infatti la *net neutrality* fosse oggetto di una negoziazione tra fornitore di accesso e fornitore di contenuti, sarebbe inevitabile il suo dissolversi nell'interesse privato dei contraenti. Infatti, l'accordo che concede la *fast lane* a un fornitore di contenuti certamente risponde a una reciproca convenienza economica tra il concedente i *byte* e il fornitore del contenuto, ma sacrifica alla logica mercantile dei contraenti ogni altra posizione soggettiva interessata.

²¹ M. VILLONE, *La Costituzione e il "diritto alla tecnologia"*, in G. DE MINICO (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti*, Jovene, Napoli, 2010, in part. p. 267, assegna alla neutralità il compito soddisfacente della pretesa prestazionale del diritto a essere informati, rendendo «la rete un terreno competitivo perfettamente paritario per l'informazione e la conoscenza, e un mercato perfetto per l'economia».

²² Già D.C. NUNZIATO, *Virtual freedom: net neutrality and free speech in the Internet age*, Stanford Law Books, Stanford, California, 2009, in part. pp. 136 ss., aveva privilegiato come *focus* della regolazione il *free speech* piuttosto che le preoccupazioni competitive.

²³ T.W. HAZLETT, *The fallacy of net neutrality*, Encounter Books, New York, 2011, dove si offre una lettura diametralmente opposta a quella da noi suggerita, perché assume la *net neutrality* come un male per la competizione e i consumatori: «Neither consumers nor the Internet are protected by rules hostile to cooperative efforts – even if money were to pass between firms, even when firms do enjoy market power – that expand outputs and lower prices», pp. 12-13.

Questa inidoneità del negozio a essere fonte regolativa dominante è perfettamente coerente con l'indisponibilità giuridica delle libertà fondamentali, di cui si è detto prima, perché in questo caso l'azzeramento della *net neutrality* degraderebbe sia il diritto alla manifestazione del pensiero del concorrente estromesso dall'accordo che quello all'informazione dei cittadini digitali.

Da quanto detto deriva la necessità che la disciplina della *net neutrality* sia posta da una norma imperativa, che definisca in anticipo le ragioni giustificative di una deroga negoziale alla *net neutrality*, tenendo presente che la deviazione dal principio di eguaglianza nella titolarità delle libertà fondamentali si ammette solo se eccezionale, proporzionata, necessaria e comunque preordinata alla difesa di valori di pari dignità rispetto alla libertà limitata. Profili questi che meglio esamineremo in seguito.

Quindi, ribadiamo, come già fatto in termini più diffusi in altre sedi²⁴, la nostra distanza dalla tesi che vede in Internet un "heaven of the self-regulation". Tale tesi²⁵ promuove l'autoregolazione a fonte idonea a creare *ex nihilo* un ordine equilibrato, cioè un sistema di regole dirette a orientare le condotte dei consociati verso fini comuni prestabiliti. È, infatti, ancora da provare la capacità della rete autoregolata di proteggere categorie meritevoli di tutela aggiuntiva²⁶. Si mostra invece alto il rischio che i minori, i cittadini della rete o i nuovi operatori economici uscirebbero perdenti da una ne-

²⁴ Volendo cfr. G. DE MINICO, *Towards an Internet bill of rights*, in *Loy. L.A. Int'l and Com. L. Rev.*, vol. 37, n. 1/2015, in part. pp. 4-11.

²⁵ L.P. BARLOW, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, in <https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>, l'Autore sostenne che «Governments of Industrial World, you weary giants and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. Yet are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather».

Sviluppano la medesima filosofia iperlibertaria D.R. JOHNSON – D. POST, *Law and Borders. The Rise of Law in Cyberspace*, in *Stanford L. Rev.*, n. 48/1996, pp. 1367-1402; J. MATHIASON, *Internet Governance. The new frontier of global institutions*, Routledge, Abingdon-New York, 2009, pp. 70-96.

²⁶ Contesta l'idoneità della *lex digitalis*, in luogo delle garanzie costituzionali, a disciplinare la rete G. Azzariti, *Internet e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2011: «Non sottovaluto le pulsioni libertarie e liberatorie che si è immaginato potesse esprimere la rete. Constato solo che tale prospettiva di rifiuto di ogni condizionamento o limite porta a sottovalutare pericolosamente la forza degli interessi e le logiche politiche che finiscono per prevalere in ogni caso in cui si lasci allo sviluppo 'naturale' e incontrollato uno spazio economicamente rilevante e politicamente decisivo, com'è indiscutibilmente internet oggi».

goziazione con i gruppi privati forti, perché le loro legittime aspettative verrebbero sacrificate da regole, formalmente concordate, ma sostanzialmente disequilibrate quanto a contemperamento degli opposti interessi²⁷.

Lo dimostra il fatto che il legislatore europeo quando ha deregolato intere materie, non le ha girate in bianco all'autoregolazione, ma le ha parzialmente disciplinate con principi-guida, obiettivi-orientatori e norme prescrittive in modo da contenere in un perimetro normativo l'autonomia decisoria del regolatore privato.

Il legislatore europeo ha, dunque, evitato il ricorso incondizionato al diritto consensuale in presenza di interessi contrapposti e riferibili ad attori sociali non equiordinati. I loro disallineati punti di partenza avrebbero neutralizzato l'effetto equilibratore dell'accordo, che invero funziona bene con contraenti pariordinati sin dall'inizio. In assenza di questo presupposto, il contratto normativo non può bastare da solo, perché la parte forte orienterà le trattative e quindi l'accordo finale a suo vantaggio. Diventa, pertanto, necessario un intervento eteronomo che pareggi le disuguaglianze con norme asimmetriche attente al contraente debole, e volte ad annullare il vantaggio iniziale di quello più forte, che certo vorrebbe conservarlo.

Quindi, proponiamo per Internet una combinazione di eteronomia e autoregolazione, un mosaico normativo che esclude sia l'intercambiabilità di fonti molteplici sia l'eshaustività di un'unica fonte²⁸. La difesa del bene comune non può essere affidata alla negoziazione *iure privatorum*, che ne subordinerebbe la tutela alla sua eventuale coincidenza con gli interessi egoistici dei contraenti. Pertanto, il

²⁷ Sottolinea il rischio di un'inevitabile torsione egoistica anche il preambolo della *Dichiarazione dei diritti in Internet* – sulla genesi, natura e contenuti dell'atto si rinvia al prosieguo del discorso –, dove si afferma che «La garanzia di questi diritti è condizione necessaria perché sia assicurato il funzionamento democratico delle Istituzioni, e perché si eviti il prevalere di poteri pubblici e privati che possano portare ad una società della sorveglianza, del controllo e della selezione sociale». Il testo è disponibile al seguente *link*: http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/commissione_internet/TESTO_IT_ALLIANO_DEFINITVO_2015.pdf.

²⁸ Il tema delle fonti regolatrici la rete e il loro combinarsi è trattato qui in misura strettamente funzionale alla *net neutrality*; quindi, per un esame più organico, con ampi riferimenti alla letteratura statunitense, tra cui Lessig per la sua teoria dei quattro elementi intersecanti, *Law, norms, market, architecture*, sia consentito il rinvio al volume: G. DE MINICO, *Internet. Regola e anarchia*, Jovene, Napoli, 2012, in part. al cap. I.

beneficio della prima mossa andrebbe lasciato alla norma imperativa che anticipa e pre-definisce almeno per grandi linee principi e regole già cogenti destinati alla rete.

Questo ordine tra le fonti – prima la norma cogente che dice il diritto in via originaria e poi la *self-regulation* a integrazione della prima – è ben definito nella Dichiarazione dei diritti in Internet, che all'art. 14 riconosce la primazia del diritto imperativo nel disporre che «La costruzione di un sistema di regole deve tener conto dei diversi livelli territoriale (sovranaZIONALE, nazionale, regionale) delle opportunità offerte da forme di autoregolazione [...]».

La necessità di una *net neutrality* imposta da norma cogente pone la domanda in merito alla fisionomia del suo autore. Partiamo da qualche certezza e poi andiamo alle zone d'ombra.

Quanto alle certezze, esse attengono alla natura necessariamente sovranazionale del futuro decisore della *net neutrality*. Tale certezza non è generata dall'equivoco che la rete sia sprovvista di territorio, perché Internet conosce una sua dimensione iper-territoriale piuttosto che alfa spaziale in quanto i comportamenti degli attori virtuali hanno una diffusività globale. Pertanto, a condotte universali si potrà rispondere solo con una regola conformativa, affrancata dai confini territoriali propri del diritto statale.

