

# Costituzionali

FASCICOLO 2 | 2011

8 novembre 2011

## Diritti Regole Internet\*

di Giovanna De Minico

**SOMMARIO:** Premesse. – I) I nuovi diritti. – 1. Il diritto di accesso a Internet come diritto sociale (1.1. Rispetto all'ordinamento interno. – 1.2. Verso l'attuazione del diritto sociale. – 1.3. Rispetto all'ordinamento comunitario). – 2. Il diritto di accesso a Internet come libertà negativa. – 3. Il diritto di accesso degli operatori alla rete. – II) Una regolazione per i diritti e la rete. – 1. Equiparazione tra mezzi tradizionali e nuovi? – 2. Ordine tra le regole e graduazione tra gli obiettivi.

### *Premesse*

Articolerò il mio ragionamento in due parti. La prima dedicata ai diritti nati dal progresso tecnologico: precisamente, il diritto dei cittadini di accedere a Internet ad alta velocità; il diritto degli operatori di telecomunicazione[1] di accedere alle reti di nuova generazione[2]. La questione verte sulla natura delle situazioni soggettive: diritti affermati e attuati o mere promesse per le generazioni future?

La seconda parte avrà a tema se e come disciplinare Internet.

Il comune denominatore delle due sezioni si rinviene nella verifica della compatibilità della loro disciplina con l'assetto costituzionale e con un bagaglio valoriale condiviso dalla comunità internazionale.

### *I) I nuovi diritti*

Il filo rosso che tiene insieme i due diritti è rappresentato dall'evoluzione tecnica, che in tale campo crea, senza soluzione di continuità rispetto alle preesistenti reti in rame, nuove piattaforme trasmissive in fibra ottica; o integra i tradizionali mezzi di comunicazione intersoggettiva con capacità polifunzionali (i cellulari di IV generazione), offrendo alla persona in un'unica prestazione e simultaneamente suoni, dati, immagini, prima ricevuti separatamente, in tempi diversi e con più terminali.

La domanda che ci dobbiamo porre è la seguente: questa rivoluzione tecnologica ha giovato a tutti, o solo a taluni? In altri termini, essa ha capacità accrescitive dei diritti della generalità dei soggetti, o è semplicemente un moltiplicatore di ricchezza per taluni?

Di per sé la tecnologia è un fattore neutro, cioè non è in grado né di redistribuire risorse, né di accentuare asimmetrie sociali; il suo esito dipende da come viene orientata dal decisore politico, che quindi in via preliminare deve scegliere se dirigerla verso il *common good* o assecondarne un'involuzione egoistica. Se optasse per la prima finalità, essa significherebbe almeno due cose: equiordinare all'ex-monopolista i nuovi entranti nel diritto di accesso alle nuove reti N.G.Ns., impedendo al primo di trasferire su di esse la dominanza detenuta sulle vecchie reti; equiordinare a chi è più fortunato per nascita, condizioni sociali, ubicazione geografica chi lo è meno, ammettendo

gli esclusi a partecipare ai benefici a qualsiasi titolo derivanti dall'innovazione grazie alle inedite occasioni di dialogo, d'informazione, di fruizione dei servizi digitalizzati, offerti dalla navigazione veloce in rete.

Se questo è l'obiettivo al quale devono obbedire i nuovi mezzi, verifichiamo se esso sia stato conseguito dai due diritti.

### 1. Il diritto di accesso a Internet come diritto sociale

Il diritto alla connessione veloce consiste nella pretesa della persona, individuo o soggetto collettivo, a che lo Stato stenda diffusamente sul territorio nazionale la banda larga per permettergli, ovunque risieda e a un prezzo abbordabile, di navigare in rete alla velocità idonea a partecipare alle comunità virtuali, telefonare tramite skype o altri sistemi di VOIP e ricevere i servizi digitalizzati della amministrazione. I vantaggi della connessione veloce sono dunque valutabili in termini di inclusione della persona nel processo sociale e politico, perché la banda asciuga le distanze tra remoti e vicini, azzera le differenze di età, livella le impari condizioni fisiche, insomma rende uguali coloro che tali non sarebbero per le diverse fortune, favorendo la partecipazione attiva dei cittadini alla società dell'informazione, e inventando modalità inedite di democrazia continuativa destinate a rivitalizzare il dialogo intermittente tra rappresentante e rappresentato, proprio della democrazia rappresentativa.

L'accesso veloce è pertanto funzionale all'uguaglianza sostanziale, perché agendo da leva atta a sollevare gli ostacoli materiali ed economici al pieno sviluppo della persona, diventa l'occasione per l'effettivo esercizio delle libertà fondamentali – manifestazione del pensiero, comunicazione intersoggettiva – alle quali taluni, gravati dalle preoccupazioni del vivere quotidiano (art. 2 Cost.)[3], sono spesso costretti a rinunciare. Quindi, il diritto di accesso sposta flussi finanziari verso chi non ha, condividendo la funzione equilibratrice propria dei diritti sociali[4], rispetto ai quali però presenta un profilo di unicità: a differenza del diritto alla salute o al lavoro in grado di procurare vantaggi da soli, il diritto alla connessione di per sé non soddisfa alcun bisogno; la soddisfazione dell'interesse è qui rinviata all'acquisizione del bene finale, di volta in volta procurato dalla navigazione: si è quindi, in presenza di un diritto sociale a utilità plurima e differenziata.

1.1. *Rispetto all'ordinamento interno.* Ho chiamato "diritto" la pretesa di accesso a internet, ma tale qualificazione è corretta sempre che esista una norma di diritto oggettivo che riservi a quella pretesa il trattamento giuridico proprio della situazione soggettiva. Ebbene, l'accesso può esibire come titolo legittimante quelle disposizioni della Carta dei diritti, resa vincolante dall'incorporazione nel Trattato di Lisbona, che ora riconoscono agli anziani (art. 25) il diritto a "condurre una vita [...] indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale"; ora alle persone con diversa abilità (art. 26) il diritto a beneficiare di "misure intese a garantire l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità"; e infine, a chi vive in territori remoti il diritto "alla coesione sociale" (art. 36).

Il diritto in oggetto, non diversamente da qualsiasi diritto sociale, non ha capacità autosatisfattiva, questa dipende invece da un atteggiamento collaborativo del soggetto pubblico, necessario per l'effettivo godimento del diritto e quindi per "la concreta realizzazione degli interessi costituzionalmente protetti"[5].

A quest'ultimo si chiede, infatti, di assumere un comportamento istituzionale attivo: ideare norme asimmetriche *in bonam partem*, le quali prevedendo vantaggi nella sola direzione delle categorie sociali escluse compensano le diverse fortune iniziali tra chi ha e chi non ha; tali norme differenziano per equiordinare, in quanto consentono solo ai meno fortunati, per nascita, età, condizioni personali o ubicazione geografica, di connettersi velocemente a un prezzo abbordabile e ovunque siano. Tale risultato in mancanza dell'obbligo di *facere* – adempiuto dal potere pubblico in prima persona o per il tramite di un operatore – non si verificherebbe *ex se* sul mercato, perché nessun operatore renderebbe un servizio diseconomico, se non fosse costretto da un obbligo[6].

La Carta dei diritti fondamentali e più in generale il diritto dell'Unione, non più ordine parallelo, ma integrativo di quello statale, concorrono a comporre il parametro di legittimità costituzionale, il cui rispetto si impone al legislatore interno[7]. L'interposizione normativa del diritto dell'Unione, disegnata dall'art. 117, co. I, Cost., avrà come conseguenza immediata ai fini della mia riflessione la coercibilità giuridica della pretesa prestazionale alla banda larga nei confronti del legislatore nazionale, non più libero di attivarsi o meno, perché tenuto da un preciso obbligo comunitario a procurare un risultato al *quisque de populo*.

Ma anche a prescindere dalla vincolatività del titolo comunitario, sarei comunque propensa a riconoscere ai diritti sociali l'idoneità a imporre al legislatore uno specifico obbligo di attivazione; se così non fosse, i diritti sociali sarebbero diritti solo nel nome, per ridursi nella sostanza ad aspettative di mero fatto perché privi della coercibilità della prestazione. Chi ritiene invece, il legislatore semplicemente facoltato, e già non obbligato, a un *facere*, non ha risposte convincenti quanto al perché dell'inserimento di tali diritti nel dettato costituzionale[8]. Né il fatto che essi figurano in disposizioni programmatiche può attenuarne la cogenza, la quale discende direttamente dal valore giuridico pieno di tali norme[9], idonee a integrare al pari delle precettive il parametro di costituzionalità[10].

Inoltre, l'acquisizione ormai pacifica in dottrina dei diritti sociali alla categoria dei diritti inviolabili (di cui all'art. 2 Cost.) impone di individuare un significato giuridico minimo all'aggettivo impiegato nell'art. 2 'inviolabili'. Se esso, per il legislatore di revisione costituzionale e per quello comunitario, significa intangibilità del nocciolo duro dei diritti, lo stesso non può perdere valore precettivo per un legislatore di rango inferiore, quello ordinario.

L'unico significato possibile sarà dunque quello della doverosità della loro attuazione; in caso contrario, si consentirà al legislatore ordinario di poter fare con la sua inerzia quanto è invece proibito al decisore politico superiore.

1.2. *Verso l'attuazione del diritto sociale.* La questione si sposta su un diverso piano: l'ammissibilità di un giudizio di costituzionalità su condotta negativa, cioè il non *facere* del legislatore, che risolvendosi appunto in un'omissione, la mancata produzione dell'atto normativo cui era obbligato, priva il sindacato di legittimità del suo elemento oggettivo indispensabile, la norma da valutare; da qui l'inevitabile impermeabilità dell'omissione legislativa, benché illegittima, al controllo del giudice delle leggi.

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

Qui la Corte dovrebbe sostituire alla identificazione dei diritti sociali come situazioni soggettive ad attuazione futura e incerta[11], perché subordinati alle disponibilità economiche insindacabilmente quantificate dal legislatore, quella inedita del diritto incondizionato, esito imposto anche dalla comune origine personalistica dei diritti sociali e delle libertà negative, che nati dalla dignità della persona contribuiscono al suo pieno sviluppo. Come situazione soggettiva incondizionata il diritto sociale pretenderebbe dal decisore politico una risposta regolativa immediata, certa e *reasonable* rispetto al bisogno sottostante da soddisfare. La scelta discrezionale di quel decisore in ordine alla quantificazione delle risorse a disposizione della pretesa prestazionale dovrebbe essere oggetto di scrutinio della Corte secondo parametri obiettivi e plausibili, al fine di assicurare la ragionevole aderenza della misura alla domanda di inclusione sociale della persona.

Una recente pronuncia del Tribunale costituzionale tedesco (9 gennaio 2010)[12] non ha esitato a percorrere la via qui illustrata. Il giudice tedesco, accantonata la tesi da lui stesso inaugurata della "riserva del possibile", ha guidato le scelte future del legislatore dettandogli un criterio oggettivo, ragionevole, affidabile cui attenersi nella valutazione dei bisogni[13]. Ne consegue che sarà la reale consistenza del bisogno a definire il *quantum* del diritto, e non già le disponibilità finanziarie, destinate a cedere alle ragioni del primo. Non è da escludere che questa tecnica decisoria possa comportare obblighi procedurali al legislatore: precisamente, di supportare la scelta normativa con un'adeguata motivazione, necessaria per consentire l'eventuale riesame giudiziario del Tribunale costituzionale sulla congruità della scelta al vincolo di risultato assegnato con la sentenza. Gli adempimenti procedurali non si esauriranno nella sola motivazione, potendosi richiedere altresì una partecipazione equilibrata e un'ampia visibilità esterna della procedura legislativa in modo da assicurare la plausibilità del risultato atteso rispetto al bisogno[14]. In sintesi, il giudice tedesco ha sollecitato il trasferimento del *due process* dalle aule di giustizia a quelle dell'assemblea elettiva in funzione attuativa dei diritti sociali, da tempo già richiesta dalla più accorta dottrina, che desumeva per stadi successivi dal super valore costituzionale della dignità della persona (art. 1, 1, Grundgesetz)[15] la pretesa sociale a un'esistenza libera dal bisogno, e da quest'ultima il diritto al contraddittorio legislativo a garanzia della dignità umana.

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

Per stemperare questa confusione tra poteri la Corte potrebbe ricorrere a tecniche decisorie compromissorie, in grado di tenere insieme discrezionalità politica e tutela dei diritti sociali: la prima, orientandola verso un obbligo di risultato; la seconda, affidandola alla capacità conformativa dei criteri dettati dalla Corte. In tal modo non si azzererebbe lo *spatium deliberandi* del Legislatore, come accade invece con le sentenze additive di prestazione[16]; né si consegnerebbe alla sua incontrollata libertà la realizzazione dei diritti sociali, stante il vincolo cogente del giudicato costituzionale. Si tratta però di un risultato conseguibile a condizione che la Corte sfrutti a pieno le potenzialità conformative della sentenza additiva di principio con due accorgimenti, ai quali peraltro in passato era già ricorso. In primo luogo, dovrebbe integrare il dispositivo prevedendo un termine certo entro cui il legislatore dovrebbe ottemperare al giudicato costituzionale[17], traducendo i principi orientativi dettati dalla Corte in precetti immediatamente operanti nei rapporti intersoggettivi. In secondo luogo, la Corte non dovrebbe disporre del regime giuridico delle sentenze additive di principio, le quali condividono con la pronuncia di annullamento la forza del giudicato costituzionale; vincolo questo, che in presenza dell'elemento additivo comporta altresì la cogenza del principio aggiunto[18], troppo spesso declassato dalla Corte stessa a mero indirizzo per il legislatore futuro[19].

