

Il Programma di Ricerca ISBUL “Infrastrutture e Servizi a Banda Larga e Ultra Larga”

- 1. Le posizioni espresse in questa presentazione non riflettono necessariamente quelle dell'AGCOM né quelle del Progetto ISBUL nel suo complesso.*
- 2. Il Progetto è in corso e le conclusioni sin qui raggiunte potranno evolvere dinamicamente*

*Regulation, Banda Larga e Servizio Universale. Immobiliismo o Innovazione?**

di

Giovanna De Minico

SOMMARIO: 1. Premesse di metodo. - 2. La banda larga: la tecnica e il diritto. - 3. Attualità o obsolescenza del catalogo delle prestazioni di servizio universale? - 4. Quale regolazione per la banda larga? - 5. Nuova *regulation* per le nuove reti? - 6. Regno Unito e Italia: un insostenibile confronto. - 7. I modelli di governo della banda larga (7.1. Il modello pubblico. - 7.2. Il modello privato). - 8. Conclusioni.

1. Premesse della ricerca

Il tema del presente lavoro è stato indagato quasi esclusivamente dal sapere scientifico, i cui studi, tecnici ed economici, hanno analizzato rispettivamente le diverse opzioni architettoniche delle nuove reti di comunicazione su cui corre la banda larga e i fattori che compongono la domanda di accesso alla stessa; quindi è mancata una riflessione giuridica compiuta sull'argomento. Tre saranno i punti di snodo della mia indagine: il criterio di selezione delle utilità acquisibili al catalogo delle prestazioni obbligatorie del servizio universale; le regole adeguate alle specifiche tecniche della banda e alla sua vocazione sociale, una volta acquisita al

* Questo saggio comparirà con gli opportuni aggiornamenti in *Politica del diritto*, che ne ha acconsentito la pubblicazione in anteprima nel *Forum di Quaderni costituzionali*

(http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/013_3_de_minico.pdf). Grazie a un contributo del Consiglio Nazionale delle Ricerche (programma *Short term mobility* 2009) ho avuto modo di approfondire l'argomento durante un soggiorno di studio alla *London School of Economics*. Quindi, mi preme ringraziare in particolare il *Dean* del suo *Department of Law*, prof. Hugh Collins, per la squisita disponibilità e per i contatti promossi con i colleghi, Julia Black, March Thacher e Mario Monti; i dott.ri: Dave Clarksone e Valeria Batamonte dell'OFCOM; il direttore Samuel Sharps del *Department Culture, Media and Sport and Department for Business, Innovation and Skills* del Governo Britannico; e l'economista Martin Cave per i generosi suggerimenti.

servizio universale; e, infine, i modelli di governo delle nuovi reti su cui essa viaggerà.

Le tre *iusses*, apparentemente distanti, condividono il parametro in base al quale sono state decise: un criterio squisitamente politico in quanto seleziona interessi, media tra gli stessi e, quindi, definisce le questioni controverse in ragione delle priorità assunte.

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

È necessario far precedere la riflessione giuridica da alcuni cenni tecnici sulla banda larga. Questa consente all'utente di navigare in internet mediante rete fissa o mobile a una velocità modulabile in ragione dell'ampiezza di banda. Aumentando l'ampiezza si moltiplicano le utilità per l'utente, che potrà esercitare le vecchie libertà fondamentali nella inedite forme degli spazi virtuali o accedere a servizi pubblici *online*. Così il computer favorisce gli incontri immateriali nelle piazze dei *social network* come *Facebook*, le discussioni tra persone fisicamente distanti, ma virtualmente presenti, la ricezione del segnale audiovisivo tramite protocollo IP. Favorisce altresì il dialogo finalmente paritario con l'amministrazione, che entra nelle case del cittadino per portare documenti dematerializzati in modo da permettergli di conciliare e pagare multe automobilistiche, scaricare certificati anagrafici, seguire le lezioni online, o prenotare visite mediche dal proprio domicilio.

La descrizione in punto di fatto della banda sottolinea che essa non è volta in quanto tale a soddisfare bisogni individuali o collettivi; infatti, non è in grado *ex se* di procurare utilità perché è come un'autostrada sulla quale corrono dati, immagini, suoni, ora anche servizi pubblici, privati dell'attributo della fisicità e resi entità sospese tra la realtà e l'immaterialità.