E come il territorio della rete riunisce in un *continuum* virtuale i territori dei singoli Stati, così il diritto potrà incorporare istanze sovranazionali. Questo pone un altro interrogativo, cui non è facile dare un'immediata risposta: quel diritto verrà dalla comunità degli Stati o da forme inedite di equilibrata composizione tra soggetti autoritativi e soggetti privati²⁹?

E qui tocchiamo le zone d'ombra di cui si diceva. La soluzione statale vanta un'ampia esperienza nel *rule-making*, che però non ha dato buona prova di sé almeno quanto alla capacità di sintetizzare efficacemente il bene sovranazionale. Al più, ha dimostrato di saper dare voce agli interessi degli Stati-nazione forti, le cui istanze solo occasionalmente vanno a coincidere con un più ampio bene comune. In breve, le varie organizzazioni internazionali riproducono in miniatura il vizio di fondo della politica mondiale: «al massimo un sistema di interazioni tra Stati-nazione autonomi in cui le organiz-

²⁹ H. FARREL, *Hybrid Institutions and the law: outlaw arrangements or interface solutions*, in *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, vol. 23, 2002, pp. 25 ss.

zazioni internazionali sono a loro volta incluse gradualmente, senza essere in grado di sostituire, o anche solo di mettere in secondo piano, il mondo degli Stati-nazione»³⁰.

A questo punto potrebbe guadagnare terreno l'idea di un legislatore di Internet coincidente con il suo stesso popolo, un processo endogeno «di auto-organizzazione [...], mediante istituzioni come l'Icann, corti di arbitrato internazionali, organizzazioni di standardizzazione come il *World Wide Web Consortium*»³¹. Questa soluzione, se incontra il bisogno di sovranazionalità, oscurato nella prima ipotesi, introduce però problemi connessi a una pluralità non entificata di soggetti esponenziali. Questioni come la rappresentatività e la democraticità della loro fisionomia interna vanno risolte, perché incidono in ultima analisi sui criteri per selezionare i rappresentanti dei contrapposti attori della rete investiti del compito di scrivere il *bill of rights*.

Qui noi, invece, avanziamo una terza ipotesi: un organo autoritativo misto, pubblico e a genesi spontanea, una sorta di trasposizione soggettiva del diritto ibrido, di si è parlato finora. Ma il punto è che tra le opzioni possibili non è dato al momento scegliere o fare ragionevoli previsioni, perché ancora manca una indicazione univoca, o almeno ampiamente condivisa.

Questa interazione dalle proporzioni variabili, tutta da inventare, tra pubblico e privato, tra livelli decisionali internazionali e piani statali, non esaurisce in sé ogni manifestazione della giuridicità, potendosi riservare un ulteriore spazio anche alle carte dei diritti³². A prescindere

³⁰ G. TEUBNER, *Costituzionalismo societario: alternative alla teoria costituzionale stato-centrica*, in G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione*, Armando editore, Roma, 2005, p. 118. Il superamento dello Stato-nazione e quindi, la necessità di cercare una soluzione per la *governance* della rete al di fuori dei modelli autoritativi o consensuali classici, un esempio sono le *dynamic coalition* inaugurate con gli *Internet governance forum*, è ripreso e approfondito dall'Autore in *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford University Press, Oxford, 2012, in particolare l'intero ultimo capitolo.

³¹ ID., *Costituzionalismo societario: alternative alla teoria costituzionale stato-centrica*, in G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione*, cit., p. 128.

³² Usiamo l'espressione al plurale perché a oggi ci sono state più di una manifestazione di *Internet Bill of Rights*; ricordiamo come le più significative la *Internet Magna Carta* di Tim Berners-Lee, lo studio del Berkman Center dell'Università di Harvard, il *Marco civil*, di cui si dirà nel prosieguo, e la nostra Dichiarazione dei diritti in Internet, nonché la Di-

dalla loro coerenza³³, queste carte custodiscono valori politico-sociali, in cui navigatori e imprenditori digitali trovano una parte di sé, diciamo che costituiscono *l'acquis communautaire* di Internet, venuto fuori grazie al processo di formazione spontaneo e informale di questo diritto *soft*.

Questi *bill of rights*, anche se privi di forza cogente³⁴, andrebbero presi in considerazione dall'inedito legislatore sovranazionale quando si appresta a scrivere le regole sulla rete, e, tra queste, anche quella della *net neutrality*.

chiarazione congiunta tra la Commissione italiana e la corrispondente Commissione francese istituita dall'Assemblea nazionale, al *link*:

http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/commissione_internet/testo_francese_28settembre.pdf.

Sul tema in generale si veda: S.RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, in part. pp. 418 ss.

³³ Questi *bill*, esempio di una costruzione partecipata e quindi orizzontale del diritto, potrebbero avere un'origine dal basso e poi confluire in atti formalmente normativi, è il caso del "Marco civil". Oppure, potrebbero vantare un *iter* pseudo eteronomo, perché, inizialmente promossi in sede politica, ritornano in basso, sottoponendo la carta alle osservazioni di operatori e cittadini della rete, ne è esempio il caso italiano della Dichiarazione dei diritti in Internet.

³⁴ Tale non è stato il caso del *Marco civil*, oggi formalmente una legge ordinaria, la n. 12956/2014, esso rappresenta una disciplina quadro su Internet, approvata in Brasile il 24 aprile 2014. La sua genesi è *bottom up* perché nasce come progetto della comunità dei navigatori, che si oppone a proposte di regolazione penale della rete. Per questa ragione durante il forum internazionale del *software* libero di Porto Alegre, alcuni attivisti si rivolsero all'allora presidente Lula affinché sostenesse un progetto di legge di diritto civile, un *Marco* appunto, per garantire i diritti civili nel *web*. Con il consenso del presidente Lula il Ministero della Giustizia elaborò una bozza da sottoporre successivamente alla società civile. Per garantire tale forma di partecipazione fu utilizzato *wikilegis* (in <http://participatedb.com/tools/36>) e circa 2300 suggerimenti furono inviati al primo testo presentato. Successivamente fu istituita una commissione speciale per analizzare il progetto (relatore Alessandro Molon) che fu restituito alla società civile mediante audizioni pubbliche con la partecipazione di accademici, operatori di rete, organizzazioni di tutela dei consumatori, artisti attivisti e organi governativi. Contemporaneamente, proseguiva la fase di consultazione *online* mediante "democrazia digitale", un portale di partecipazione della camera dei deputati (in <http://culturadigital.br/marcocivil/>). Il risultato furono: 45mila visite, 140 proposte di emendamento e 2215 commenti sul progetto. Il testo poi recepito nell'atto legislativo suindicato dista non poco da quello che risultava dalla consultazioni, tanto da far parlare di involuzione autoritaria della disciplina; in proposito si consulti il seguente *link*: <http://infojustice.org/archives/32527>.

A titolo di esempio, ricordiamo la Dichiarazione dei diritti in Internet³⁵, che ha dedicato una disposizione *ad hoc* alla *net neutrality* (l'art.

³⁵ In Italia l'idea di istituire una commissione di studio sui diritti e i doveri relativi a Internet rappresenta il completamento di un percorso risalente al 2006, durante l'IGF, quando l'Italia si fece promotrice di una carta dei diritti di Internet, seguita nel 2007 dalla dichiarazione congiunta per la promozione di un Internet *Bill of Rights* tra Italia e Brasile. Nel luglio 2014 la Presidenza della Camera dei deputati promosse la costituzione di una Commissione di studio per l'elaborazione di principi in tema di diritti e doveri relativi a Internet. Si è trattato della prima istituzione in Italia in sede parlamentare di una Commissione di politici ed esperti con finalità di redigere un *bill of rights* di Internet.

«L'8 ottobre 2014 la Commissione ha varato una prima bozza di dichiarazione dei diritti in Internet, i cui contenuti – sintetizzati in 14 articoli – sono stati sottoposti all'attenzione dei partecipanti alla riunione dei Parlamenti dei paesi membri dell'Unione europea e del Parlamento europeo sui diritti fondamentali che si è tenuta presso la Camera il 13 e il 14 ottobre 2014 nel corso del semestre di presidenza dell'Unione europea. Il testo elaborato è stato poi sottoposto a una consultazione pubblica (dal 27 ottobre 2014 al 31 marzo 2015)» ad accesso aperto, cioè non selezionato, a chiunque ne avesse interesse per assicurare attraverso una ampia partecipazione l'individuazione di un nucleo di principi condivisi (la citazione è tratta dal *Comunicato* della Camera dei Deputati del 28/07/2015, sulla *Presentazione* della Dichiarazione dei diritti in Internet, in http://www.camera.it/leg17/1132?shadow_primapagina=4841). Questo comune denominatore di valori, grazie alla consultazione pubblica e al ciclo di audizioni (di soggetti pubblici e privati esponenziali degli interessi coinvolti), è stato poi elaborato nel testo definitivo della Carta dei diritti, consultabile al *link*:

http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/commissione_internet/note_informative.pdf.