E piuttosto che temere per la separazione dei poteri, compromessa dalle indicazioni della Corte rivolte al decisore politico[20], mi preoccuperei della compatibilità di queste sentenze 'costose' con l'equilibrio finanziario. La questione, ben nota alla Corte[21], trovò risposta nell'attuazione graduata nel tempo dei diritti sociali[22] o nella loro subordinazione alla capienza di bilancio[23]. Condizione, quest'ultima, di dubbia compatibilità costituzionale, perché inverte l'ordine gerarchico dei valori posti in Costituzione in quanto il giudice delle leggi confrontando grandezze ineguali – le esigenze economiche finanziarie con gli imperativi sociali da attuare – finisce per confondere il fine (soddisfacimento dei diritti sociali) con il mezzo (l'efficienza economica), il quale da strumento al servizio del fine viene promosso dalla Corte a iper-fine condizionante il perseguimento dell'obiettivo mediato[24], risultato inevitabile quando si comparano erroneamente entità diseguali.

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

In caso di modifica dell'art. 81 Cost. con l'esplicita previsione dell'obbligo di pareggio di bilancio, la legittimità di questo tipo di sentenze sarebbe ancora più discutibile, perché queste, imponendo al legislatore un'uscita priva di corrispondente copertura, comprometterebbero il saldo 'zero' tra entrate e uscite.

Ma questa prognosi *ex ante* dà per approvato un disegno di legge costituzionale[25], dall'*iter* solo avviato, e per immodificabile la sua formulazione iniziale, invece emendabile anche con l'introduzione di una deroga all'equilibrio finanziario ulteriore a quella già contemplata delle "cause eccezionali": le esigenze sociali[26].

Né peraltro si potrebbe obiettare che si tratterebbe di una strada a percorrenza obbligata da Bruxelles, perché se è vero che l'obbligo di pareggio deriva dal Documento del Consiglio europeo[27], non è vero invece che il Consiglio imponga un'unica via per conseguirlo: il raffreddamento del debito pubblico.

L'atto europeo ha dunque prescritto il pareggio di bilancio, non anche il mezzo per perseguirlo. Spetterà invece ai singoli Stati decidere il da farsi. E cioè scegliere se intervenire sulle entrate, aumentandole, o sulle uscite, contenendole, e qualora si preferisse la seconda soluzione, si dovrà scegliere quali sono le voci di spesa in esubero da tagliare. Quindi, la cura dimagrante potrebbe colpire la politica nei suoi costi impropri o l'amministrazione pubblica nelle sue croniche inefficienze o infine il debito pubblico, cioè il prestito accordato dai cittadini allo Stato. Il nostro Governo si è rivolto proprio a quest'ultimo rimedio, intendendolo come una via esclusiva e peraltro a percorrenza obbligata anche per le maggioranze politiche future, in virtù del suo inserimento nell'art. 81 Cost.

Mi preme solo chiarire che non si tratta di un'operazione calata da Bruxelles, ma di una precisa decisione di politica economica, della cui costituzionalità è ragionevole dubitare stante il suo effetto preclusivo sull'indirizzo politico delle maggioranze future e la sua incompatibilità con il Welfare.

Ai fini del nostro discorso sulla attuazione dei diritti sociali, se gli stessi fino ad oggi si sostenevano economicamente anche col ricorso al debito, il nuovo 81 condiziona l'uguaglianza sostanziale non solo alle disponibilità economiche, ma alla provenienza di quei soldi, non più generabili dai prestiti allo Stato dei cittadini-investitori.

Quindi, sarebbe bene che Governo e Parlamento ripensassero l'endiadi pareggio/indebitamento, considerato che lo stesso documento europeo chiede che accanto al contenimento della spesa, comunque conseguito, lo Stato realizzi misure per la crescita sociale, le stesse che in sede costituzionale ci vorremmo precludere. Queste occasioni di progresso per l'avvenire, che necessariamente esigono il riallineamento dei diversi punti di partenza, sono evitate anche nei vari atti della manovra economica del nostro Governo, segno evidente di un'azione di risanamento dei conti pubblici sorda alle domande sociali di prestazioni essenziali alla vita[28].

Un precedente può tornare utile: la Commissione D'Alema nella sua proposta di revisione costituzionale aveva sì novellato l'attuale art.81 introducendo il vincolo del pareggio unitamente al raffreddamento del debito pubblico, ma, al tempo stesso, aveva contemplato il ricorso in deroga a quest'ultimo, non solo rispetto a situazioni eccezionali, ma anche a vantaggio delle spese in investimenti strutturali. Delle due deroghe la revisione in atto prevede solo la prima, e una diversa seconda, identificata "nelle fasi avverse del ciclo economico", peraltro rimessa alla sola individuazione del Governo, e non della Camera a maggioranza assoluta, come invece previsto nella proposta della Bicamerale D'Alema[29].

Senza considerare che secondo un ragionamento squisitamente economico il vincolo del pareggio di bilancio avrebbe effetti perversi in caso di recessione: "Nei momenti di difficoltà economica diminuisce il gettito fiscale e aumentano alcune spese tra cui i sussidi di disoccupazione. Questi ammortizzatori sociali fanno aumentare il deficit, ma limitano la contrazione del reddito disponibile e del potere di acquisto. Chiudere ogni anno il bilancio in pareggio aggraverebbe le eventuali recessioni".... "Non c'è alcuna necessità di mettere al Paese una camicia di forza economica. Lasciamo che presidente e Congresso adottino le politiche monetarie, economiche e di bilancio idonee a far fronte ai bisogni e alle priorità, così come saggiamente previsto dai nostri padri costituenti."[30].

In conclusione, la riforma dell'art.81 dice troppo perché sceglie un'unica via per far quadrare i conti: l'azzeramento del debito pubblico. E dice poco perché non contempla tra le deroghe le necessità sociali, tra le quali possiamo indicare anche, ma non solo, gli investimenti strutturali, dando così un'attuazione socialmente aggressiva al documento europeo.

*1.3. Rispetto all'ordinamento comunitario.* Vediamo quali effetti produrrebbe l'attrazione dell'accesso veloce a Internet nel catalogo dei diritti sociali sull'ordinamento comunitario.

Benché Parlamento e Commissione Europea affermino da tempo e ripetutamente l'universalità del diritto alla banda larga, nel redigere gli atti giuridici dimenticano quanto dichiarato prima.

Così, in occasione della revisione del Pacchetto Direttive 2002 sulle telecomunicazioni[31], la Commissione avrebbe potuto inserire l'accesso veloce tra gli obblighi di servizio universale, se solo avesse rivisto il parametro di selezione delle prestazioni, cosa che invece non ha fatto, preferendo riconfermare un criterio valutativo chiuso in se stesso, incapace di proiezioni future e di sviluppi inediti: quello della diffusività della domanda[32]. L'applicazione di questo parametro a una domanda di beni ancora ignota o comunque poco conosciuta dal cittadino, cioè la connessione veloce alla rete, si è risolta nell'inessenzialità del bene futuro, perché non richiesto, e quindi nella sua esclusione dall'elenco delle prestazioni obbligatorie: quelle che lo Stato deve rendere a tutti cittadini, a prescindere dalla loro ubicazione sul territorio e dalla loro capacità di spesa (Dir. Serv. Univ. 2009/136, art. 15).

Il parametro andava invece sostituito o quantomeno integrato da un diverso criterio, basato su valutazioni qualitative, prospettive, capaci di guardare al bene finale promesso dalla connettività veloce: la piena inclusione sociale. Pertanto, il criterio riconfermato non sembra superare il giudizio di legittimità comunitaria, perché, escludendo l'accesso veloce dalle prestazioni obbligatorie, nega a

questa pretesa la dignità e quindi, il trattamento giuridico del diritto sociale, esito ragionevole dell'interpretazione prima suggerita di alcune disposizioni della Carta dei diritti. E siccome la forza primaria della Carta prevale su una diversa qualificazione delle situazioni soggettive disposta da fonti comunitarie secondarie, il criterio della domanda previsto dalla Direttiva 136 è illegittimo, con tutto ciò che ne segue in termini di atti implementativi successivi.

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

Questo *Considerandum*[33], nel promuovere la banda larga a prestazione facoltativa del servizio, lascia agli Stati la decisione di integrare o meno l'elenco secondo valutazioni socio-economiche relative al proprio territorio; e, in caso di esito positivo di queste ultime, la banda, in quanto prestazione facoltativa, sarà finanziabile solo dalla fiscalità generale. A ciò si aggiunga che tale previsione, in quanto collocata in un *Considerandum*, ha valore di indicazione politica *pro futuro*, e non già di una prescrizione giuridicamente vincolante nell'immediato[34]. Si tratta allora di un discorso in divenire, che al momento come cittadini europei non ci rassicura, perché l'impegno sarà suscettibile di esiti diversi: precisamente, negli Stati che avranno onorato il *commitment*, la prestazione oggetto del nuovo diritto sociale sarà resa a chiunque lo richieda a un prezzo ragionevole; in quelli che lo avranno disatteso, nessun nuovo diritto sarà riconosciuto al cittadino, anche se questi è *civiseuropeo* non meno del primo.

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

Ridurre il diritto in esame a impegno politico discrimina il popolo europeo in ragione delle rispettive nazionalità; il *Considerandum 5* disegna, infatti, una pretesa a fruizione territorialmente differenziata, che non solo asciuga illegittimamente le libertà fondamentali di quei cittadini che, in difetto di banda, non potranno ricevere i servizi audiovisivi in alta definizione, ma nega agli stessi anche le condizioni ottimali del diritto d'impresa, confinate per ragioni di calcolo economico nei soli territori coperti dalla banda. In sintesi, l'assenza di quest'ultima diventa fattore ostativo all'iniziativa economica in quel dato mercato, barriera tecnologica al libero dispiegarsi delle forze della domanda e dell'offerta, dunque impedimento di fatto al mercato unico. In conclusione, se il *commitment* può far bene sperare i cittadini degli Stati virtuosi, lascia invece preoccupati quelli degli Stati indolenti; queste riflessioni ci inducono a non valutare il *Considerandum* un punto di arrivo, ma premessa di un negoziato con la Commissione, che sarà soddisfacente solo quando la banda sarà acquisita al catalogo obbligatorio e, in tal modo, sottratta alla disponibilità delle maggioranze politiche degli Stati membri. Vedremo se la Kroes, come annunciato nell'Agenda digitale[35], farà passi più conclusivi di quelli della Reding verso il diritto universale all'accesso veloce.

## 2. Il diritto di accesso a Internet come libertà negativa

Chiarita la dimensione di libertà positiva della pretesa di connettività veloce alla rete, chiediamoci se la medesima situazione soggettiva non sia altresì accostabile al *genus* delle libertà negative, considerata la sua strumentalità all'esercizio della libertà di pensiero, di comunicazione intersoggettiva, di partecipazione politica o di accesso ai servizi digitalizzati dall'amministrazione, situazioni soggettive, queste, eterogenee nel contenuto, ma omogenee quanto al fine ultimo cui tendono: il compimento pieno della persona, alla quale Internet offre una pluralità di luoghi virtuali per realizzare la sua dimensione individuale e sociale[36].

Sotto questo profilo l'indispensabilità del mezzo (banda larga) rispetto ai beni obiettivo (ad esempio, la manifestazione del pensiero) impone che si comunichi anche al primo il regime giuridico proprio dei secondi: diversamente la libertà di parola, formalmente rispettata dallo Stato, subirebbe una violazione indiretta, in quanto la lesione non interesserebbe in via immediata il diritto fine, bensì il mezzo tecnico per il suo esercizio, che reso però indisponibile, impedirebbe il concreto esercizio del diritto-fine pur formalmente tutelato. Già la nostra Corte costituzionale aveva articolato in parallelo la protezione della libertà di manifestazione del pensiero con la pretesa di accesso al mezzo radiotelevisivo, sebbene subordinando quest'ultima al limite del "tecnicamente possibile"[37]. Una pronuncia del *Conseil Constitutionnel*[38] trasferisce nella realtà virtuale il nesso di indivisibilità tra mezzo e fine, cui era pervenuto il nostro giudice costituzionale, desumendovi una protezione del diritto di parola proiettata all'indietro, cioè dilatata fino a coprire la concreta utilizzabilità del mezzo[39], almeno nei casi in cui lo stato di sviluppo della tecnica renda quel mezzo un percorso

obbligato per un certo risultato “12. Considérant qu’aux termes de l’article 11 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789: ‘La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l’homme: tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l’abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi’; qu’en l’état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu’à l’importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l’expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d’accéder à ces services”.

Ne consegue che gli attributi propri della libertà negativa diventino anche i tratti minimi del diritto di navigare in rete, perché una volta che lo Stato abbia adempiuto al suo dovere di prestazione, cioè abbia steso la rete su tutto il territorio nazionale, il diritto di accesso a Internet separa le sue sorti dal diritto sociale per condividere almeno in parte la condizione giuridica di una libertà negativa. Dunque, nella seconda fase temporale il diritto alla banda larga si comporta non diversamente da quelle libertà finali alla cui soddisfazione esso tende. In questa accezione il diritto di accesso a Internet esige in principio dallo Stato un comportamento inerte rispetto all’ambito della libertà protetta; diversamente dalla dimensione positiva, qui il diritto si autosoddisfa con l’astensione del soggetto autoritativo dal compimento di qualsiasi atto, che in quanto un *facere* sarebbe comunque restrittivo dell’accesso. In questa prospettiva il nesso di strumentalità necessaria con le libertà attrae sull’accesso a internet la doppia garanzia della riserva di legge e di giurisdizione, lasciando peraltro una parte di disciplina che non vi è assoggettata e che si presta a essere disegnata con precetti inediti, flessibili, modulabili all’occorrenza, obiettivamente ragionevoli, cioè porosi alle specifiche tecniche della rete.