Il 3/11/2015 la Dichiarazione, oggetto della mozione “Quintarelli ed altri n. 1-01031” è stata approvata con 437 voti favorevoli e nessun contrario dalla Camera dei Deputati. La mozione ha conferito al *Bill* il tipico valore politico di impegno del Governo a promuovere e adottare «a livello nazionale, europeo e internazionale i principi contenuti nella Dichiarazione»; nonché «a promuovere un percorso che porti alla costituzione della comunità italiana per la *governance* della rete definendo compiti e obiettivi in una logica *multistakehold*». La mozione “Quintarelli ed altri n. 1-01031” è consultabile al seguente *link*:

http://www.camera.it/leg17/410?idSeduta=0514&tipo=documenti_seduta&pag=allegato_a#mozioni.01.

Infine, durante l'*Internet Governance Forum*, João Pessoa, il 9/11/2015, in https://www.intgovforum.org/cms/wks2015/index.php/proposal/view_public3, è stata presentata alla comunità internazionale “The Italian Proposal for an Internet Bill of Rights”. In quel consesso la Dichiarazione è stata oggetto di ampia illustrazione, non solo per quello che essa già dice, ma anche come punto di riferimento politico futuro quanto alla compatibilità della difesa delle libertà in rete con il rischio di un loro arretramento in tempo di terrorismo (sia consentito sul punto il rinvio alla mia relazione, *Internet and fundamental rights in time of terrorism*, già pubblicata in <http://www.rivistaaic.it/internet-and-fundamental-rights-in-time-of-terrorism.htm>).

Per un ampio commento della Dichiarazione si veda il volume di: M. BASSINI – O. POLLICINO, *Verso un Internet bill of rights*, Aracne, Roma, 2015.

3), ricentrando il discorso giuridico sulla funzione sociale della neutralità³⁶, che unitamente al diritto di accesso sono «condizioni per l'effettività dei diritti fondamentali della persona».

Quanto alla capacità orientativa dei *bill* rispetto alla discrezionalità del legislatore, essa varierebbe a seconda della ragionevolezza del loro contenuto e del consenso sociale raccolto intorno a essi. L'idea che si propone è di riconoscere a questi *bill* un significato extra-giuridico, come parametri di orientamento per il decisore politico, non diversamente da come la Carta dei diritti³⁷ lo sia stata per i giudici prima della sua incorporazione pattizia, esito questo, che sarebbe perfettamente coerente con la natura aperta di Internet che attingerebbe le sue chiare, essenziali e poche regole³⁸ da una pluralità di fonti, indifferentemente cogenti e non.

³⁶ Volendo si leggano le osservazioni di chi scrive che, come membro della Commissione in oggetto, rilevò nel corso dei lavori i pregi della Bozza anche in merito alla formulazione della net neutrality, nonché qualche suo profilo suscettibile di essere emendato, in XVII Legislatura, Commissione per i diritti e i doveri relativi ad Internet, *Resoconto stenografico*, Seduta n. 4 di venerdì 28 novembre 2014, al seguente link: http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/attivita_commissione_internet/files/000/000/004/Resoconto_Commissione_28_novembre_2014.pdf.

³⁷ Quanto alla forza solo politica della Carta o già immediatamente giuridica, ancorché prima di acquisire il *legal value* dovuto all'incorporazione, si ricordano, tra i tanti: A. SPADARO, *La Carta europea dei diritti fra identità e diversità e fra tradizione e secolarizzazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, pp. 621 ss.; ID., *Sulla "giuridicità" della Carta europea dei diritti: c'è (ma per molti) non si vede*, in G.F. FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 257 ss.; L. LANZONI, *Tutela e limitazioni dei diritti dell'uomo nell'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in M. PEDRAZZA GORLERO (a cura di), *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, ESI, Napoli, 2010, 369 ss.; C. SALAZAR, *Lisbon story: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da un tormentato passato... a un incerto presente?*, in [Gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), ricorda con puntualità «la prima decisione in cui si rintraccia un espresso riferimento al catalogo di Nizza – beninteso, come atto evocato *ad adiuvandum*, esclude l'efficacia vincolante – è la sent. 27 giugno 2006, C-540/03 (*Parlamento europeo Consiglio dell'Unione europea*)». Quest'ultimo saggio è liberamente consultabile al seguente link: <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2011/12/SALAZAR-diritti-sociali-2011.pdf>.

³⁸ Sulla necessità che la regolazione sia leggera in quantità e qualità delle norme si veda: C.T. MARSDEN, *Net neutrality: towards a co-regulatory solution*, Bloomsbury Academic, London, 2010, pp. 234 ss.

5. In che misura il Regolamento sul *Digital Single Market* ha obbedito a questo modello?

Il Regolamento europeo³⁹ si rivela a nostro avviso poco rispettoso⁴⁰ della vocazione sovranazionale della disciplina della rete perché nell'articolo 3, co. 3, disegna un sistema regolativo che in ultima istanza rimette agli *Internet service providers (ISPs)* la decisione sulla specialità del servizio. Il Regolamento non fissa le caratteristiche in base alle quali un servizio si possa qualificare “speciale”, cioè non tipizza la categoria, né lo disegna in ragione della funzione cui è destinato, come suggerirebbe una tecnica descrittiva di tipo teleologico.

Chiariamo che per prestazioni specializzate si intendono i servizi le cui caratteristiche tecniche richiedono una velocità maggiore rispetto a quella bastevole per i servizi privi di quegli attributi; infatti, i primi se fossero trasmessi a velocità ordinaria non potrebbero essere utilmente fruiti dal consumatore digitale: ad esempio, un video, oppure una telefonata su Internet, esigono una qualità e una velocità incomparabile con quella sufficiente per inviare un messaggio di posta elettronica.

Durante il faticoso *iter* del Regolamento non sono mancati tentativi diretti a definire il concetto di servizio specializzato in un modo più puntuale abbinando le caratteristiche del servizio alla sua insostituibilità⁴¹. In tal caso i servizi in grado di soddisfare i medesimi bisogni,

³⁹ Regolamento (UE) 2015/2120 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015, che stabilisce misure riguardanti l'accesso a un'Internet aperta e che modifica la Direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica e il Regolamento (UE) n. 531/2012 relativo al *roaming* sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all'interno dell'Unione, in G.U.U.E., L. 310/1, 26/11/2015.

⁴⁰ Tra le tante critiche rivolte all'atto, anche la mancata definizione del concetto di net neutrality, contenuta invece nell'emendamento A8-0300/2015 al *Considerandum* 3, del 21/10/2015, consultabile al seguente *link*:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+AMD+A8-2015-0300+002-010+DOC+PDF+V0//IT>.

Per un'esposizione sintetica dei *loopholes* del Regolamento si leggano gli interventi di J. Reda e M. Zullo durante la discussione sulla raccomandazione in seconda lettura della Commissione Libe in vista dell'adozione del Regolamento, del 27 ottobre 2015, liberamente consultabili al seguente *link*:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=CRE&reference=20151027&secondRef=ITEM-002&language=IT&ring=A8-2015-0300>.

⁴¹ Si legga il parere della Commissione LIBE, 19/2/2014, 2013/0309(COD) favorevole all'emendamento (14) alla proposta di reg. art. 2, comma 2, punto 15: «specialised service» means an electronic communications service, operated within closed electronic communi-

anche se diversamente sensibili al ritardo, avrebbero meritato lo stesso trattamento giuridico e quindi la medesima velocità. In questo modo si sarebbe assorbita nei limiti del possibile la discrezionalità degli *ISPs*.

L'inosservanza di questa tecnica redazionale, l'emendamento infatti fu respinto, si è risolta in un dettato normativo privo di prescrittività perché composto da linee-guida, che richiedono una successiva articolazione in norme di condotta. Quindi, il decisore politico europeo ha affidato il delicato compito di tradurre i principi in regole ai soggetti privati, gli autori del contratto di interconnessione di cui si è detto sopra, i quali potrebbero dilatare a dismisura la categoria dei servizi specializzati, favorendo dietro corrispettivo economico prestazioni presentate come speciali, ma che tali non sono⁴², violando così la regola dell'uguaglianza di trattamento in nome di un'osservanza solo formale alla *net neutrality*.

Le medesime considerazioni valgono anche per un'altra decisione girata dallo stesso Regolamento con troppa disinvoltura agli *ISPs*: quella inerente all'imminente congestione della rete, ragione giustificatrice di una gestione differenziata del traffico (art. 3, co. 3, lett. c). Come nel caso esaminato prima, anche qui il punto critico consiste nell'aver derogato alla parità di trattamento del traffico ricorrendo a un'eccezione variabile perché affidata al significato che di volta in volta gli *ISPs* riconosceranno all'aggettivo "imminente"⁴³.

Né al momento ci rassicura il fatto che il Regolamento preveda che il Berec – autorità di sintesi dei rispettivi regolatori nazionali sulle

cations networks using the Internet Protocol with strict admission control; and that is not marketed or used as a substitute for internet access service or functionally identical to services available over the public internet access». Il parere è disponibile al seguente *link*: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2014-0190+0+DOC+XML+V0//IT#title>.

⁴² TIM BERNERS-LEE, *Net Neutrality in Europe: a statement*, 16/10/2015, in <http://webfoundation.org/2015/10/net-neutrality-in-europe-a-statement-from-sir-tim-berners-lee/>, dove il giurista critica che «The current proposal allows ISPs to create fast lanes for companies that pay to have their content load faster by calling them 'specialized services». A questo rilievo, come agli altri, seguì nello *statement* una lista di proposte alternative, che non furono prese in alcuna considerazione dal legislatore europeo, nonostante i richiami di alcuni europarlamentari, si veda la nota 40.

⁴³ Così B. VAN SCHEWICK, *Europe is about to adopt bad net neutrality rules. Here's how to fix them*, in <https://medium.com/@schewick/europe-is-about-to-adopt-bad-net-neutrality-rules-here-s-how-to-fix-them-bbfa4d5df0c8#.sxltri7wj>.

tlc⁴⁴ – detti le linee guida orientative dei compiti delle singole Autorità nazionali di regolazione (ANR), le quali sono i controllori di questi accordi di interconnessione in deroga alla *net neutrality*⁴⁵. In primo luogo, non vi sono ragioni per ritenere che lì dove sia fallito il legislatore europeo, riesca invece il Berec, e pertanto se neppure in seno a quest'organo si dovesse raggiungere il consenso sulla categoria dei servizi specializzati, spetterà infine alle singole ANR chiudere il cerchio. Si aggiunga un'ulteriore considerazione: l'atto del Berec sarà un atto di *soft law*, quindi non vincolante per il destinatario che potrà discostarsene motivando.

In conclusione, il Regolamento è un atto a maglie larghe⁴⁶, che non pone già regole immediatamente operanti nei rapporti intersoggettivi, ma principi, la cui traduzione in precetti compete al Berec, e in mancanza alle ANR, o agli Stati membri; dunque, questo scivolare progressivo del compito normativo dal legislatore comunitario a soggetti europei non istituzionali o a livelli normativi statali, potrebbe porre problemi rispetto ai principi dell'*institutional balance* e di corrispondenza tra forma e sostanza.

Infatti, si è dinanzi a un Regolamento lontano dalla categoria di appartenenza, perché il suo contenuto lo avvicina piuttosto alle Direttive,

⁴⁴ Body of European Regulators for Electronic Communications (BEREC), istituito con il Regolamento (EC) n. 1211/2009, del Parlamento e del Consiglio del 25 novembre 2009, in sostituzione del Gruppo Europeo dei Regolatori del 2002, ha fondamentalmente compiti di consulenza e assistenza verso la Commissione e le Autorità Nazionali di Regolazione nel settore delle comunicazioni elettroniche. Si veda il seguente *link*: http://berec.europa.eu/eng/about_berec/what_is_berec/.

⁴⁵ Il Berec, come detto da F. Sorensen, «is tasked to develop European Net Neutrality guidelines in order to contribute to the consistent application of the net neutrality regulation in Europe» cui ha dato seguito avviando una consultazione pubblica. Si veda il seguente *link*:

http://berec.europa.eu/eng/news_and_publications/whats_new/3551-berec-has-started-its-work-to-develop-european-net-neutrality-guidelines.

⁴⁶ La stampa straniera specialistica non ha esitato a cogliere insidiosi *loopholes* nella tecnica redazionale prima descritta, si vedano: A. HERN, *EU net neutrality laws fatally undermined by loopholes, critics say*, in *The Guardian*, 11/1/2016; *A Multi-speed Europe*, in *The Economist*, 11/1/2016; N. PRUPIS, *Digital rights 'Sold off' as European Parliament Jettisons Net Neutrality*, 19/01/2016.

L'articolo di Hern è disponibile al seguente *link*: <http://www.theguardian.com/technology/2015/oct/27/eu-net-neutrality-laws-fatally-undermined-by-loopholes-critics-say>.

L'articolo *A Multi-speed Europe* è disponibile al seguente *link*: <http://www.economist.com/news/business/2167175-eu-net-internet-rules-will-hurt-continent-startups-multi-speed>.

L'articolo di Prupis è disponibile al seguente *link*: <http://www.commondreams.org/news/2015/10/27/digital-rights-sold-european-parliament-jettisons-net-neutrality>.

che presentano norme *self-executing* accanto a disposizioni completabili da interventi regolativi successivi; e, infatti, al pari di una Direttiva, anche questo Regolamento differisce la sua entrata in vigore.

Mettendo da parte la questione della deviazione della sostanza dalla forma, illegittimità comunitaria ormai non più contestata, riflettiamo invece sull'adeguatezza o meno del mezzo impiegato all'obiettivo perseguito. Se lo strumento consiste nel ricorso a discipline differenziate per territori e autori, il risultato del mercato unico non è più in concreto disponibile. Con il Regolamento si compie un ossimoro giuridico: si dice di volere un'unica piazza per gli scambi digitali, ma poi la si polverizza in tanti frammenti quante sono le diverse identità politiche nazionali.

6. Modalità di scrittura della regola sulla *net neutrality*

Aver centrato il dibattito in merito alla *net neutrality* sulla libertà fondamentale a essere informato del consumatore ci consente di individuare i parametri ai quali il legislatore si sarebbe dovuto attenere nell'imporre il rispetto della regola della *net neutrality*.

A) Qui il riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ci indica la "rule of law"⁴⁷ come criterio inderogabile.

In primo luogo, la disciplina dovrà essere posta da una legge⁴⁸ che sia "adequately accessible"⁴⁹ e in grado di offrire un precetto compiuto

⁴⁷ La letteratura concernente la "rule of law" è illimitata. Ai nostri fini è sufficiente fare riferimento ai contributi basati sui recenti *case law*; vedi *ex multis*: F. FABBRINI, *Fundamental Rights in Europe: Challenges and Transformations in Comparative Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2014; D. CHALMERS – G. DAVIES – G. MONTI, *European Union Law: Cases and Materials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 256-258; D. HARRIS – D. HARRIS – M. O'BOYLE – E. BATES – C. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 345-349. Per lo specifico settore dei *media* cfr.: H. FENWICK – G. PHILLIPSON, *Media Freedom under the Human Rights Act*, 2006, Oxford University Press, Oxford, pp. 37-311.

⁴⁸ Illustrano bene cosa si intenda per *law*: D. HARRIS – M. O'BOYLE – E. BATES, *Law of the European convention on Human rights*, Oxford University Press, Oxford, già nella 2ª ed., 2009, p. 344: «the rule need not be a rule of domestic law but may be a rule of international law or Community law so long as it purports to authorize the interference. It may consist of a whole legal regime regulating the area of activity, including rules made by a delegated rule-making authority (*Barthold v FRG* A90 (1985); 7 EHRR 383 pages 45-6 and rules from more than one legal order». Si vedano anche D. MOECKLI – S. SHAH – S. SI-

tamente comprensibile, «formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct»⁵⁰. Ebbene, il Regolamento europeo non risponde a questa esigenza di chiarezza perché, come si è visto prima, nel consentire al fornitore dell'accesso di accordare una velocità differenziata ai servizi specializzati rispetto a quelli ordinari, non spende neanche una parola per definire i primi. E neppure chiarisce se questa deroga operi indifferentemente a vantaggio di tutte le categorie di servizi specializzati, oppure se una ulteriore differenziazione si debba fare tra categorie e categorie⁵¹. In altri termini, un servizio di *e-health*, che è certamente un servizio *delay sensitive*, merita un trattamento ulteriormente privilegiato rispetto al *Voip*? Non intendiamo prendere posizione su questa questione – che potrebbe avere nella vocazione sociale del servizio il criterio per ordinare le domande di accesso veloce – ma solo sottolineare che il Regolamento, cioè l'atto che dovrebbe contenere regole astratte, generali e chiare, tacendo sul punto affida la definizione delle priorità ancora una volta all'accordo di fornitura tra i due operatori del mercato a monte, che hanno tutto l'interesse a vendere e comprare *fast lane* contro denaro, anche se a percorrere questa autostrada veloce sia un servizio affrancato da vincoli di destinazione. Quindi, sarà sempre un negozio privato che chiuderà un vuoto normativo e finirà così per disporre di libertà fondamentali e diritti economici in violazione dei principi della *rule of law* del diritto comunitario e sovranazionale, oltre che della riserva di legge del nostro ordinamento⁵² e della inviolabilità dei diritti fondamentali.