Il diritto alla banda mostra di avere un percorso simile a quello già intrapreso dalla riservatezza, che, nata da valori e diritti tipizzati in Costituzione, ha poi conquistato una sua identità, articolata nella duplice pretesa di autodeterminazione dei propri dati, che impone al potere pubblico l’assunzione di compiti attivi, e anche di protezione del foro interno contro una sorveglianza o intrusione pervasiva minacciata dal soggetto autoritativo.

Quando la dottrina francese critica la legge Hadopi<sup>[40]</sup> è come se disegnasse in termini generali i comportamenti vietati allo Stato nei confronti del diritto di accesso, comprimibile nel rispetto di precise condizioni: il valore limitante dovrà essere pari ordinato al primo; la misura di coesistenza tra gli opposti dovrà essere definita *ex lege* e proporzionata in ragione del parametro costi/benefici; e, infine, l’applicazione di tale misura dovrà essere rimessa a un atto motivato dell’autorità giudiziaria. La prima versione della Hadopi non rispondeva ad almeno due dei tre requisiti<sup>[41]</sup>. Equiordinava beni non allineabili, perché il diritto allo sfruttamento economico dell’opera d’ingegno, in quanto interesse economico, sarebbe dovuto arretrare, e non prevalere, rispetto alla libertà di navigare in rete dell’internauta, bene, quest’ultimo, fondamentale. Inoltre, consegnava il potere di bloccare l’accesso alla Hadopi che, al pari di qualsiasi autorità amministrativa indipendente, non possiede gli attributi formali del potere giudiziario: di conseguenza i suoi atti non pervengono a giudicato, a differenza delle sentenze del giudice<sup>[42]</sup>.

In questa sede non esprimerò un giudizio sull’adeguatezza della successiva risposta del legislatore francese<sup>[43]</sup> alla censura del *Conseil*, perché questione estranea alla mia riflessione. Qui ho voluto ricordare il caso francese perché costituisce un esempio emblematico di comportamento vietato allo Stato, cioè di condotta che il potere non deve tenere nei confronti di una libertà negativa, quale è appunto il diritto di accesso a Internet.

Il nostro ordinamento si dovrà misurare con problemi simili a quelli francesi avendo assegnato all’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni un analogo potere di controllo sostanziale sui contenuti dei siti. Invero, le ragioni prima esposte in difesa della riserva di giurisdizione, pur implicita nel sistema francese, diverrebbero insuperabili in un ordinamento che espressamente prevede la privativa della materia litigiosa al potere giudiziario. Né servono ad attenuare questa censura i correttivi<sup>[44]</sup> - introdotti in corso d’opera dall’A.G.Com. all’originaria bozza di regolamento<sup>[45]</sup> - della preferenza del ricorso giurisdizionale al rimedio amministrativo e dell’impugnabilità dinanzi al giudice degli ordini dell’Autorità di “pulizia” coatta dei siti. La questione è altra: si può ritenere una tale addizione di mezzi, amministrativo e giudiziario, compatibile con la riserva di giurisdizione? Se riserva significa affidamento in esclusiva al giudice della decisione su A), B) e C), su quei punti nessun altro potrà interloquire, e un eventuale cumulo dovrà necessariamente partire da D).

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

Quanto detto sulla doppia identità del diritto alla banda larga, pretesa sociale *ab initio* e libertà negativa nel suo svolgersi, è solo la ricostruzione scientifica di chi scrive, ancora lontana dal concreto operare delle istituzioni europee. Per correttezza scientifica va però segnalato che l'Unione di recente ha vinto l'iniziale posizione di sterile immobilismo, pur fermandosi a metà del cammino, perché non ha ancora convertito le linee direttive impartite alle *policies* future[46] in impegni giuridicamente vincolanti rispetto alla domanda del cittadino europeo di connettività universale, accolta pertanto solo in punto di principio, non già come situazione soggettiva giuridicamente rilevante

### 3. Il diritto di accesso degli operatori alla rete

Esaminiamo ora il diritto degli operatori di accedere alle N.G.Ns.[47]. Qui siano in presenza di un diritto anticamera rispetto all'iniziativa economica, perché non si possono trasmettere le comunicazioni elettroniche se l'imprenditore non abbia la disponibilità giuridica del mezzo, che ben potrà essere in proprietà di altri, di regola dell'ex monopolista. In questo caso il diritto funziona da condizione di effettività dell'iniziativa economica, proprio come le norme che lo proteggono sono il presupposto di quelle competitive, almeno secondo l'impostazione di Breyer, per il quale le discipline asimmetriche, ad esempio le regole sull'accesso alle reti, sono "preconditions of a competitive marketplace rather than substituting regulation for competition, ...Necessary when antitrust cannot successfully maintain a workably competitive market place"[48].

Tale diritto di accesso alle N.G.Ns. impone allo Stato un obbligo di *facere*: introdurre regole che assicurino il diritto di accesso degli altri operatori (OLO) alle medesime condizioni che il titolare delle nuove reti riserva a se stesso[49].

Rivolgiamo l'attenzione alla Raccomandazione della Commissione del settembre 2010[50], relativa all'accesso regolamentato alle N.G.Ns. per verificare se questo diritto sia stato attuato oppure no. Se guardiamo al nocciolo duro dell'accesso, cioè alla pretesa di messa a disposizione della nuova rete in condizioni di parità, la risposta è certamente affermativa. Ma se consideriamo un caso diverso da quello lineare, e cioè l'ipotesi in cui la rete sia oggetto di un accordo di corealizzazione e di cogestione, la Raccomandazione non offre una risposta certa quanto alle sorti del diritto di accesso.

I suoi profili critici riguardano appunto la posizione dei coinvestitori diversi dal dominante e dai terzi. I primi non si possono considerare equidistanti all'operatore verticalmente integrato per il semplice fatto di essere divenuti suoi soci, perché la parificazione dipenderà da come sono disegnati i rapporti all'interno del nuovo organismo gestorio. In altri termini, la cogestione potrà rendere superfluo l'*equivalence of access*, solo se tutti gli operatori avranno pari poteri nel gestire la rete a prescindere dal capitale investito; diversamente, l'accordo non costituirà una protezione, ma un pregiudizio per gli operatori diversi dal dominante, se privati *ipso iure* della tutela esterna offerta dagli obblighi asimmetrici. Stesso discorso vale per i soggetti terzi, nei cui confronti l'accordo ipotizzato non prevede alcuna clausola di ingresso nell'organismo gestorio in un momento successivo all'originaria stipula. In ragione di questo motivo, la regolazione asimmetrica sull'accesso non si può eliminare o anche semplicemente alleggerire per il semplice fatto che esista un patto di investimento, ma occorrerà verificare se in ragione di quest'ultimo e in virtù della struttura del mercato, quelle criticità che prima richiedevano le norme asimmetriche siano state assorbite. Quindi, nessun automatismo deregolatorio si potrà ammettere.

Quanto al nostro Paese, la disamina è più semplice, perché non abbiamo ancora elaborato atti giuridicamente vincolanti in proposito al punto da poter affermare che il nostro ritardo non ha ancora pregiudicato la situazione normativa.

In questo caso il nostro Governo ha dato seguito alla Raccomandazione europea, promuovendo un accordo con gli operatori privati dall'altisonante nome anglosassone di *Memorandum of understanding*, MOU, che a mio giudizio di inglese ha però solo il nome. Infatti, pur potendosi

sviluppare verso l'alto le indicazioni di quella Raccomandazione, l'atto si accontenta di sollecitare un accordo tra piccoli e grandi operatori, diretto a condividere l'infrastruttura passiva e a realizzare l'N.G.Ns. in multifibra, limitata al solo 50% del paese, senza nulla dire quanto alla *governance* della futura società di gestione.

Due quindi, le forti criticità del patto.

La prima riguarda la limitazione territoriale della copertura, con la conseguenza inevitabile che gli investimenti, affidati all'insindacabile discrezionalità degli operatori, interesseranno esclusivamente le zone più remunerative, che è facile anticipare saranno nel nord del paese. Questo porterà alla costruzione di N.G.Ns. asimmetriche territorialmente, a zone in cui il servizio sarà migliore corrisponderanno altre in cui sarà peggiore o del tutto assente, mentre le nuove reti dovrebbero essere universalmente distese e assicurare in ogni parte un servizio quantitativamente e qualitativamente omogeneo. Invero, concentrare l'investimento solo dove conviene economicamente, significa accrescere il divario tra chi già esercita i diritti sociali e le libertà fondamentali e chi invece, ne ha la sola titolarità formale, perché, essendo tagliato fuori dall'autostrada veloce, non è in condizione di praticarli.

La seconda criticità attiene all'incapacità della futura società di gestione di equiordinare i piccoli operatori ai grandi, risultato che il *Memorandum* non comanda e che i privati difficilmente si auto imporranno.

Questa dimenticanza del MOU ha però le sue radici nell'avarizia prescrittiva del legislatore comunitario, che nella Raccomandazione non ha disegnato la *governance* al fine di equiordinare[51] gli operatori nei diritti amministrativi e differenziarli, invece, nelle pretese economiche. Voglio dire che se la politica gestoria della rete sarà decisa dai soci che avranno investito più soldi, l'accesso non sarà mai uguale, perché avremo semplicemente spostato la disuguaglianza, ora evidente nelle relazioni esterne tra il dominante e i piccoli operatori, nei rapporti interni alla società di gestione. A conclusioni opposte, si perverrebbe se i diritti amministrativi venissero assegnati *pro capite*, determinandosi un'effettiva equiordinazione nella politica interna della società.

Alcune delle perplessità evidenziate sul modello della Società della rete, come delineato nel MOU, permangono anche per il testo della manovra finanziaria approvata dal Consiglio dei Ministri lo scorso giugno 2011[52].

Se giudicassimo il nuovo testo in base a un parametro formale, esso sarebbe apprezzabile perché nell'affidare alla fonte primaria la costituzione di una Società di FiberCo, che il MOU invece rimetteva a un mero accordo fra le parti, ne rende obbligatoria la sua creazione.

Se invece prediligiamo un criterio contenutistico, le conclusioni saranno opposte. Infatti, l'originaria bozza del testo prevedeva un forte ruolo dell'Esecutivo nel passaggio dalla rete in rame a quello in fibra, attraverso l'individuazione di un piano strategico nazionale per l'erogazione di un servizio a banda larga rientrante nel paniere del Servizio Universale, e potenzialmente finanziato con fondi della Cassa Depositi e Prestiti, unitamente a quelli degli operatori economici[53]. L'espresso riferimento all'obbligo di Servizio Universale equivaleva a garantire un servizio di connessione veloce, rispondente a canoni di qualità, di diffusività nazionale, e infine di accessibilità nel prezzo. Il richiamo al Servizio Universale, in altri termini, imponeva una obbligazione di risultato verso i cittadini in nome del principio di eguaglianza sostanziale, sottraendo tale prestazione alla legge del mercato.

La nuova versione della manovra finanziaria[54], invece, riquifica la prestazione della banda larga da Servizio Universale a Servizio di Interesse Economico Generale (cd. S.I.E.G.)[55]. Il repentino cambiamento di indirizzo governativo non è cosa da poco: definire la connessione veloce a Internet un S.I.E.G. comporta un obbligo[56] per lo Stato nella scelta dei fornitori del servizio essenziale, e in via indiretta procura un vantaggio agli utenti finali in quanto la prestazione sarà offerta da un operatore efficiente. Infatti, l'impresa incaricata sarà individuata a seguito dell'espletamento di una gara equa, trasparente e non discriminatoria, tesa a selezionare il soggetto più idoneo alla fornitura[57], il quale però non sarà tenuto a fornire la connessione a un prezzo *affordable*, altrimenti previsto in caso di Servizio Universale, né a coprire l'intero territorio nazionale.

In conclusione, si tratta di una *deminutio* o di un *surplus* di garanzie per il cittadino rispetto alla versione iniziale dell'atto?

La risposta non è netta[58]: il decreto legge dovrebbe salutarsi con favore allorché eleva l'accordo da mero atto negoziale a fonte di diritto, definendolo un progetto strategico da realizzare alla luce dei principi di sussidiarietà orizzontale, tramite il ricorso a forme di partenariato pubblico-privato. Con tale atto, quindi, il decisore assume consapevolezza della necessità di conciliare – con regole generali e astratte, ma eteroimposte – le esigenze del libero mercato con quelle dell'accesso dei cittadini ai servizi fondamentali.

L'atto, tuttavia, non appare esente da critiche.

Dal punto di vista delle imprese – interessate a entrare sul mercato una volta che l'infrastruttura passiva verrà realizzata – il decreto legge riduce le garanzie di accesso date dalle “condizioni di uguaglianza e di non discriminazione”, sostituendole con i non meglio definiti aggettivi di rete “aperta” e “neutrale”.

Dal punto di vista degli utenti finali, lo stesso decreto attenua il grado di qualità e diffusività della prestazione essenziale, altrimenti assicurate qualora l'obbligazione fosse rientrata nel paniere del S.U.

La “saga” italiana della banda larga e delle reti ha ricevuto da ultimo una pesante battuta d'arresto con disegno di legge sulla stabilità[59], che ha dirottato i già esigui fondi in origine destinati a colmare il divario digitale dalla disponibilità del Ministero per lo sviluppo economico a quella del Ministero delle Economia e delle Finanze, in contrasto con le politiche pubbliche europee che hanno invece destinato o già impiegato i proventi delle loro aste sulle frequenze allo sviluppo dei sistemi di comunicazione elettronica.

In sintesi i due diritti di accesso fin qui esaminati, quello del cittadino alla connettività universale e quello degli operatori all'*equal access* sulle nuove reti, rimangono – allo stato attuale – solo promesse. Quindi, il progresso tecnologico ha giovato a pochi, consentendo a chi è già avanti di correre di più, lì dove poteva rappresentare un'occasione per raffreddare la corsa di taluni e accelerare quella di chi era rimasto indietro: un'applicazione dell'art. 3, 2 co., Cost. agli artt. 21 e 41 Cost. Per ora non è stato così, forse in futuro.

## II) Una regolazione per i diritti e la rete

### 1. Equiparazione tra mezzi tradizionali e nuovi?

Passiamo ora alla seconda parte, in cui risponderò agli interrogativi posti in apertura: se e come regolare la rete. La sezione I), dedicata alle regole sui nuovi diritti, si completerà quindi con questa seconda, rivolta a definire le regole destinate a Internet, luogo atemporale ed extraterritoriale di esercizio delle libertà fondamentali.

I mezzi di diffusione *on line* sono acquisibili alla previsione costituzionale riservata ai mezzi divulgativi tradizionali? In altri termini, l'assenza di ogni riferimento a Internet negli artt. 21 e 15 richiede necessariamente la revisione costituzionale, cioè l'introduzione di un comma *ad hoc* tipizzante il mezzo e probabilmente anche un principio di disciplina; oppure è sufficiente l'interpretazione adeguatrice dell'art. 21 Cost., già sperimentata in passato per distendere, pur nell'invariabilità formale, il tessuto normativo al divenire di quanto non espressamente previsto?

Il ricorso al 138[60] mi sembrerebbe un rimedio più pericoloso del rischio che intende evitare, perché si aprirebbe la via a inopinate modifiche della prima Parte della Costituzione, che neanche l'argomento dell'irriducibilità del nocciolo duro delle libertà fondamentali riuscirebbe ad arginare per l'indeterminatezza di concetti, quali: nocciolo e durezza. Inoltre, qualunque innovazione testuale potrebbe mostrarsi insufficiente a fronte di tecnologie future oggi imprevedibili.

L'interpretazione evolutiva della Carta invece, consente di adattare il testo ai mutamenti incessanti della tecnologia, lasciandone intatta l'espressione letterale, operazione, questa, agevolata dalla struttura elastica di molte sue disposizioni, tra le quali figura senz'altro l'art. 21, che con la sua endiadi diritto di parola-diritto a ogni altro mezzo di diffusione apre considerevoli spazi di manovra all'interprete. Del resto, non saremmo i primi a mettere alla prova l'elasticità delle norme

costituzionali; già il costituzionalismo americano rifiutò la via della revisione formale del I emendamento della Carta, quando offrì un valido argomento alla Corte Suprema nella difesa del *freedom of speech on line*, ricompreso in virtù dell'interpretazione estensiva nelle disposizioni a garanzia del medesimo diritto esercitato *off line*.

Tale equiparazione tra libertà *on line e off line* consente di trasferire alle prime le garanzie previste negli artt. 21 e 15 Cost., che sono dunque indifferenti rispetto al mezzo impiegato: riserva di legge e di giurisdizione si estendono allo strumento diffusivo dell'idea.

Quanto alla prima si porrà il problema di verificare la compatibilità della nostra normazione primaria: si pensi solo per fare un esempio recente al Decreto legislativo n. 44/2010[61], che tanto poco dice in argomento preferendo girare il compito regolatorio all'Autorità di settore, l'A.G.Com., i cui atti, formalmente secondari, ma nel contenuto accostabili alle norme primarie per capacità di innovare l'ordinamento giuridico in via originaria e iniziale, difficilmente riusciranno a superare il doppio test della coerenza con la riserva di legge e col principio di gerarchia[62].

Quanto alla riserva di giurisdizione, la tratterò per attrazione tematica nel prosieguo.

L'equivalenza di garanzie tra le libertà fuori rete e quelle in rete, da me affermata, non è però sinonimo di estensione automatica e integrale della disciplina delle prime alle seconde. Già la nostra Corte Costituzionale[63], stante le "ineliminabili differenze tecniche" tra stampa e radiotelevisione, ci aveva segnalato la necessità di tenere distinte le relative discipline. Ne consegue che una regola adatta a un mezzo, può risultare irragionevole, in quanto inidonea, se trasferita ad altro. L'allergia della rete alle automatiche estensioni a se stessa della disciplina vigente *off line* diventa quindi, a mio giudizio, il punto di riferimento anche per affrontare questioni complesse, quali la responsabilità degli *Internet service providers* (ISP). Se e in che termini disciplinare la loro responsabilità per i contenuti illeciti veicolati agli utenti merita una riflessione autonoma da quella già compiuta in tema di responsabilità per omesso controllo del direttore di testata, stante l'obiettivo diversità delle situazioni di fatto in cui i due soggetti concretamente operano[64]. Né peraltro sembrerebbe appropriato estendere automaticamente l'esonero generalizzato e ingiustificato da responsabilità, previsto dalla Direttiva E-commerce[65], agli ISP a prescindere dalla loro posizione nella rete. Pertanto, l'inutilizzabilità delle discipline vigenti suggerisce che si inizi a pensare una regolazione dedicata a Internet.

A tal fine si rivelano preziose le considerazioni della nostra Corte, che, pur non affrontando mai l'universo di Internet, ha affermato il principio "a ciascun mezzo la sua disciplina", ferma restando la comune condivisione delle garanzie costituzionali. E qui io leggo una corrispondenza di intenti tra la Corte italiana e quella statunitense, la quale con la pronuncia *ACLU v. Reno*, 521 U.S. (1997) - nelle chiare parole del giudice Stevens[66] - riconobbe l' "unicità" di Internet rispetto alla televisione e rivendicò per la prima una regolazione indipendente dalla disciplina del *broadcast*. Nel caso di specie si trattava della trasferibilità in rete dei limiti di contenuto imposti alla televisione nelle fasce orarie protette in difesa del pubblico minorile, limiti, che, stante la struttura della rete, insuscettibile di fruizione differenziata nel tempo, si sarebbero tradotti in un'ingiustificata e sproporzionata compressione del diritto di accesso degli adulti ai contenuti *hard* della rete. Da qui l'incostituzionalità del *Communications Decency Act* 1996 nella parte in cui vietava la diffusione in rete dei *patently offensive speeches*[67].

La pronuncia coltiva una felice intuizione[68]: la necessità di disegnare una regolazione dei mezzi di diffusione *tailored* sulle specifiche tecniche dello strumento. Nel caso di Internet l'adeguatezza regolatoria può avere un ulteriore significato: mantenimento della normazione al minimo indispensabile, perché la rete è uno strumento insostituibile per la crescita individuale e per la promozione dei flussi informativi, il che le dà titolo a pretendere protezione dall'eteronomia pesante "the most participatory form of mass speech yet developed it entitled to the highest protection from governmental intrusion"[69].

Rimaniamo ancora su questo tema e soffermiamoci sul discorso del Segretario di Stato H. Clinton, che all'indomani dell'esplosione in rete delle rivelazioni di J. Assange, stigmatizzava sì la violazione del segreto di Stato, ma non una parola di critica rivolgeva all'azione divulgativa della rete o della carta stampata perché la circolazione delle idee rimaneva un bene supremo anche nei confronti del silenzio diplomatico[70].

E il *freedom of speech* nella cultura nord americana prevarrà anche sul pericolo di uso della rete per scopi terroristici[71]. È sempre la Clinton nella prolusione alla *George Washington University*[72] a

dichiarare che gli Stati Uniti accettano il rischio di un uso distorto della rete e pertanto, si astengono da azioni censorie sui siti o sul diritto di accesso dei cittadini, convinti che tra la repressione delle idee e la loro più estesa circolazione debba prevalere quest'ultima, perché essa ha in sé gli anticorpi contro le minacce terroristiche, gli *hard contents*, gli *offensive*[73] o persino gli *hateful speeches*[74].

Come in un crescendo rossiniano la libertà di parola si dilata a discapito di altri valori in nome di una democraticità dell'ordinamento assicurata al livello più alto possibile, perché "we presume that governmental regulation of the content of speech is more likely to interfere with the free exchange of ideas than to encourage it. The interest in encouraging freedom of expression in a democratic society outweighs any theoretical but unproven benefit of censorship"[75].

## 2. Ordine tra le regole e graduazione tra gli obiettivi

Alla domanda come regolare la rete si potrebbe sbrigativamente rispondere rinviando all'insuperabile lezione di Lessig[76], secondo il quale sarebbero quattro gli strumenti da impiegare: *law, self-regulation, market and architecture*[77].

La felice intuizione di Lessig nacque dall'osservazione di un fenomeno reale: precisamente la necessità di comporre il conflitto tra il diritto d'autore in rete, mortificato nelle sue attese patrimoniali dalla pirateria elettronica, e il diritto dei cittadini di accedere liberamente ai siti. Nel caso esaminato dallo studioso americano il ricorso alla sola legge avrebbe funzionato male perché la repressione penale di singoli episodi di download illeciti non avrebbe avuto un effetto deterrente diffuso su quello che era divenuto un costume di massa, scaricare musica tramite sistemi di *peer to peer*, non più avvertito dalla coscienza collettiva come riprovevole socialmente. Quindi, scartata la opzione dell'eteronomia, Lessig analizza le cause della regressione in atto della pirateria, che per le ragioni dette prima non erano imputabili a una pur severa legislazione punitiva. Invero, i siti avevano iniziato una politica dei prezzi per i diritti di uso incentivante il loro acquisto, perché per l'utente era diventato più conveniente pagare che non esporsi al pericolo di un'incriminazione penale. Quindi, in questo caso la forza deterrente della sanzione era preceduta dalla forza persuasiva di quella che Lessig chiama la *lex mercatoria*. A ciò si aggiungeva un ulteriore elemento: la dottrina giuspubblicistica iniziava a studiare forme di licenza collettiva, cioè abilitazioni generali e standardizzate nel contenuto che consentivano agli utenti della rete di esercitare taluni diritti di uso delle opere *on line* a fini non commerciali, dietro pagamento di una somma fortettaria all'atto della stipula del contratto di accesso con l'Internet *provider*. Si tratta delle c.d. *creative commons* (licenze creative)[78] alla cui nascita non poco contribuì proprio Lessig[79], che funzionano da rimedio in prevenzione dell'illecito perché lo evitano educando la collettività dei naviganti alla liceità e offrendo loro una possibilità di "redenzione" a buon mercato. Esaurito il racconto di ciò che fu, se analizziamo i fatti con più attenzione, essi ci diranno due cose: l'educazione al *fair play*, obiettivo ultimo di quell'episodio di negoziazione collettiva, è stata possibile in quanto esisteva un apparato legislativo che indirettamente la promuoveva con la minaccia delle sanzioni penali; la *better regulation* è stata l'esito del concorso di più fattori combinati insieme: legge, autoregolazione e mercato.

La pluralità di strumenti regolativi pone la questione dell'esistenza di un ordine tra i medesimi, e l'esempio già ci indica un possibile criterio per fare chiarezza tra chi debba intervenire per primo e chi per secondo: la licenza collettiva era stata preceduta da poche regole autoritative disciplinanti il suo contenuto e la rappresentatività dei soggetti stipulanti.

L'imposizione eteronoma delle finalità all'autoregolazione si concilia perfettamente con il principio di gerarchia delle fonti, vigente nel nostro ordine giuridico, secondo il quale il "diritto dei privati"[80] è ammesso a integrare, completare il discorso avviato a livello primario, e non già a iniziarlo *ex novo*, altrimenti la sua secondarietà alla legge sarebbe solo potenziale. Questo *framework* autoritativo è una sorta di regolamento di confini tra legge e *self-regulation*, la prima non dovrà solo fondare la competenza della seconda, ma contenere un principio di normazione sostanziale della materia, nonché disegnare la fisionomia[81] dell'autore privato delle future regole in termini di rappresentatività diffusa e di democraticità dei suoi organi decisori[82], soprattutto se l'autoregolazione tenda a vincolare un ambito soggettivo più ampio di quello della comunità che si autogoverna, cioè quando essa aspiri a un'efficacia soggettiva *erga omnes*.