VAKUMARAN – D. HARRIS, *International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2 ed., 2010, p. 111.

⁴⁹ *Silver v. United Kingdom*, 5 Eur. H.R. Rep. 372 (87), 1980.

⁵⁰ *Sunday Times v. United Kingdom*, 2 Eur. H.R. Rep. 245, 271 (49), 1980.

⁵¹ Nel senso di non ammettere una differenziazione tra diverse categorie di specialità si veda: D.C. NUNZIATO, *Net neutrality and free speech in the Internet age*, cit. a p. 147: «Network operators should be permitted to grant priority to types of traffic that inherently require high bandwidth without discriminating within and among those types of applications».

⁵² Nel nostro ordinamento le libertà fondamentali sono coperte da riserva di legge, che nel ripartire la competenza normativa tra legge e regolamento governativo, non solo esclude che il secondo si possa sostituire al primo, ma in termini più generali vieta a una fonte diversa da quella riservataria, la legge, di intervenire in sua vece. Di conseguenza, quello che la riserva proibisce al regolamento governativo di fare, a maggior ragione sarà precluso a un atto privato. Infatti, un regolamento indipendente, fattispecie al limite della compatibilità costituzionale, rimane comunque un atto imputabile a un soggetto politica-

Per quanto riguarda la fonte che ha preceduto il Regolamento europeo, cioè il Regolamento della *Federal Communication Commission*⁵³, essa ha dettato indicazioni più stringenti, rinvenibili in due elementi.

mente responsabile; un atto normativo privato “indipendente” invece non comporta alcuna responsabilità politica in capo all’autorità privata emanante. Sul punto più ampiamente sia consentito il rinvio a: G. DE MINICO, *Regole. Comando e consenso*, Giappichelli, Torino, 2005, in part. pp. 164-170.

⁵³ Queste le tappe del suo percorso dal 2005 a oggi.

Agosto 2005: la *Federal Communications Commission* con il *Policy statement*, (in https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-05-151A1.pdf) offre a se stessa dei principi generali «to preserve and promote the open and interconnected natura of the public Internet».

Agosto 2008: la FCC col *Memorandum opinion and order* (in https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-08-183A1.pdf) in applicazione delle precedenti linee guida ordina a un *provider* (Comcast) – che rallentava il traffico degli internauti nell’uso del *peer to peer*, utilizzato per la visione di film in *file sharing* – «to end Comcast’s use of unreasonable network management practices ... our remedy sends the unmistakable message that Comcast’s conduct must stop». La FCC desunse la sua legittimazione all’ordine dal Titolo II del *Communication Act*, con ciò equiparando gli *ISPs* ai *common carriers* e estendendo ai primi in virtù della giurisdizione ancillare il potere espressamente conferitole *per tabulas* sui secondi.

Aprile 2010: la *Court of Appeals for the District of Columbia Circuit* (n. 08-129, April 6, 2010, in part. p. 64) annulla l’ordine della FCC perché affetto da carenza di potere. La Corte infatti le contesta l’uso disinvolto della giurisdizione ancillare, in mancanza dei necessari presupposti, stabilendo che «The Commission has failed to tie its assertion of ancillary authority over Comcast’s Internet service to any ‘statutory mandated responsibility’».

Dicembre 2010: la FCC ritorna sull’argomento col *Report and order* (in https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-10-201A1.pdf, in part. p. 64), individuando il suo titolo nella sez. 706 del *Telecommunications act 1996*, che le conferiva una delega diretta a «encourage the deployment of advanced telecommunications capability by utilizing, in a manner consistent with the public interest, convenience, and necessity, various tools [...]». Per l’opinione dissenziente si leggano le argomentate critiche di McDowell: M. McDOWELL, *FCC, Dissenting Statement of Commissioner Robert M. McDowell*, consultabili al seguente *link*:

http://transition.fcc.gov/Daily_Releases/Daily_Business/2012/db0822/FCC-12-92A3.pdf.

Gennaio 2014: *D.C. Circuit in Verizon v. FCC*, 740 F.3d 623 (D.C. Cir. 2014), disponibile al seguente *link*:

[https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/3af8b4d938cdeea685257c6000532062/\\$file/11-1355-1474943.pdf](https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/3af8b4d938cdeea685257c6000532062/$file/11-1355-1474943.pdf).

In quest’ultima decisione, la *Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*, annulla nuovamente l’ordine della Commissione sempre per ragioni inerenti al titolo del potere, ma «upheld the Commission’s finding that Internet openness drives a ‘virtuous cycle’ in which innovations at the edges of the network enhance consumer demand, leading to expanded investments in broadband infrastructure that, in turn, spark new innovations at the edge»

In primo luogo, la FCC, dopo aver fissato la regola del divieto di discriminazione, se non che per ragioni tecnico-obiettive inerenti ai servizi specializzati, non si è limitata a girare in bianco questo potere normativo agli operatori economici del mercato a monte, ma lo ha opportunamente trattenuto a sé, riservandosi di esercitarlo in sede di linee-guida, che, pur avendo un valore di mera *soft law* e non di regola imperativa eteroimposta, è presumibile saranno osservate dagli operatori perché la stessa FCC si è riservata il potere di controllare *ex post* la legittimità del negozio sull'accesso.

Il Regolamento dell'Unione Europea non prevede un analogo potere di *judicial review*.

L'articolo 5, dopo aver impostato una relazione informativa forte tra le parti dell'accordo di accesso e le Autorità nazionali di regolazione, non chiude il cerchio, in quanto non assegna alle Autorità il potere di sanzionare accordi, che sotto l'apparenza di servizi specializzati privilegiassero alcune prestazioni per ragioni meramente economiche e non di obiettiva funzionalità del servizio.

Dunque, in sede europea ciò che conta è che le Autorità di regolazione siano informate di un eventuale accordo lesivo della *net neutrality* e quindi della libertà della persona, e che anche quest'ultima sia informata, ma una volta che le notizie siano rese disponibili, il danno alla libertà fondamentale di tutti rimane e non è rimediabile.

B) Abbiamo visto che la *rule of law* è stata disattesa quanto al requisito della chiarezza, esaminiamo ora in breve gli ulteriori criteri cui il legislatore si dovrà attenere.

Questi nel limitare un diritto dovrà valutarne in anticipo l'indispensabilità, per cui se un'alternativa fosse concretamente per-

(Federal Communications Commission, *Report and Order on Remand, Declaratory Ruling, and Order*, FCC 15-24, GN Docket No. 14-28, 12/3/2015, in https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-15-24A1.pdf).

Febbraio 2014: *Report and Order on Remand, Declaratory Ruling, and Order*, in https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-15-24A1.pdf, dove la FCC rivendica il compito di proteggere la neutralità della rete dai comportamenti discriminatori del fornitore di connettività con una regolazione leggera, derogabile per ragioni obiettive, preventiva, e non sostituibile con le norme asimmetriche o con la disciplina *antitrust* per autonomia di funzione, come si dirà diffusamente nell'ultimo paragrafo del lavoro.

Sulla storia della ricerca di titolo si veda: A. C. FIRTH – N.H. PIERSON, *The open Internet, net neutrality and the FCC*, Nova Science Publishers, New York, 2011, in part. pp. 15-56.

corribile, il sacrificio al diritto non sarebbe legittimo⁵⁴ e quindi non apponibile; inoltre il peso al diritto non potrà superare la misura dello stretto necessario.

A ciò si aggiunga che il legislatore nel regolare diritti e libertà contrapposti, dovrà comparare il danno procurato al diritto che arretra con il vantaggio accordato al diritto che avanza in modo da assicurarne un tendenziale equilibrio come il principio della proporzionalità⁵⁵ vuole. Infine, almeno secondo l'ultima giurisprudenza europea, che riguarda proprio le libertà *online*, questo confronto tra valori confliggenti dovrà svolgersi tra beni-interessi di pari dignità⁵⁶.