Richiamo con rapidità concetti sui quali mi sono soffermata in altra sede[83] quanto al rapporto tra diritto statale e diritto consensuale; quando lo Stato apre ai privati non deve lasciar andare le cose per il loro verso, ma piuttosto deve orientarle verso fini voluti o distrarle da quelli indesiderati in modo da conservare il ruolo incredibile di regolatore di ultima istanza, garante della coerenza del diritto dei privati con i valori supremi dell'ordinamento politico[84]. Tale rigoroso ordine di

intervento tra eteronomia e autonomia non sembra essere accolto da taluni Stati - ad esempio, da quello francese - che di recente ha espresso nelle parole del suo presidente illimitata fiducia nella capacità salvifica della *self-regulation*, promossa a panacea per tutti i mali di Internet[85]. Ne conseguirebbe l'affidamento della disciplina delle libertà fondamentali *on line* a un'incontrollata autoregolazione dei "governi privati di interessi", cioè ai poteri economici forti operanti in rete, che *esporrebbe* la rete al pericolo di un'involuzione neocorporativa ed egoistica, conseguenza inevitabile dell'assenza di una guida eteronoma e orientata al bene comune. Farò un esempio: si pensi al conflitto tra la *net neutrality*, cioè l'uso indifferenziato di Internet da parte dei fornitori di contenuti, e il diritto di selezionare l'acquirente che i Telecoms vorrebbero fosse loro riconosciuto. Se la definizione di tale conflitto venisse affidata a questi ultimi, il primato della neutralità sarebbe subito sacrificato, perché ai Telecoms converrebbe diversificare l'offerta di banda in ragione del prezzo che il richiedente è disposto a pagare. Così il piccolo blog, meno competitivo di una grande testata *on line*, si dovrà accontentare di un Internet di serie *b*), di una semplice super strada, perché l'autostrada veloce è stata occupata dagli operatori economicamente più forti e voraci di banda. Non è un caso che la *Federal Communication Commission* nel recente regolamento[86] abbia rivendicato la sua competenza a disciplinare la *net neutrality* contro le domande discriminatorie di accesso. Per sapere se questa competenza le sarà riconosciuta, dovremo attendere gli esiti della contestazione giudiziaria in atto; qui preme però sottolineare che il regolatore pubblico nel rivendicare tempestivamente il potere ha palesato il timore che la neutralità della rete possa essere compromessa, se la sua protezione fosse affidata ai soli operatori del mercato, i quali la vendereanno al miglior offerente.

Questo significa che se si vuole allontanare il pericolo di un'involuzione egoistica di Internet, la *self regulation* non può operare come fonte esclusiva o anche solo indipendente dalla legge, stabilendosi invece la sua sostanziale accessorietà all'atto politico[87], relazione, questa, idonea a garantire il conseguimento delle *public policies*, al cui servizio l'autoregolazione si deve porre.

L'apertura alle voci dal basso è la risposta del potere pubblico alla propria incapacità a qualificare esaustivamente e senza apporti esterni le condotte umane. Ritornano alla mente le parole di Teubner sul diritto poroso[88], universo giuridico sensibile, permeabile alle fonti *extra-ordinem*, ma al tempo stesso gli eccessi di un certo modo di intendere il disegno autopoietico dell'ordinamento, interpretazione, questa, lontana dall'originario pensiero della dottrina tedesca[89]. Fin quando lo Stato grida la sua inadeguatezza come autore esclusivo del diritto e propone ai privati di condividere la costruzione della giuridicità, il pensiero di Teubner è rispettato e nulla si può eccepire. Quando però il "diritto riflessivo"[90] arriva a coprire la rinuncia da parte della politica a controllare i governi privati di interessi non solo si fa dire a Teubner cose che non ha mai detto, ma a questa riflessività corrisponde, non uno Stato ragionevolmente consapevole dell'insufficienza di risolvere in sé l'intera giuridicità, bensì un soggetto pubblico svestito di ogni sovranità[91].

Pertanto, in presenza di un'autoregolazione lasciata a se stessa, alla quale corrisponde uno Stato rinunciatario del suo ruolo di architetto di sistema, il conseguimento del *common good* diventa un evento occasionale e incerto, perché affidato all'improbabile coincidenza con le finalità dei governi privati di interesse"[92].

L'apertura di credito del Governo francese all'autoregolazione trova allora giustificazione in altro: qui si vuole consentire ai giganti, Google e Yahoo, un'autoregolazione mercantilisticamente orientata in cambio del controllo sui contenuti della rete. In altri termini, il potere pubblico si asterrà dal dettare regole che proibiscono il trasferimento di posizioni dominanti dai vecchi scenari tecnologici a Internet, o che vietano la selezione tra i fornitori di contenuti nell'accesso alla rete, lasciando che siano i Signori di Internet a decidere il da farsi. Di contro il potere autoritativo si considererà legittimato a limitare la libertà di pensiero per proteggere i minori, la sicurezza dello Stato e anche il *copyright*, sacrificando ora la libertà di navigare dei cittadini, sospendendone l'accesso, ora quella di informazione dei fornitori di contenuti, bloccandone i siti. Qui si vuol far passare un triste baratto: *soft law* dei privati forti contro censure indiscriminate sul diritto di parola[93].

Come uscire da questa logica? Recuperando la costituzionalizzazione della rete, nuovo terreno di esercizio delle vecchie libertà fondamentali e di inediti diritti sociali. E come esiste *off line* un preciso rapporto di sovra ordinazione dei valori fondamentali sulle libertà economiche, un filo rosso è tracciabile dalle costituzioni occidentali ai trattati internazionali, così il medesimo ordine andrà rispettato nella realtà virtuale. La relazione gerarchica tra i valori si completa a livello di fonti del diritto nella relazione di sussidiarietà tra le stesse, che non implica solo la prevalenza dell'eteronomia (ancorché leggera nel contenuto) sulla autonomia, ma un più severo ordine di intervento, che impedisce alla fonte sussidiaria (cioè quella autonoma) di parlare per prima in supplenza di quella

primaria assente, come impongono la riserva di legge della nostra Costituzione, nonché il più generico richiamo alla legge disposto dalle Carte internazionali – dalla CEDU alla Patto internazionale sui diritti civili e politici (1966) – ormai legittimate a integrare il nostro ordinamento interno in virtù del rinvio di cui all'art.117, co. I, Cost.[94]. L'affidamento del potere conformativo alla legge non è però l'unico presidio a difesa delle libertà, altre due garanzie intervengono per contenere la discrezionalità politica del legislatore: il limite della necessità[95] e quello della proporzionalità[96]. Grazie al primo sono ammissibili i soli sacrifici indispensabili, non altrimenti evitabili, alle libertà fondamentali; grazie al secondo, il vantaggio procurato al bene limitante dovrà essere almeno pari al danno arrecato al bene limitato. Alla luce di questi parametri l'Hadopi 2[97], di cui si è parlato prima, non sembra conforme con l'ordine internazionale, perché bilancia grandezze ineguali, il diritto di accesso con la pretesa allo sfruttamento economico dell'opera d'autore; e perché sacrifica ingiustificatamente la libertà di parola, come risulta dal recentissimo rapporto sull'implementazione dell'Hadopi 2[98], rapporto, questo, che prova il fallimento della politica repressiva, incapace di ripristinare la legalità violata dalla perseveranza degli internauti nelle azioni di pirateria. Con maggiore preoccupazione[99] osservo la futura regolazione della nostra A.G.Com., disciplina censurabile, non solo per le medesime ragioni di illegittimità della Hadopi 2, ma anche per un difetto proprio: essa lede la riserva di giurisdizione, affidando all'A.G.Com. il potere repressivo sui siti, vizio, questo, da cui la legge francese era stata resa immune per la lettura correttiva del Conseil[100].

Un'unica ragione ci consente di parlare di gerarchia tra valori e di sussidiarietà tra fonti rispetto alla rete: la sua attrazione al dettato costituzionale – e qui ci ricongiungiamo con le mie riflessioni iniziali – o meglio la sua acquisizione alla legalità sovranazionale, cioè a un comune bagaglio di valori a-territoriali, tra cui figurerebbero i diritti dell'uomo e l'uguaglianza sostanziale. Questa costituzionalizzazione di Internet, pur nell'invariabilità formale delle norme costituzionali, consente di risolvere alcune questioni: l'individuazione del criterio per bilanciare valori contrapposti (la libertà di espressione e la tutela dei dati personali) e l'indicazione di un ordine di preferenza nel concorso tra fonti eteronome e autonome. Ma pone altri problemi: l'individuazione dell'autorità legittimata a dettare un nuovo ordine giuridico internazionale e la coercibilità di quest'ultimo, stante la debolezza del sistema di *enforcement* [101].

Internet, fenomeno fuori dal tempo e oltre i confini, richiede categorie giuridiche inedite pur nel rispetto dell'uguaglianza sostanziale e dei valori della persona, i soli in grado di assicurare che il progresso tecnologico sia un'occasione di crescita per tutti, cittadini e operatori, e non solo per chi da cittadino o da operatore già goda di una posizione dominante nella competizione economica o nella partecipazione democratica. Se invece, così fosse, il progresso avrà giovato solo a pochi, attuando un'uguaglianza sostanziale alla rovescia.

---

\*Il presente saggio sviluppa concetti che ho già consegnato in precedenti lavori: G. De Minico, *Tecnica e diritti sociali nella regulation della banda larga*, in G. De Minico (a cura di), *Dalla tecnica ai diritti. Il caso della banda larga*, Jovene, 2010; Id., *Nuovi diritti e le reti. Verso nuove disuguaglianze?*, [http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti\\_forum/paper/0251\\_deminico.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0251_deminico.pdf); Id., *Nuovi diritti e disuguaglianze digitali*, in Astrid Rassegna, 11-10- 2010; da ultimo, nella Relazione tenuta al Convegno "I nuovi diritti - La tecnica - L'uguaglianza", 13 giugno 2011, Scuole di dottorato a confronto, Facoltà di Giurisprudenza Federico II, per l'ascolto del file audio: [http://www.giurisprudenza.unina.it/it/index.php?option=com\\_content&view=article&id=328](http://www.giurisprudenza.unina.it/it/index.php?option=com_content&view=article&id=328). Nella stampa quotidiana tra i più recenti articoli, volendo: Id., *L'informazione bene costituzionale da proteggere*, in *Il Sole 24 Ore*, 24. 5. 2011; *Internet non si fermi a Eboli*, in *Il Sole 24 Ore*, 7. 7. 2011; Id., *Welfare a rischio per lo stop del debito pubblico*, in *Il Sole 24 Ore*, 2 ottobre 2011.

[1] Da ora si userà acronimo T.L.C.

[2] Da ora si userà l'acronimo preso in prestito dalla cultura anglosassone di *Next Generation Networks* (N.G.Ns.)

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

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

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

[6] Quanto alla corrispondenza concettuale tra il diritto di accesso veloce e le prestazioni obbligatorie del servizio universale, sia consentito il rinvio a G. De Minico, *Tecnica e diritti sociali nella 'regulation' della banda larga*, in G. De Minico (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti*, Napoli, 2010, a pp. 6-9. Nella dottrina straniera, da tempo attenta al tema dei nuovi diritti connessi alle tecnologie, vedi: W. Sauter, *Services of general economic interest and universal service in EU law*, in *European Law Review*, 2008, 33(2), pp. 167-193; D. F. Spulber - C.S. Yoo, *Rethinking Broadband Internet Access*, in [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1177378](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1177378); nonché si consulti l'intero numero di *Info* - (con contributi di Berne, Falch, Feio, Forge, Goggin, Milne, Simmon e Timmers), vol. 19, n.5/6, 2008, curato da m.cave - che offre una lettura da un punto di vista economico. Per un'analisi comparata cfr.: D. R. Reiss, *Agency Accountability Strategies After Liberalization: Universal Service in the United Kingdom, France, and Sweden*, in *Law & Policy*, vol. 31, n. 1, 2009, pp.111-141.

[7] Corte Cost. nn. 349 e 348 del 2007; 311 e 317 del 2009; 227 del 2010, reperibili nel sito istituzionale della Corte: <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>.

In dottrina: F. Donati, *La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in [http://www.osservatoriosullefonti.it/index.php?option=com\\_docman&task=cat\\_view&gid=82&Itemid=56](http://www.osservatoriosullefonti.it/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=82&Itemid=56); E. Pistoia, *Una nuova pronuncia della Corte Costituzionale sui rapporti tra diritto nazionale e diritto europeo*, in *Riv. dir. internaz.*, 2011, 1, pp. 79 ss.; A. Pace, *La sentenza Granital, ventitré anni dopo*, Relazione al seminario su "Diritto comunitario e diritto interno", tenuto presso la Corte costituzionale il 20 aprile 2007; R. Mastroianni, *Conflitti tra norme interne e norme comunitarie non dotate di efficacia diretta: il ruolo della Corte costituzionale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, 03, 585; R. Calvano, *Una nuova (ed ottima) decisione in tema di mandato d'arresto europeo ed un vecchia obiezione*, nota a sentenza n. 227 del 2010, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/articolorivista/una-nuova-ed-ottima-decisione-tema-di-mandato-darresto-europeo-ed-un-vecchia>; T. Giupponi, *Corte costituzionale, obblighi internazionali e "controlimiti allargati": che tutto cambi perché tutto rimanga uguale?* in [http://www.forumcostituzionale.it/site/index.php?option=com\\_search&Itemid=2&searchword=Corte+costituzionale%2C+obblighi+internazionali&submit=Cerca&searchphrase=exact](http://www.forumcostituzionale.it/site/index.php?option=com_search&Itemid=2&searchword=Corte+costituzionale%2C+obblighi+internazionali&submit=Cerca&searchphrase=exact).