Applicare il principio di proporzionalità alla *net neutrality* comporta che il legislatore europeo o americano potrà derogare alla parità di trattamento tra i diversi fornitori dei contenuti in nome di un valore equiordinato alla libertà di informazione degradata con la deroga. Quindi, non è sufficiente invocare il *traffic management*, cioè le ragioni di gestione del traffico, per giustificare trattamenti privilegiati riservati a taluni contenuti, ma occorrono ragioni oggettive, quali la sicurezza della rete, la lotta al terrorismo o la difesa di altre libertà fondamentali, per giustificare il freno imposto alla libertà di espressione del fornitore di contenuti pregiudicato dalla deroga.

Questo criterio ci consente di risolvere anche un caso molto controverso che la *net neutrality* pone: quello dello *zero-rating*⁵⁷. Con tale

⁵⁴ R. CLAYTON – H. TOMLINSON, *The law of human rights*, Oxford University Press, Oxford, 2 ed., 2009, pp. 339-340.

⁵⁵ J. CHRISTOFFERSEN, *Fair balance: proportionality, subsidiarity and primarity in the European Convention on human rights*, Brill, Leiden, 2009; A. MOWBRAY, *A Study of the Principle of Fair Balance in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Human rights L. Rev.*, vol. 10, n. 2/2010, p. 289.

⁵⁶ Corte di Giustizia, (Grande Sezione), *Google Spain SL, Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)*, causa C-131/12, 13 maggio 2014, in part. il *consid.* n. 97: «Dato che l'interessato può, sulla scorta dei suoi diritti fondamentali derivanti dagli articoli 7 e 8 della Carta, chiedere che l'informazione in questione non venga più messa a disposizione del grande pubblico mediante la sua inclusione in un siffatto elenco di risultati, occorre considerare – come risulta in particolare dal punto 81 della presente sentenza – che i diritti fondamentali di cui sopra prevalgono, in linea di principio, non soltanto sull'interesse economico del gestore del motore di ricerca, ma anche sull'interesse di tale pubblico a trovare l'informazione suddetta in occasione di una ricerca concernente il nome di questa persona».

⁵⁷ Interessante e ben articolato il discorso sullo *zero-rating* di M. AVVISATI, «Zero Rating»: *quale bilanciamento fra le libertà in gioco?*, in corso di pubblicazione, letto per gentile concessione dell'Autrice.

formula si intende un accordo che può intervenire tra il fornitore della connessione e il fornitore di un servizio: quest'ultimo dietro il pagamento di un corrispettivo ottiene che il suo servizio arrivi all'utente finale, sottratto dal quantitativo massimo di dati disponibili mensilmente. Quindi, lo *zero-rating* non determina un'alterazione tra i vari fornitori di servizi in termini di velocità, che rimane uguale per tutti, ma in termini di consumo dei dati, perché i servizi fuori dall'accordo comportano l'erosione dei dati mensili, a differenza del servizio avvantaggiato dall'accordo, che è fuori *cap*. Il Regolamento europeo non vieta lo *zero-rating*, lasciando ancora una volta agli Stati la possibilità di decidere in merito. Anche su questo punto è diverso il Regolamento della FCC, che si riserva ad accordo già concluso il potere di accertare caso per caso se il negozio sia o meno lecito, secondo la filosofia del "see and evaluate". Un siffatto approccio *case by case* può essere condiviso, rimanendo escluso tuttavia che l'accertamento sia finalizzato a salvaguardare l'equilibrio competitivo. Non si dovrà dunque ammettere un accordo solo se esso non lede la concorrenza, perché – come abbiamo spiegato fin qui – non sono le esigenze del mercato quelle che determinano un bisogno di *net neutrality*, ma la tutela di un diritto fondamentale dell'utente finale. Questo diritto può ben essere limitato, purché secondo regole astratte, generali, chiare e poste a tutela di un altro diritto fondamentale.

Questa impostazione consente di valutare positivamente quei particolari accordi di *zero-rating* – è il caso di Facebook – che vengono stipulati in aree prive di connessione alla rete e che offrono all'utente finale l'accesso alla rete unitamente all'accesso privilegiato al servizio. Ne viene infatti in principio condizionata la libertà di scelta dell'utente, che sarà indotto a utilizzare Facebook in via esclusiva. Ma la compressione è bilanciata dall'effettività del diritto di accesso alla rete, che in assenza dell'accordo di *cap* rimarrebbe una titolarità meramente formale, perché nessun soggetto pubblico o privato porterebbe in quell'area la connessione a Internet.

A opposta conclusione si dovrebbe pervenire se il medesimo accordo venisse fatto in una zona dove già è assicurato il diritto di accesso dell'utente finale alla rete. In questo caso anche se lo *zero-rating* fosse concretamente disegnato in modo da non alterare la competizione, grazie alla previsione di una clausola di estensione dell'accordo a favore di altri offerenti del medesimo servizio, esso parimenti comprometterebbe *sine causa* il diritto dell'utente finale a una scelta in-

condizionata tra i diversi servizi. Questi infatti sarà indotto dallo *zero-rating* a optare per il servizio che non consuma i dati, piuttosto che per quello che li consuma, senza ricevere come contropartita la espansione di un altro suo diritto fondamentale, a compensazione della libertà di scelta che gli è stata negata⁵⁸. Inoltre, la clausola di non esclusiva non tutela adeguatamente la posizione di eventuali *new entries*, perché se questi sono dei piccoli operatori appena affacciatisi sul mercato non avranno la concreta possibilità di pagare lo *zero-rating* all'offerente della connessione. La clausola solo in termini teorici lascia il mercato aperto alla competizione, ma di fatto lo chiude⁵⁹.

Infine, la disciplina sulla *net neutrality* dovrà fare una scelta di campo: offrire alla persona lesa dall'informazione deviata per scelte discriminatorie a monte una tutela di tipo conoscitivo o anche repressivo-satisfattoria.

Il primo caso ricorre quando la regolazione ammette comportamenti discriminatori nella gestione del traffico e si limita a prescrivere a chi li assume l'obbligo di informare della loro esistenza il consumatore finale. Questa impostazione è quella adottata dal Regolamento UE, attento a una minuziosa informativa da rivolgere al consumatore, ma al tempo stesso molto permissivo verso le deroghe alla parità di trat-

⁵⁸ Si è peraltro dimostrato che un ulteriore danno per il consumatore è nel fatto che è lui a pagarne in ultima istanza i costi. Infatti, una volta annullato lo *zero rating*, i *byte*, inizialmente sottratti al cliente per assegnarli fuori computo al beneficiario dell'accordo, gli vengono restituiti. In Olanda da quando il legislatore ha vietato questa pratica, il flusso dei dati a disposizione dei clienti è addirittura raddoppiato da 5 a 10 Gb senza costi aggiuntivi.

⁵⁹ Posizioni contrastanti sullo *zero rating* sono state espresse anche durante *Internet Governance Forum* di questo anno, prima citato, in occasione del *WS 156 ZeroRating and Neutrality Policies in Developing Countries*. Si veda il seguente link: <http://www.intgovforum.org/cms/documents/igf-meeting/igf2015-jooa-pessoal/igf2015-reports/583-igf2015a-dialogue-on-zero-rating-and-network-neutrality/file>.

Alle ragioni già illustrate sopra vanno aggiunte quelle di coloro che lo ammettono condizionandolo alla clausola di apertura ai terzi per prevenire distorsioni competitive (c.d. *fair, reasonable and non discriminatory clause*). Fermo restando che la *net neutrality* tutela il diritto alla libertà di manifestazione del pensiero, non la concorrenza, va considerato peraltro che la clausola di non esclusiva non sempre è sufficiente da sola a mantenere l'equilibrio competitivo. Si pensi al caso di un accordo di *zero-rating* troppo oneroso per i terzi, i quali non vi aderirebbero; oppure si rifletta sull'indisponibilità dei clienti, fidelizzati con lo *zero-rating* da chi è entrato per primo nel mercato, a passare al terzo, intervenuto successivamente. In conclusione, ancorché la clausola dovesse funzionare bene, cosa tutta da dimostrare, essa proteggerebbe solo il livello competitivo raggiunto, non anche i diversi interessi fondamentali della persona, né spingerebbe la competizione verso l'alto.

tamento. È come accontentarsi di un consumatore consapevole della lesione che si consuma a suo danno, ma privo di strumenti per evitarla o porvi rimedio. E se è pur vero che è sempre preferibile conoscere piuttosto che ignorare, la consapevolezza non ripristina le fonti rallentate o addirittura bloccate dal *gatekeeper*. Infatti, la sola informazione non è di per sé soddisfacente del diritto della persona a essere informata perché sapere di essere stato privato di uno o più contenuti non serve a ricomporre l'integrità del flusso informativo.

La seconda impostazione è quella che non punta tutto e solo sulla conoscenza, ma la esige come strumento per ripristinare condizioni eque di accesso al mercato e restituire al consumatore la completezza originaria del flusso informativo. Questa è la filosofia della FCC, che infatti vuole essere informata dell'esistenza degli accordi di interconnessione non per un mero scrupolo conoscitivo, ma per sanzionarli poi con l'obbligo di desistere dal comportamento discriminatorio nel caso li valutasse illeciti. Questo indirizzo propone una *net neutrality* come regola severa perché la completa con una sanzione di tipo ripristinatorio e pienamente soddisfacente di ogni libertà, economica e non, lesa dalla condotta discriminatoria.

7. Conclusioni

Alla fine di questo percorso siamo in grado di definire la natura e i contenuti della *net neutrality*, cui perveniamo avendo individuato in apertura del presente lavoro i diritti e le libertà riferibili a soggetti economici e a individui.

Essa è stata accostata alla disciplina asimmetrica⁶⁰, che vige principalmente nel settore delle comunicazioni elettroniche. In breve, la categoria richiamata impone al titolare della rete fissa – un imprenditore verticalmente integrato e presente anche nel mercato a valle – di consentire a essa l'accesso e assicurare un *equal treatment* agli operatori economici privi di rete. Questi limiti alla libertà di iniziativa economica del primo operatore contengono la sua iniziale posizione di vantag-

⁶⁰ Non è questa la sede per approfondire attributi e finalità della regolazione asimmetrica, sia pertanto consentito il rinvio a G. DE MINICO, *Le Direttive CE sulle comunicazioni elettroniche dal 2002 alla revisione del 2006. Un punto fermo?*, in P. COSTANZO – G. DE MINICO – R. ZACCARIA (a cura di), *I 'tre codici' Della società dell'informazione*, Giappichelli, Torino, 2006, in part. pp.170-173.

gio, consentendo a chi offre il servizio di competere ad armi pari nei confronti dell'utente finale. Quindi, la norma asimmetrica corregge uno squilibrio nelle posizioni tra Telco titolari della rete e Telco che ne siano prive, congelando la dominanza dell'*ex incumbent* prima che essa degeneri in abuso. Il suo fine ultimo è quello di mimare attraverso una finzione giuridica un mercato competitivo, come se l'accesso alla rete altrui equivalesse all'accesso alla rete propria, rimanendo quindi servente alla disciplina *antitrust*.

A una prima lettura la *net neutrality* sembrerebbe accostarsi alla norma asimmetrica perché anch'essa ripropone l'obbligazione a carico di una sola parte, il fornitore dei *byte*, a vantaggio dei richiedenti l'accesso a questi *byte*, i fornitori dei servizi *online*. A tale sovrapposizione concettuale prima richiamata ha probabilmente contribuito il fatto che il primo caso significativo di applicazione della *net neutrality* da parte della FCC abbia riguardato un operatore verticalmente integrato (Comcast)⁶¹. Questo operatore forniva agli utenti finali l'accesso a Internet unitamente al servizio televisivo via cavo, configurandosi come un operatore verticalmente integrato. Al fine di privilegiare la fruizione dei propri servizi televisivi Comcast rallentò la velocità dell'applicazione (*peer to peer*) che consentiva agli utenti la visione gratuita dei film in *file-sharing*. La FCC ordinò a Comcast di dismettere immediatamente la condotta contestata e di non riprodurla in avvenire perché essa riduceva il diritto dell'utente di accedere ai contenuti secondo la tecnologia da lui prescelta.

Ma va considerato che le norme si definiscono in ragione della funzione e non della loro struttura. In questa prospettiva, la funzione della *net neutrality* – che pure interviene tra i medesimi soggetti, vale a dire tra un fornitore di rete fissa o virtuale e un fornitore di servizi che di quella rete ha bisogno per trasmettere – non ha nulla a che vedere con la norma asimmetrica, perché non è volta a riequilibrare una posizione di iniziale vantaggio tra l'operatore verticalmente integrato titolare della rete e i fornitori dei servizi che ne sono privi⁶². La sua funzione consiste invece nel prevenire che si crei tra i vari fornitori dei servizi finali una disparità dovuta a differenti condizioni di accesso ai *byte*.

⁶¹ Federal Communications Commission, *Memorandum opinion and order*, in https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-08-183A1.pdf.

⁶² D.L. SIERADZKI – W.J. MAXWELL, *The FCC's network neutrality ruling in the Comcast case: towards a consensus with Europe?*, in *Communications and strategies*, n. 70, 4 quarter, 2008, p.80.

Ne consegue che la *net neutrality* non richiede come presupposti della sua operatività né la dominanza di colui che dispone dell'accesso alla rete, né un'insufficienza della legge del mercato. Ne segue che l'esigenza di *net neutrality* rimarrebbe immutata anche se il mercato di Internet fosse adeguatamente competitivo, perché – diversamente dalla norma asimmetrica – non è inversamente proporzionale al grado di competitività, e non tende quindi ad azzerarsi con il raggiungimento di condizioni di matura concorrenza⁶³.

Potremo ricordare che nella motivazione dell'*order* prima richiamato la FCC si poneva l'obiettivo sia di bloccare la dominanza di Comcast attraverso una disciplina asimmetrica, sia di tutelare i consumatori dalla compressione dei propri diritti. Questa iniziale oscillazione della FCC si risolse successivamente in una chiara presa di posizione favorevole alla centralità del diritto dei consumatori a una scelta la più ampia e libera possibile, anche perché solo una siffatta scelta stimola la domanda di innovazione, che è alla base dello sviluppo delle potenzialità della rete. Non si può ritenere casuale che anche il percorso concettuale e giuridico del più recente atto della FCC va dalla competizione al *freedom of speech*, passando per l'innovazione⁶⁴.

La *net neutrality* va distinta anche dalla disciplina *antitrust* per struttura e finalità delle sue regole. In breve, la disciplina *antitrust* si applica quando la condotta lesiva dell'equilibrio competitivo si sia già realizzata e mira attraverso provvedimenti repressivi a ripristinare le condizioni di mercato esistenti prima che l'illecito venisse in essere⁶⁵. Quindi è posta a difesa del grado di competizione a quel momento esistente. La *net neutrality* gioca invece *ex ante*, perché prescinde dal compimento di una condotta anticompetitiva, e mira a promuovere condizioni di mercato ulteriori e migliori rispetto a quelle preesistenti,

⁶³ Sia consentito il rinvio alla mia Relazione tenuta durante il *Seminario italo-español de estudios constitucionales*: “Nuevas exigencias de tutela de los derechos de la persona”, Bologna, 3-4 maggio 2012, al *Panel 3* – “Diritti fondamentali e Internet 1”.

⁶⁴ Al *freedom of speech* è infatti, dedicata la corposa parte finale del *Report and order on remand, declaratory ruling, and order*, sopra citato; una collazione sistematica, questa, sintomatica del fatto che per la FCC «the rules we adopt today are tailored to the important government interest in maintaining an open Internet as a platform for expression», p. 273 (corsivo nostro).

⁶⁵ Sia consentito per una descrizione più ampia dei caratteri e delle finalità della *lex mercatoria* il rinvio a G. DE MINICO, *Antitrust e Consob. Obiettivi e funzioni*, Cedam, Padova, pp. 7-18.

perché – giova ricordare ancora una volta – ha come suo beneficiario ultimo la persona titolare del diritto a essere informati, che invece nella disciplina *antitrust*, rilevando come consumatore, è solo beneficiario mediato della difesa dell'equilibrio competitivo.

Questa autonomia concettuale dalla *lex mercatoria* ha conseguenze pratiche⁶⁶. La *net neutrality* si dovrà applicare anche se la condotta dell'operatore non è censurabile per anti-competitività, perché ad esempio l'imprenditore non ha posto in essere nessuna delle condotte aggredibili dal diritto *antitrust*, oppure perché l'operatore che rallenta o strozza un contenuto è bilanciato da altri più rispettosi della regola della *net neutrality*. Riteniamo che il principio della *net neutrality* debba applicarsi anche al singolo operatore inosservante, perché il suo discriminare tra un contenuto e l'altro nega all'utente finale un contenuto altrimenti per lui disponibile. Insomma, per la *net neutrality* lo svantaggiare un contenuto o un'applicazione è un male in sé anche se non altera l'equilibrio competitivo. Il discorso ricorda molto il ragionamento sulla necessità di una disciplina *antitrust* speciale per il settore radiotelevisivo che – se ragionevolmente disegnata, richiesta non accolta dal nostro legislatore – avrebbe impedito oltre un certo limite la riduzione del pluralismo informativo, in quanto considerata male in sé e per sé rispetto al diritto di ciascuno a disporre del maggior numero di fonti al momento consentite dalla tecnica⁶⁷.