[8] Risponde invece convincentemente l'on. A. Moro, *Assem. Cost.*, seduta del 13 marzo 1947, p. 2044: "ma quale è l'effetto giuridico che pongono queste norme? L'effetto giuridico è quello di vincolare il legislatore, di imporre al futuro legislatore di attenersi a criteri supremi che sono permanentemente validi. Ciò significa imporre la superiorità di determinazione in sede di Costituzione di fronte alle effimere maggioranze parlamentari.", che afferma la piena giuridicità dei diritti sociali e quindi, ne sostiene l'inserimento nel testo costituzionale, contrariamente alla proposta di Calamandrei di relegarli in un preambolo.

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

[10] Corte Cost., n. 1 del 1956.

[11] Ricca la giurisprudenza sul tema, si ricordano solo le pronunce esemplari rispetto al proprio settore di riferimento (n. 137/87, sui diritti connessi al rapporto lavorativo; n. 455/90 sul diritto alla

salute; n. 211/97 in materia di diritti previdenziali); nonché, da ultimo, le nn. 193/07 e 141/10. In dottrina, ampiamente e con riferimenti alla giurisprudenza (in particolare, alla Corte Cost., sent. n. 240 del 1994) vedi: A. Pace, *Libertà e diritti di libertà*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it.*, a p. 31, che sembra condividere l'iter argomentativo della nostra Corte, per la quale “come per il Tribunale costituzionale federale tedesco..., vale la ‘riserva del possibile’, nel senso cioè che l'erogazione delle prestazioni a carico dello Stato deve tener conto delle disponibilità del bilancio statale, ancorché col limite della salvaguardia del minimo essenziale alle esigenze di vita”. M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, vol. II, cit., a p. 126, imposta il rapporto tra diritti sociali e risorse necessarie per soddisfarli, riconoscendo invece priorità ai diritti sulle risorse.

[12] Bundesverfassungsgericht, no. 5/2009 del 9 Febbraio 2010, in tema di sussidi di disoccupazione, in cui il Tribunale costituzionale ha contestato al legislatore proprio il metodo per il calcolo del minimo vitale, non dunque l'attendibilità del suo risultato, cioè la scelta in sé del parametro valutativo dei bisogni primari. In specie, si trattava dei bisogni di mantenimento della prole, che non possono in base a un criterio astratto e statistico essere calcolati pari a quelli di un uomo adulto meno il 40%, perché un minore ha esigenze educative e di istruzione che hanno un costo, e che il criterio statistico trascura. “In order to lend the claim concrete shape, the legislature has to assess all expenditure that is necessary for one's existence consistently in a transparent and appropriate procedure according to the actual need, i.e. in line with reality”.

[13] È utile segnalare che il legislatore federale ha tempestivamente ottemperato alle indicazioni del Tribunale costituzionale, il che dimostra l'efficacia persuasiva di questo tipo di pronunce al punto da rendere astratta la questione dei rimedi per l'inadempimento dei criteri. Quanto a un giudizio sulla adeguatezza o meno della produzione normativa successiva a questa sentenza si veda: H. Caroli Casavola, *Dignità della persona e diritto al minimo vitale nello Stato sociale tedesco*, in *Giorn. Dir. Amm.*, n. 3, 2011, a pp. 307-308.

[14] Bundesverfassungsgericht, no. 5/2009, cit., nella versione inglese prima citata: “In order to ensure a traceability of the extent of the statutory assistance benefits that is commensurate with the significance of the fundamental right and to ensure the review of the benefits by the courts, the assessment of the benefits must be viably justifiable on the basis of reliable figures and plausible methods of calculation”.

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

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

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

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

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

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

[21] Il *vulnus* all'equilibrio di bilancio dovuto alle sentenze additive di prestazione indusse parte della dottrina (V. Caianiello e A.G. Zorzi Giustiniani) a preferire all'uguaglianza verso l'alto una parità declinata in basso, perché conseguibile con annullamenti secchi, cioè con semplici eliminazioni delle norme contemplanti i benefici solo per taluni. Altri studiosi (L. Elia, F. Modugno e C. Mortati) con diversità di argomentazioni arrivarono a conclusioni diametralmente opposte a quelle dei primi. Giova ricordare la lucida posizione del Mortati, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Raccolta di scritti*, vol. III, Milano, 1972, p. 964, per il quale "La maggiore spesa per il fatto di essere richiesta dall'osservanza di un imperativo costituzionale, assume carattere obbligatorio, spettando alla responsabilità del Governo e del Parlamento disporre variazioni di bilancio necessarie nell'ottemperarvi".

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

[23] Si rinvia alla giurisprudenza e alle indicazioni dottrinali già poste nella nota n. 11.

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

[25] Disegno di legge costituzionale, A.C. 4620, Leg. XVI, recante "Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella carta costituzionale", presentato il 15 settembre 2011. Il dibattito in corso sulla stampa quotidiana è molto vivace; per le critiche al disegno di legge su profili diversi da quello da me illustrato sopra si vedano i contributi di: A. Pace, *Il pareggio di bilancio nella Costituzione*, in *Repubblica*, 20-09-2011, a p. 35; Id., *Pareggio di bilancio: qualcosa si può fare*, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/articolorivista/pareggio-di-bilancio-qualcosa-si-pu%C3%B2-fare>; A. Q. Curzio, *Riformare la costituzione economica. Serve una Convezione nazionale*, in *Corriere della Sera*, 14-09-2011, a p. 42; A. Pirozzi, *Il vincolo costituzionale del pareggio di bilancio*, in *AIC*, 4/2011.

[26] Sia consentito il rinvio a G. De Minico, *Welfare a rischio per lo stop al debito pubblico*, in *Sole 24 Ore*, 2-10-2011, p. 19.

[27] Consiglio Europeo, *Conclusioni*, 24-25 maggio 2011, a p. 17.

[28] Corte Dei Conti, Sez. riun. di controllo, *Delibera per l'audizione sull'Atto Camera 4566 'Delega al Governo per la riforma fiscale e assistenziale'*, 10 ottobre 2011, dal testo dell'audizione resa alla VI Commissione Finanze C.D. si possono rilevare giudizi critici sia nelle parti in cui la delega prevede tagli lineari alla deduzioni d'imposta – che in quanto spalmati uniformemente su tutti i contribuenti peserebbero in misura più che direttamente proporzionale sui redditi bassi, determinando una sorta di imposizione fiscale alla rovescia rispetto al 53 Cost. – che nella parte dedicata al riordino della spesa pubblica sotto forma di tagli alle prestazioni assistenziali o sanitarie. L'effetto finale sarebbe una riduzione del "perimetro della spesa pubblica difficile da percorrere e che rischia di produrre effetti non diversi da quelli derivanti da un prelievo eccessivo e distorto" (a p. 25).

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

[30] Da *La lettera di 8 Nobel a Obama: 'Contrari' a pareggio bilancio*, pubblicata su *L'Unità*, 12 agosto 2011.

[31] Per un esame ragionato del passaggio dalla Direttiva 2002/22/CE alla 2009/136/CE, entrambe intervenute sul servizio universale e sui diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, si veda: A. Rubino, *Banda larga: servizio universale e aiuti di Stato*, in G. De Minico (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti*, cit., pp. 61-72.

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

[33] Il *Considerandum 5*, introdotto dal Parlamento Europeo con la Risoluzione legislativa del 6 maggio 2009, nella sua versione definitiva dispone che: "I collegamenti dati alla rete pubblica di comunicazione in posizione fissa dovrebbero essere in grado di supportare la trasmissione dati ad una velocità tale da permettere l'accesso a servizi elettronici *on line* quali quelli forniti sulla rete Internet pubblica. La rapidità con la quale un determinato utente accede a Internet può dipendere da un certo numero di fattori, ad esempio dal fornitore o dai fornitori dell'allacciamento ad Internet o dall'applicazione per la quale è stabilita una connessione. La velocità di trasmissione dati che può essere supportata da una connessione alla rete pubblica di comunicazione dipende dalla capacità dell'apparecchiatura terminale dell'abbonato e dalla connessione stessa. Per tali motivi *non è opportuno rendere obbligatoria* su scala comunitaria una determinata velocità di trasmissione dati o di flusso di bit" (corsivo mio per sottolineare la facoltatività della prestazione dell'accesso veloce).

[34] Posizione, questa, condivisa dalla commissaria N. Kroes, in *Future Internet – the way forward*; discorso reso in occasione del Convegno "The European Framework Programmes: From Economic Recovery to Sustainability", Valencia, 14 Aprile 2010; poi ribadita nella *public consultation* sui "Universal service principles E-Communications" indetta dalla Commissione, tenutasi il 30 marzo 2010 in sede, nel cui questionario figurava tra le domande "If Universal service obligations should prove necessary to achieve the policy objective of broadband for all, at what level should such obligations be defined, taking into account the different levels of market development across the current Union of 27 Member States?", in [http://ec.europa.eu/information\\_society/policy](http://ec.europa.eu/information_society/policy); per le risposte dei consultati, tra cui anche quella di chi scrive, vedi: [http://ec.europa.eu/information\\_society/policy/ecommlibrary/public\\_consult/universal\\_service\\_2010/comments/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecommlibrary/public_consult/universal_service_2010/comments/index_en.htm).

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

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

[37] 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, 1958, p. 26. Parzialmente diversa è la posizione di A. Pace (Pace A. – Manetti M., *Art. 21, in Commentario della Costituzione*, a cura di Branca-Pizzorusso, Bologna, 2006, pp. 27 e 28) che, pur riconoscendo l'intenzione dei Costituenti di estendere la garanzia di cui al 21 Cost. dal contenuto al mezzo, ritiene che la libertà sia espressione di una garanzia "mediata", in quanto, con riferimento ai mezzi di diffusione, il 21 non riconoscerebbe a tutti i cittadini un generale "diritto al mezzo" ma al "mezzo di cui si abbia giuridica disponibilità in accordo con le leggi che lo disciplinano".

[38] 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 nel sito istituzionale <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2009/2009-580-dc/decision-n-2009-580-dc-du-10-juin-2009.42666.html>) in part. si leggano i *Cons.a* n. 11-16.

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

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

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

[42] M. Bruguière, *Lois 'sur la protection de la création sur internet': mais à quoi joue le Conseil constitutionnel?*, in *R. Dalloz*, 2009, p. 1770, sostiene invece, l'equivalenza tra Autorità indipendenti e potere giudiziario con mere affermazioni piuttosto che con solide argomentazioni.

[43] La seconda versione integrativa dell'HADOPI 1, Loi n. 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet (in <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000021208046&categorieLien=id>.) risponde alla censura del Conseil, sostituendo all'Hadopi l'autorità giudiziaria nella titolarità del potere sanzionatorio; e diversifica le sanzioni aprendo a "toutes mesures propres à prévenir ou à faire cesser une telle atteinte à un droit d'auteur ou un droit voisin". In questa rosa atipica di rimedi il giudice potrebbe ordinare invece del blocco totale dell'accesso l'adozione di sistemi di filtraggio, che rendano visionabili i siti protetti da *copyright* senza possibilità di scaricarne i dati.

Parte della dottrina è insoddisfatta anche della seconda versione, si legga per tutti: I. Boubekeur, *De la «Loi Hadopi» à la «Loi Hadopi 2»*. *Analyse de la décision du Conseil Constitutionnel 2009-580 DC et de ses Conséquences*, in *Revue Lamy Dr. Immatériel*, n. 51, p. 107, 2009.

[44] Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, *Delibera 389/11/CONS*, (in part. gli artt. 8, co.4 e 15, co.3) in <http://www.agcom.it/Default.aspx?message=visualizzadocument&DocID=6693>.

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

[46] Parlamento Europeo, Risoluzione del Parlamento europeo sulla libertà di espressione su Internet, P6\_TA(2006)0324; Id., Raccomandazione Rafforzamento della sicurezza e delle libertà fondamentali su Internet, del 26 marzo 2009 destinata al Consiglio sul rafforzamento della sicurezza e delle libertà fondamentali su Internet (2008/2160(INI) P6\_TA(2009)0194, nel sito web istituzionale.

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

[48] S. Breyer, *Regulation and its reform*, Cambridge, 1982, pp. 158-159.

[49] Il tema è ampio e meriterebbe una trattazione a sé, rimando alle mie riflessioni esposte in *Tecnica e diritti sociali nella regulation della banda larga*, in G. De Minico (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti*, cit., pp. 24-34; nonché al mio recentissimo: *New European regulation on universal service and next generation networks of just a lifting of the old one?* in *Computer and Telecommunications Law Review*, n. 5, pp. 135-147, 2011. Per un'approfondita analisi delle politiche del Governo e del Regolatore britannico (OFCOM) si veda: F. Abbondante, *Il Regno Unito: il piano di sviluppo della banda larga e ultralarga*, in G. De Minico (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti*, cit., pp. 172-187.

[50] *Commission Recommendation of 20 September 2010 on regulated access to Next Generation Access Networks (NGA) C(2010) 6223*, in *GU L*, 25 settembre 2010.

[51] Sia consentito per un approfondimento il rinvio al mio lavoro: *Banda larga e NGNs: come cambiano le funzioni dei Co.Re.Com.*, in P. Manacorda - G. De Minico (a cura di), *Il ruolo delle Regioni e dei Co.Re.Com. nello sviluppo della banda larga*, cap.II, in corso di pubblicazione per i tipi Passigli (paper di Astrid).

[52] Decreto legge 6 luglio 2011, n. 98 - *Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria*, in Gazzetta Ufficiale del 6 luglio 2011, n. 155.