Si può anche suggerire un accostamento della regolazione diretta ad assicurare la *net neutrality* a quella del Servizio Universale in quanto quest'ultima idonea a garantire agli utenti, non solo l'*an* di una prestazione, che diversamente il mercato non procurerebbe loro, quan-

⁶⁶ F. DELL'AVERSANA, *Le libertà economiche in Internet: competition, net neutrality e copyright*, Aracne, Roma, 2014, in part. pp. 168-169, riconduce invece al paradigma della disciplina *antitrust* la *net neutrality*, le cui articolate argomentazioni, non ci convincono per le ragioni esposte nel testo.

⁶⁷ Sia consentito il rinvio a G. DE MINICO, *L'Affaire audiovisivo tra legislatore e giudice: una storia infinita?*, in *Pol. Dir.*, n. 2/2008, in part. pp. 324-326: «[...] la disciplina speciale costituisce una deviazione legittima da quella generale nella misura in cui è in grado di accordare al 'pluralismo informativo' protezione anticipata e rafforzata rispetto alla tutela repressiva propria della disciplina *antitrust*. Dunque, la regolazione speciale consegue l'obiettivo propostosi quando arretra la soglia dell'antigiuridicità, prescrivendo soglie concentrative più severe e stringenti di quelle proprie della disciplina *antitrust*. In sintesi, quelle condotte che secondo il diritto *antitrust* generale non sarebbero punibili devono invece ricadere nel divieto della disciplina speciale, diversamente risulterebbe frustrata la tutela cautelare del bene affidato alle sue cure».

to una qualità adeguata e un prezzo *affordable*⁶⁸. Ma questo avvicinamento non ci porta però a ritenere che la *net neutrality* coincida con il Servizio Universale per due ordini di ragioni.

La prima attiene al fatto che considerare il diritto alla *net neutrality* un'obbligazione da Servizio Universale implicherebbe che la *querelle* circa l'acquisizione del diritto di accesso a Internet al *genus* della prestazione obbligatoria e universalmente riconosciuta sia stata risolta positivamente. Ma questa ottimistica impostazione, da noi da tempo argomentata e sostenuta anche in consessi europei, non è stata accolta dalla Direttiva Servizio Universale⁶⁹, che anche nella sua ultima revisione ha continuato a escludere dal catalogo delle prestazioni dovute l'accesso a Internet a una data velocità. L'inscindibile collegamento tra il basilare diritto di accesso alla rete degli utenti e quello più sofisticato dell'operatore di disporre della rete alle medesime condizioni contrattuali riservate al suo concorrente comporta che il diniego al primo diritto dello *status* di prestazione obbligatoria travolga anche le medesime aspirazioni della situazione soggettiva derivata.

Ciò non toglie che in una prospettiva politica futura si debba continuare a sostenere l'universalità della pretesa di accedere alla rete, ma nel caso in cui questa battaglia incontrasse il favore di un legislatore comunitario più illuminato, essa non dovrebbe condurre ad acquisire automaticamente anche il diritto alla *net neutrality* al *genus* del servizio universale. E ciò perché - e qui arriviamo alla seconda considerazione annunciata prima - la disciplina del servizio universale necessita di un debitore, la cui individuazione il diritto comunitario affida al singolo Stato. Quest'ultimo trasferisce i relativi oneri o sugli operatori di telefonia fissa, che in quanto privi di rete propria contribuiscono *pro quota* alla diffusione universale della prestazione - o sulla generalità dei contribuenti, nel caso in cui lo Stato secondo valutazione altamente discrezionale li reputi i beneficiari ultimi del Servizio Universale.

⁶⁸ Consapevoli dell'estraneità della tematica richiamata nel testo alla nostra trattazione, ci sia consentito per le questioni di compatibilità comunitaria e costituzionale del servizio universale - con particolare riferimento alle reti fisse e all'accesso a Internet - il rinvio a G. DE MINICO, *Tecnica e diritti sociali nella regulation della banda larga*, in G. DE MINICO (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti. Banda larga e servizi a rete*, Jovene, 2010.

⁶⁹ Cfr. Direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 (recante modifica della Direttiva 2002/22/CE, in *GUCE* 18 dicembre 2009, n. L. 337/11, d'ora in poi citata Direttiva Servizio Universale) relativa al Servizio Universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica.

le e a condizione che la situazione economica di tendenziale prosperità lo consenta.

Tornando ora alla nostra *net neutrality* chi sarebbe questo necessario debitore disposto a sostenere in via compensativa il prezzo *affordable*? Ragioniamo: i soggetti che lo sono nel servizio di telefonia fissa, cioè le Telco, qui non godrebbero del vantaggio rappresentato dalla comunicazione universale tra i propri clienti dovuta all'interconnessione con la rete fissa diffusa ovunque, beneficio questo, che giustifica la sopportazione dell'onere. Se le Telco fossero obbligate a pagare la *net neutrality* sopporterebbero un'obbligazione *sine causa* con tutto ciò che ne conseguirebbe in termini di legittimità della prestazione per difformità dal parametro della proporzionalità. Per le medesime ragioni non potremmo considerare obbligati neanche gli *ISPs*, di cui si è ampiamente discusso nel lavoro, perché dall'accordare un accesso equo e a prezzi calmierati a ogni fornitore di contenuti non trarrebbero un beneficio tale da controbilanciare in termini di ragionevolezza il sacrificio economico imposto loro.

Il rimedio residuale rappresentato dalla fiscalità generale, cioè girare a vario titolo i costi sui cittadini, sarebbe poi difficilmente praticabile sia perché i contribuenti si sentirebbero gravati da un peso la cui ricompensa vedrebbero riservata principalmente agli operatori economici delle rete, piuttosto che a se medesimi, sia perché in una situazione di recessione economica sarebbe politicamente odioso gravare ulteriormente di sacrifici chi non è in grado di sostenere le spese necessarie per vivere.

In sintesi, in luogo di soluzioni disegnate per fattispecie legate alla vecchia tecnologia – nel caso in esame, la rete di telefonia fissa – si preferiscono letture meno conformi con le tradizionali categorie giuridiche, ma più aderenti al fenomeno da regolare, quale quella prospettata in questo lavoro, diversamente si sacrificerebbe il fatto innovativo di Internet in cambio di soddisfazioni qualificatorie peraltro poco appaganti.

La nostra riflessione sulla *net neutrality* ha cercato un centro e lo ha trovato nella persona, accolta nella sua integrale dimensione costituzionale, come titolare della libertà di intrapresa economica, ma soprattutto delle libertà fondamentali che allargano la sua domanda di umanità.

Questo centrarsi sulla persona, e quindi, di converso, questo affrancare la *net neutrality* dalla logica mercantile, ha consentito di ri-

spondere ai problemi che dettati normativi volutamente lacunosi stanno già creando, ma soprattutto ha offerto un'indicazione per il futuro: qualsivoglia disciplina si voglia dare alla *net neutrality* questa dovrà essere attenta a riservare la capacità trasmissiva e innovativa della rete non solo a chi già c'è ora, ma anche a chi verrà, visto che noi abbiamo la responsabilità di non esaurire le risorse delle generazioni future, che hanno il nostro stesso diritto di intrapresa e di crescita interiore.



Costituzionalismo.it

Fondatore e Direttore dal 2003 al 2014 Gianni **FERRARA**

Direzione

Direttore Gaetano **AZZARITI**

Francesco **BILANCIA**

Giuditta **BRUNELLI**

Paolo **CARETTI**

Lorenza **CARLASSARE**

Elisabetta **CATELANI**

Pietro **CIARLO**

Claudio **DE FIORES**

Alfonso **DI GIOVINE**

Mario **DOGLIANI**

Marco **RUOTOLO**

Aldo **SANDULI**

Massimo **VILLONE**

Mauro **VOLPI**

Redazione

Alessandra **ALGOSTINO**, Gianluca

BASCHERINI, Marco **BETZU**,

Gaetano **BUCCI**, Roberto

CHERCHI, Giovanni **COINU**,

Andrea **DEFFENU**, Carlo

FERRAJOLI, Luca **GENINATTI**,

Marco **GIAMPIERETTI**, Antonio

IANNUZZI, Valeria **MARCENO'**,

Paola **MARSOCCI**, Ilenia **MASSA**

PINTO, Elisa **OLIVITO**, Luciano

PATRUNO, Laura **RONCHETTI**,

Ilenia **RUGGIU**, Giuliano

SERGES, Sara **SPUNTARELLI**,

Chiara **TRIPODINA**

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)