[53] Art. 19 della bozza originaria dello schema di D.L., rubricato “Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria” disponeva che: “Ai fini del raggiungimento degli obiettivi dell’Agenda digitale europea concernenti il diritto di accesso a internet per tutti i cittadini “ad una velocità di connessione superiore a 30 Mb/s” (e almeno per il 50% “ al di sopra di 100 Mb/s”), il Ministro per lo Sviluppo Economico con il concorso delle imprese e gli enti proprietari di reti e impianti di telecomunicazione fissa o mobile predispone un piano di interesse nazionale per la realizzazione dell’infrastruttura nazionale di telecomunicazioni NGN, anche mediante la razionalizzazione, l’ammodernamento e il coordinamento delle infrastrutture esistenti. Le infrastrutture ricomprese nel piano, sia in fibra ottica che wireless (Wimax, LTE, ecc.), costituiscono servizio di interesse economico generale. 2. A tal fine, ai soggetti proprietari delle infrastrutture costituenti la rete nazionale di telecomunicazione NGN possono essere imposti obblighi di *servizio universale*. Essi devono comunque garantire l’accesso a tutti i fornitori di servizi di telecomunicazione, in condizioni di uguaglianza e non discriminazione, nei termini e con le garanzie stabilite dall’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni...”(corsivo mio).

[54] La nuova versione dell’art. 19: “Ai fini del raggiungimento degli obiettivi dell’Agenda digitale europea, concernenti il diritto di accesso a internet per tutti i cittadini “ad una velocità di connessione superiore a 30 Mb/s” (e almeno per il 50% “ al di sopra di 100 Mb/s”), il Ministero dello sviluppo economico, con il concorso delle imprese e gli enti titolari di reti e impianti di comunicazione elettronica fissa o mobile, predispone un progetto strategico nel quale, sulla base del principio di sussidiarietà orizzontale e di partenariato pubblico – privato, sono individuati gli interventi finalizzati alla realizzazione dell’infrastruttura di telecomunicazione a banda larga e ultralarga, anche mediante la valorizzazione, l’ammodernamento e il coordinamento delle infrastrutture esistenti. Le infrastrutture ricomprese nel progetto strategico, costituiscono *servizio di interesse economico generale* in conformità all’articolo 106 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea.”(corsivo mio).

[55] Coglie bene la diversità di regime giuridico e, quindi, di grado di effettività delle libertà fondamentali tra S.U. e S.I.E.G. A. Rubino, *Banda larga. Servizio universale e aiuti di Stato*, in G. De Minico (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti.*, cit., in part. pp. 77-85.

[56] Corte di Giustizia, *Altmark Trans GmbH, Regierungspräsidium Magdeburg c. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, causa C-280/00, 24 luglio 2003, in *Racc.*, 2003, I, pp. 7747 ss., per un primo commento sul punto si veda: G. Mendola, *Trasporto pubblico e aiuti di Stato*, in *Diritto dei trasporti*, 2004, pp. 455 ss.

[57] La scelta dell’impresa deve essere effettuata, in primo luogo, “nell’ambito di una procedura di appalto pubblico che consenta di selezionare il candidato in grado di fornire tali servizi al costo minore per la collettività”; così: Corte di Giustizia, *Altmark Trans GmbH, Regierungspräsidium Magdeburg c. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, causa C-280/00, 24 luglio 2003, in *Racc.*, 2003, I, pp. 7747 ss. (punto 93).

[58] In proposito, si sofferma con attente osservazioni M. Avvisati, *Autonomie territoriali e “ordinamento della comunicazione”*, in corso di pubblicazione per i tipi di Jovene, spec. cap. III.

[59] Così Disegno di legge, A.S. n. 2963, Leg. XVI, “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge di stabilità 2011)”, in part. l’art. 5, co. 7.

[60] Disegno di legge costituzionale, A.S. n. 2485, XVI Leg., “Introduzione dell’articolo 21-bis della Costituzione, recante disposizioni volte al riconoscimento del diritto di accesso ad Internet”, assegnato alla I Commissione Affari Costituzionali l’1/2/2011: “Tutti hanno eguale diritto di accedere alla rete Internet, in condizione di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire le violazioni dei diritti di cui al Titolo I della parte I”. Parimenti finalizzato alla costituzionalizzazione di

Internet, aggravata peraltro dall'enumerazione tipizzata dei limiti alla libertà di pensiero, è anche il disegno di legge costituzionale, A.S. n. 2922, XVI Leg., "Modifiche all'articolo 21 della Costituzione in materia di istituzione del diritto di accesso alle reti telematiche".

Un'opinione adesiva a questa linea è stata espressa da S. Rodotà, *Un Articolo21-bis per Internet*, in [www.articolo21.org/2183/notizia/un-articolo21bis-per-internet-.html](http://www.articolo21.org/2183/notizia/un-articolo21bis-per-internet-.html), e ora da G. Azzariti, *Internet e Costituzione*, ?id=392#\_ftn12, il quale propone invece, per attrazione di materia, l'inserimento di un emendamento al secondo comma dell'art. 21, cioè "dopo l'enunciazione generale del principio di manifestazione del pensiero (espressa nel 1 comma), come sua specificazione nel campo dell'informatica e nuove tecnologie". Reputa invece sufficiente il ricorso all'interpretazione evolutiva dell'art. 21: E. Cheli, *Sviluppo delle reti a banda larga e modello costituzionale*, Relazione svolta durante *Forum Comunicazioni* "Le proposte del PD per un'agenda digitale italiana", Roma, 18-1-2011, *paper* su gentile concessione dell'Autore.

[61] Decreto Legislativo 16 marzo 2006, n.140, recante "Attuazione della direttiva 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale", in *G.U.* n. 82 del 7 aprile 2006, in part. l'art. 6, che in tema di protezione del diritto d'autore ha innovato il D.Lgs. 177/2005 con l'art. 32 bis, co 3: "L'Autorità emana le disposizioni regolamentari necessarie per rendere effettiva l'osservanza dei limiti e divieti di cui al presente articolo."

[62] Non è contenibile in una nota il vasto tema della compatibilità costituzionale dei regolamenti delle A.I. sia consentito, per un'analisi dell'esperienza italiana, il rinvio a G. De Minico, *Regole. Comando e Consenso*, Torino, 2005, in part. il cap. I; per un confronto anche con la più recente esperienza delle *Agencies* europee, si veda il mio contributo *Indipendenza delle Autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria*, in *Scritti in onore di V. Onida*, in corso di pubblicazione.

[63] Corte Cost. 155/2002. "In ogni caso la disomogeneità dei mezzi in comparazione (si tratta va appunto della stampa e dell'emittenza radiotelevisiva) é tale da escludere qualsiasi disparità di trattamento, poiché é noto e costante, nella giurisprudenza di questa Corte, il riconoscimento della peculiare diffusività e pervasività del messaggio televisivo (sentenze n. 225 del 1974, n. 148 del 1981, n. 826 del 1988), così da giustificare l'adozione, soltanto nei confronti della emittenza radiotelevisiva, di una rigorosa disciplina capace di impedire qualsiasi improprio condizionamento nella formazione della volontà degli elettori", ragionamento condotto dalla Corte per escludere che la mancata estensione della disciplina della *par condicio* televisiva alla stampa si risolvesse in un'ipotesi di disuguaglianza censurabile ai sensi dell'art. 3, co. I., Cost.

[64] Il tema della responsabilità dell'ISP è stato definito e trattato nelle corti e in sede scientifica con esiti spesso antitetici. Quanto ai primi ricordiamo almeno due orientamenti a seconda della rilevanza riconosciuta all'elemento psicologico. Il primo imputa all'ISP una responsabilità di tipo oggettivo, quindi più ampia di quella del direttore di una testata giornalistica (in questo senso, Trib. Napoli (ordinanza), 8 agosto 1997, in *Dir. inf.*, 1997, 970, che impone l'obbligo di verificare la legittimità di tutto il materiale pubblicato sul proprio *server*, compreso quello inviato da terzi; anche Trib. Roma, 16 dicembre 2009, in *Foro it.*, 2010, I, 1348 che afferma addirittura la rimozione in via cautelare dai rispettivi *server* di tutte le immagini tratte da programmi televisivi coperti da diritto d'autore). La seconda impostazione rovescia la precedente, richiedendo la sussistenza quantomeno della colpa dell'ISP. *Ex multis*: Trib. Catania, sent. 29 giugno 2004, n. 2286, in *Guida al Diritto*, 2004, 32, p. 77, afferma l'irresponsabilità dell'*access provider*, che limitandosi a fornire la sola connessione alla rete è equiparabile al gestore di una rete telefonica e, come tale, non può essere chiamato a rispondere degli illeciti degli utenti.

Da ultimo: Trib. Milano, 19 maggio 2011, 10893, in [www.leggioggi.it](http://www.leggioggi.it); Corte Cass., Sez. V penale, 1 ottobre 2010, n. 35511, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, pp. 895 ss.; Trib. Milano, 12 aprile 2010, n. 1972, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, p. 474; Trib. Roma, 16 dicembre 2009, in *Foro it.*, 2010, I, p. 1348. La responsabilità del *provider* per l'abusiva diffusione in rete di un'opera tutelata dal diritto d'autore sussiste esclusivamente in caso di dolo o colpa, allorché il *provider*, rispettivamente, sia consapevole della anti giuridicità della condotta di diffusione ed ometta di intervenire, ovvero sia consapevole della presenza sul sito di materiale sospetto e si astenga dall'accertarne la provenienza e di rimuoverlo. Si ricollega alla tesi della responsabilità soggettiva del *provider*: L. Nivarra, *Responsabilità del provider*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Civ., 2003, p. 1193. In termini più generali, il tema è stato analizzato da: L. Vignudelli, *Il gestore del forum: spunti su identificazione dell'utente, anonimato e (ir)responsabilità*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2011, p. 107; P. Costanzo, *La stampa telematica (tuttora) tra*

ambiguità legislative e dissensi giurisprudenziali, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, n. 6, pp. 5239-5258; C. Melzi d'Eril - G.E. Vigevani, *La responsabilità del direttore del periodico telematico, tra facili equiparazioni e specificità di internet*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 1, p. 91; V Franceschelli, *Sul controllo preventivo del contenuto dei video immessi in rete e i provider. a proposito del caso Google/Vivi Down*, in *Riv. dir. ind.*, 2010, p. 347; C. Rossello, *Riflessioni de jure condendo in materia di responsabilità del provider*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, p. 617; L. Bugiolacchi, *(Dis)orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità degli internet provider (ovvero del difficile rapporto tra assenza di obblighi di controllo e conoscenza dell'illecito)*, in *Resp. civ. e prev.* 2010, p. 1568; A. Manna, *La prima affermazione, a livello giurisprudenziale, della responsabilità penale dell'internet provider: spunti di riflessione tra diritto e tecnica*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1856; M. Cuniberti, *Disciplina della stampa e dell'informazione in Rete*, in *Id.* (a cura di), *Nuove tecnologie e libertà della comunicazione: profili costituzionali e pubblicistici*, Milano, 2008, p. 232; M. Viggiano, *Internet e «privacy»: immunità o responsabilità del «provider»? Un problema di diritto pubblico*, in A. Pace - R. Zaccaria - G. De Minico (a cura di), *Mezzi di comunicazione e riservatezza. Ordinamento comunitario e ordinamento interno*, Napoli, 2008, pp. 287 ss.; G. Belli, *La responsabilità civile dei service providers*, in *Resp. civ.*, 2011, 10, p. 693; S. Albanini, *La responsabilità dei service providers*, in *Dir. Industriale*, 2010, 4, p. 329; G. Cassano - A. Contaldo, *La natura giuridica e la responsabilità civile degli Internet Service Provider (ISP): il punto sulla giurisprudenza*, in *Corriere giur.*, 2009, p.1206.

[65] Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, 8 giugno 2000 (in part. l'art.17), relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno, in *G. U. C. E.*, 17-07-2000, L 178/1.

[66] Supreme Court, *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997), in part. l'opinione del giudice J. Stevens, [http://www.law.cornell.edu/supct/search/display.html?terms=acLU%20v%20reno%20&url=/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0521\\_0844\\_ZO.html](http://www.law.cornell.edu/supct/search/display.html?terms=acLU%20v%20reno%20&url=/supct/html/historics/USSC_CR_0521_0844_ZO.html).

[67] Per un riepilogo della vicenda giudiziaria sul CDA si veda: J. H. Lipschultz, *Broadcast and Internet Indecency*, Routledge, London, 2008, pp. 104-115.

[68] Inaugurata tempo addietro dalla *Supreme Court*, in *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S. 367 (1969), dove si riconosceva una speciale giustificazione per la regolazione del *broadcast* non estensibile anche agli altri mezzi. Parimenti, in *Southeastern Promotions, Ltd. v. Conrad*, 420 U.S. 546, 557 (1975), si osservava che “[e]ach medium of expression may present its own problems”; in termini analoghi in *FCC v. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726 (1978); si assumeva a *ratio* giustificativa della singolarità del regime la “scarcity of available frequencies at its inception” in *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, 512 U.S. 622, 637-638 (1994); o la “invasive nature” del mezzo in *Sable Communications of Cal., Inc. v. FCC*, 492 U.S. 115, 128 (1989).

[69] Ancora le parole del giudice J. Stevens, cit. alla nota n. 66.

[70] Sia consentito il rinvio a G. De Minico, *Privacy e segreto di Stato. Il paradosso americano*, in *Il Riformista*, 5. 2. 2011, p. 4.

[71] Da ultimo: M. Bodie- S. Estreicher (eds.), *Workplace discrimination, privacy and security in an age of terrorism*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2007, la parte I con i contributi di S.F. Colb, D. M. Malin, D. M. Rosoff e J. Stumpf.

[72] H. Clinton, *Internet Rights and wrongs: choices & challenges in a networked world, February 15, 2011*, in <http://www.state.gov/secretary/rm/2011/02/156619.htm>.

[73] Cass R. Sunstein, *Believing False Rumors*, in S. Levmore –M. C. Nussbaum (eds.), *The offensive Internet*, Harvard University Press, Cambridge, 2010, pp. 91-139 ss.

[74] Supreme Court, *Snyder v. Phelps*, 751 U.S., 562 (2011) in <http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-751.pdf>. Una lettura sistematica della casistica si deve a: D. Cucereanu, *Aspects of regulation freedom of expression on the Internet*, Intersentia, Oxford, 2008, pp. 203-208.

[75] Ancora le parole del giudice Stevens, cit. alla nota n. 66.

[76] L. Lessig, *Code Version 2.0*, 2006, p. 290.

[77] Una proposta ben articolata oltre l'insegnamento di Lessig si deve a C.D. Raab-P. De Hert, *Tools for technology regulation: seeking analytical approaches beyond Lessig and Hood*, in R. Brownsword–K.Yeung (eds.) *Regulating technologies*, Hart publishing, Oregon, 2008, pp. 263 ss.; da ultimo, ma meno convincente: A. Murray, *Information technology law*, Oxford, 2010, pp. 62-66.

[78] M.Godwin, *Cyber rights*, MIT Press, Cambridge, 2003, pp.186-254, perché the “all rights reserved’ model of traditional copyright law, with its complex legal concepts and requirement for permission for all users, does not fit well with an environment with enables sharing and reuse of content by users” (così da ultimo, C.T. Marsden, *Internet Co-regulation*, cit., p. 89).

[79] L. Lessig, *Creative Commons @5Years*, 2007, in [www.Creativecommons.org](http://www.Creativecommons.org). già anticipato in *Code and other laws of Cyberspace*, NY, Basic Books, 1999.

[80] Cioè il diritto che affiora dalle pieghe della quotidiana esperienza in una combinazione delle proporzioni variabili di etica, deontologia e prassi maturate nell'ambito sociale di riferimento. Questa espressione è il titolo di un celebre lavoro di W. Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, Milano, 1963.

[81] Se e come tracciare un'identità comune e vincolante i soggetti collettivi, che autoregolano la rete, è una delle questioni aperte nel dibattito sulla *Governance* di Internet, tra i tanti, si vedano: L. B. Solum, *Models of Internet Governance*, in L. A. Bygrave- J. Bing (eds), *Internet Governance*, Oxford University Press, Oxford, 2011; S. Beattie, *Community, space and online censorship*, Ashgate, Burlington, 2009, cap. IV.

[82] In tema di trasparenza, legittimazione, responsabilità degli organismi privati preposti alla *Governance* di Internet si veda: R. H. Weber, *Shaping Internet Governace: Regulatory challenges*, Springer, 2009, pp. 105 ss., il cui pensiero, fortemente influenzato dalla *Declaration of Cyberspace Independence* di J. P. Barlow (in <https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>) cede alla tentazione di un'assoluta deregolazione del Cyberspazio, piuttosto che avviare una riflessione pacata su come e a quali fini sociali orientare la rete. In termini analoghi, cfr.: J. Goldsmith–T. Wu, *Who controls the Internet?*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 17 ss.

[83] G. De Minico, *Regole. Comando e Consenso*, op. cit., spec. il cap.V.

[84] Sul punto cfr. L. Mengoni, *La questione del “diritto giusto” nella società post-liberale*, in *Rel. ind.*, 1988, a p. 25, il cui pensiero in ordine al nuovo ruolo dello Stato viene ripreso anche da F. Criscuolo, *L'autodisciplina: autonomia privata e sistema delle fonti*, Napoli, 2000, a pp. 115 ss.

[85] C.Mursden, *Internet Co-regulation*, Cambridge, 2010, pp. 58 ss.

[86] Negli Stati Uniti, paese dove Internet riceve da tempo l'attenzione dell'accademia e dell'industria, problemi da noi ancora futuribili, sono in corso di avanzato esame. Questo è il caso della *net neutrality*. In breve, la sua storia. Nel 2008, la *Federal Communication Commission* sanzionò un *provider*, la cui condotta fu ritenuta violativa del principio perché rallentava il traffico dei suoi internauti, preferendovi blog, giornali *on line*, insomma clienti che potevano permettersi per ragioni imprenditoriali di pagare di più l'alta velocità sulla rete. Nell'aprile 2010, alcuni giudici (*Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*, April 6, 2010, N. 08-129)ritennero illegittimo l'intervento della FCC perché ritenuta priva del potere esercitato. Nel dicembre del 2010 la FCC è ritornata nuovamente sul tema, rivendicando però la titolarità del potere, non di ordine, ma di regolazione, esprimendosi con un atto normativo: la Direttiva, *FCC Act to preserve Internet freedom and openness* (in: [http://transition.fcc.gov/Daily\\_Releases/Daily\\_Business/2010/db1221/DOC-303745A1.pdf](http://transition.fcc.gov/Daily_Releases/Daily_Business/2010/db1221/DOC-303745A1.pdf)), le cui misure, pubblicate nei Registri Federali del 23 settembre scorso, avranno efficacia a partire dal 20 Novembre 2011; la questione è dunque tutt'altro che chiusa e attende l'esito di ulteriori azioni giudiziarie avviate.

Sul versante europeo, la Commissione ha indetto una consultazione pubblica sull'apertura e sulla neutralità di Internet, i cui esiti sono consegnati nella relazione dell'Aprile del 2011 (in: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0222:FIN:IT:PDF>). Utili spunti si possono trarre dalla posizione parzialmente difforme del BEREC, *Draft. Guidelines on net neutrality and*

transparency: best practices and recommended approaches, October 2011, in [http://erg.eu.int/doc/berec/consultation\\_draft\\_guidelines.pdf](http://erg.eu.int/doc/berec/consultation_draft_guidelines.pdf).

In tema cfr., altresì, le recenti Delibere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, che ha indetto due consultazioni pubbliche: *Delibera 39/11/CONS (Indagine conoscitiva concernente "Garanzie dei consumatori e tutela della concorrenza con riferimento ai servizi VoIP e peer-to-peer su rete mobile": approvazione della relazione finale e avvio della consultazione pubblica*, in *G.U.*, n. 53 del 05/03/2011), nonché *Delibera 40/11/CONS (Neutralità della rete: avvio di consultazione pubblica)*, in *G.U.*, n. 54 del 07/03/2011).

[87] N. Kroes, *Discorso introduttivo dei lavori del Internet Governance Forum*, tenutosi a Nairobi, Kenya, 27 Settembre 2011, in <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/11/605&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>: "But the fact remains that public authorities have a particular role, indeed a particular obligation, to deal with public policy matters, off and on-line, and this must be reflected in the decision-making process. Otherwise, the outcome of the multi-stakeholder approach is that lobbyists hijack decision-making, that private vested interests trump the public interest, and that some put themselves above the law. These are not things I will accept, now or in the future".

[88] G. Teubner, *Il diritto come sistema autopoietico*, Milano, 1996 (trad. it. a cura di A. Febbrajo e C. Pennisi), pp. 100 e 140.

[89] Senza alcuna pretesa di completezza, ricordiamo le voci più autorevoli sul tema: G. Teubner, *Substantive and reflexive elements in modern law*, in *Law and society review*, 17, 1983, a p. 239; G. Teubner - A. Febbrajo (eds.), *State, law, and economy as autopoietic systems*, Milano, 1992; G. Teubner (ed.), *Dilemmas of law in the welfare state*, Berlin, De Gruyter, 1986; Id., *Il diritto come sistema autopoietico*, cit.; e, infine, R. Mayntz, *Steuerung, Steuerungsakteure und Steuerungsinstrumente: zur Präzisierung des Problems*, in *HiMon*, Universität Gesamthochschule Siegen, 1986, 70, p. 24.

[90] W. Bühl, *Grenzen der Autopoiesis*, in *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 1987, 39, a p. 247; l'Autore chiarisce bene il ruolo dello Stato che produce diritto riflessivo, in quanto l'autopoiesi non può significare lasciare andare le cose semplicemente per il loro verso. Controllo autopietico vuol dire piuttosto impostare la struttura e l'interazione dei sistemi da controllare e da sviluppare in modo che essi possano ampiamente autoregolarsi e controllarsi reciprocamente.

[91] Applica a Internet la tesi di Teubner, facendogli dire proprio quello che lui aveva escluso, cioè la totale sottrazione della rete a ogni espressione di eteronomia: A. D. Murray, *The regulation of cyberspace*, Routledge/Cavendish, New York, 2007, pp. 244-251; parzialmente concorde, pur aprendo a forme autoritative di regolazione e di controllo: J. Zittrain, *The future of the Internet*, Penguin Books, London, 2008, pp. 125-126.

[92] J. Kay - J. Vickers, *Regulatory reform: an appraisal*, in G. Majone (ed.), *Deregulation or re-regulation? Regulatory reform in Europe and the United States*, London, 1990, p. 239: "may claim that their objective are in line with the public interest, but whether or not this is so will depend on the frameworks in which they operate".

[93] G8 Summit Of Deauville, *G8 Declaration. Renewed Commitment for freedom and democracy*, 26-27 May 2011, in <http://www.g20-g8.com/g8-g20/g8/english/live/news/renewed-commitment-for-freedom-and-democracy.1314.html>.

[94] E. Cheli, *Conclusioni*, all'Incontro "Nuovi Diritti-Tecnica-Uguaglianza", organizzato dal Dottorato di Diritto Pubblico e Costituzionale Napoli-Catania e dalla Scuola di Dottorato in Scienze Giuridiche *Curriculum* di Diritto Costituzionale di Bologna, tenuto a Napoli, Facoltà di Giurisprudenza, Federico II, 13 giugno 2011; il file audio è ascoltabile al seguente indirizzo: <http://www.giurisprudenza.unina.it/it/images/stories/doc/eventi/resocontoincontro/dottorati/20Cheli.mp3>. L'evoluzione diacronica verso la costituzionalizzazione dei diritti umani è diffusamente trattata da L. Mezzetti, *Una nuova storia dei diritti umani*, in L. Mezzetti, *Human Rights*, Bononia University Press, Bologna, 2010, pp. 13 ss.

[95] Pertinente sul punto è il *Report on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and Expression*, di Frank La Rue, 16 maggio 2011, all'Assemblea Generale dell'ONU, in [http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27\\_en.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf).

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

[97] Loi n. 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000021208046&categorieLien=id>. Parte della dottrina non è soddisfatta dalla seconda versione. Sul punto, si vedano i contributi di: I. Boubekeur, *De la «Loi Hadopi» à la «Loi Hadopi 2». Analyse de la décision du Conseil Constitutionnel 2009-580 DC et de ses Conséquences*, in *Revue Lamy Dr. Immatériel*, n. 51, p. 107, 2009; M. VERPEAUX, *Loi Hadopi 2, contrôle à double détente : 1. A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 22 octobre 2009*, in *Semaine juridique. Édition générale*, n. 46, pp.15-17, 2009; F. Chaltiel, *La loi Hadopi II de nouveau censurée*, in *Les petites affiches*, 25 novembre 2009, n. 235, pp. 7-13; D. Rousseau, *Après HADOPI 1 et HADOPI 2, HADOPI 3 ? La décision du Conseil constitutionnel du 22 octobre 2009*, in *Légipresse*, n. 267, 2009, pp. 173-174.

[98] N. Dreyfus; *France the Hadopi after*, in *E-Commerce law and policy*, vol. 13, issue 7, July 2011, dove l'Autrice commentando i magri risultati tratti dal rapporto della politica dei tre avvertimenti, constata come al sacrificio attuale e certo di un bene fondamentale non sia invece corrisposto l'atteso vantaggio stante l'indisturbato perdurare della pirateria *on line*.

[99] Come da me osservato in questarivista in <http://www.costituzionalismo.it/aggiornamento.asp?id=562>, (agg. al 22 luglio 2012) *Diritto d'autore batte Costituzione 2 a o*.

[100] Per l'esame delle vicende francesi si rinvia a quanto osservato al par. 2. *Il diritto di accesso a Internet come libertà negativa*.

[101] Sul profilo specifico degli obblighi positivi, che scontano una doppia difficoltà di coercibilità – a quella propria del diritto internazionale per l'assenza di un sistema sanzionatorio, si aggiunge l'inattuabilità forzosa degli obblighi di *facere* inosservati dai legislatori nazionali inerti – si veda: S. Fredman, *Human rights transformed. Positive rights and positive duties*, Oxford, 2008, pp. 80-85; R. Robertson, *Measuring State compliance with the obligation to devote maximum available resources to realising economic, social and cultural rights*, in *Human Rights Quarterly*, 1994, n. 16, 693-694; P. Jones, *Universal principles and particular claims: from welfare rights to welfare states*, in A. Ware–R. Goodin (eds.) *Needs and Welfare*, Sage London, 1990; A.R. Mowbray, *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights*, Hart publishing, Oxford, 2004, a pp. 191- 195. Da ultimo, J. Christoffersen, *Fair balance: proportionality, subsidiarity and primary in the European Convention on Human Rights*, Boston, 2009, a pp. 103 ss.