Piuttosto occorre avere riguardo ai beni finali che essa ci procura: intrattenimento, informazione, educazione e accesso alla amministrazione. In modo analogo nell'ottocento le reti ferroviarie, elettriche o idriche provvedevano alle necessità materiali di mobilità fisica, di illuminazione, di accesso all'acqua delle persone. Con l'evolversi dei tempi i bisogni mutano nell'oggetto, volgendosi alla possibilità istantanea dell'incontro virtuale a prescindere dalla materialità degli spazi, ma conservano l'attributo di indefettabilità. Anzi diventano urgenze indilazionabili quando a inviare

messaggi di posta elettronica o a prenotare viste mediche *on line* sia l'anziano, il disabile o chi vive in zone remote del paese. Categorie sociali, la cui diversità impedisce l'accesso ai servizi pubblici in modalità tradizionali, mentre la banda larga, portando i servizi a domicilio, rimuove almeno virtualmente la barriera fisica, rendendo tutti realmente uguali nel momento in cui crea condizioni di effettività per l'esercizio di tali diritti¹. Nella società dell'informazione la banda larga assolve al medesimo compito che la Costituzione all'indomani del fascismo aveva affidato ai diritti sociali: “realizzare davvero qualcosa da poter chiamare democrazia, e che questa poteva ottenersi soltanto se si assicurava l'esistenza di certe condizioni sociali, più favorevoli di quelle ‘naturalmente’ prodotte dal mercato”².

La banda larga diventa allora lo strumento che asciuga le distanze fisiche tra le zone remote del paese, mescola le culture, sovrappone bagagli valoriali, fonde diversità, compensa le diverse fortune iniziali degli uomini, e, non ultimo, obbliga l'amministrazione all'imparzialità. Quindi, la tecnica è concretizzazione storica, cioè nella dimensione del 'qui e ora', dell'uguaglianza sostanziale. Questa era un tempo parametro di effettività dei servizi pubblici tradizionali dell'amministrazione – nel senso che ricco e povero erano uguali nel ricevere le cure mediche – ora è misura dell'imparzialità amministrativa nell'erogare prestazioni immateriali. Il collegamento tra la banda larga e l'art. 97 Cost. nasce dalla constatazione che mentre l'imprenditore privato può scegliere il cliente al quale vendere un bene, l'amministrazione “è tenuta a ‘servire’ tutti gli amministrati”³. Da

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

² Così M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in *Dem. Dir.*, 1995, a p. 558

³ P. Costanzo, *Nuove tecnologie e ‘forma’ dell'amministrazione*, in P. Costanzo - G. De Minico - R. Zaccaria (a cura di), *I “tre codici” della Società dell'Informazione*, Torino, 2007, a p. 5. Per un'analisi puntuale delle prime esperienze di digitalizzazione (carta di identità, carte dei servizi, provvedimento elettronico ed altro), le cui questioni sono ben lontane dall'essere definite in termini compiuti dal legislatore, si vedano i contributi di: Trucco, Lombardi, Cappello, Pietrangelo, Frediani, Grazi e Sagri, nella medesima Parte I curata da Costanzo.

qui la conseguenza che se l'amministrazione convertisse un materiale documentale in un file elettronico, a ogni cittadino dovrebbe essere paritariamente garantito il *download*, perché quel file è la "prestazione". Allo stesso modo, se non tutti i cittadini potessero accedere ai servizi dell'e-medicina per difetto di banda larga, sarebbe come se l'amministrazione si scegliesse i clienti da servire, in violazione dell'art. 97 Cost. E se il mancato accesso all'e-medicina comportasse un peggioramento quali-quantitativo del servizio, a esempio per la minore tempestività dell'intervento, sorgerebbe il dubbio di una violazione anche degli artt. 3 e 32 della Costituzione.

Da quanto detto emerge che nella dimensione nazionale la banda larga è lo strumento tecnico che assicura il pari pregio sostanziale dei cittadini e rende effettivo il dovere di imparzialità dell'amministrazione. Nella dimensione sovranazionale la stessa concorre all'equiordeinazione sociale e al riequilibrio territoriale in linea con le preoccupazioni europee. L'Unione almeno in punto di principio vincola la promozione delle reti di telecomunicazione all'assolvimento di una precisa missione sociale: l'armonico sviluppo dell'insieme delle Comunità (art.158, par.1, TUE).

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

Coesione sociale ed equilibrio territoriale – l'anima nobile dell'Europa dinanzi alla quale arretra anche la logica mercantilistica – rappresentano al tempo stesso le ragioni politiche che giustificano la scelta di istituire un servizio universale, cioè di sottrarre un'attività economica alla legge competitiva. Infatti, quando il decisore politico considera un'utilità indispensabile allo sviluppo inclusivo dei consociati, la isola dalla dinamica concorrenziale e predispone mezzi e uomini perché quella prestazione sia assicurata al cittadino ovunque sia e a un prezzo a lui accessibile⁴. Noi

⁴ Esula dal mio studio la questione relativa al tipo di pretesa soggettiva vantata dall'utente nei confronti del fornitore del servizio (cfr.: D. Sorace, *Gli 'interessi di servizio pubblico' tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro amm.*, 1988, V, p. 212 ss.; da ultimo, G. F. Cartei - S. Faro, *Consumatore e utente*, in M. Chiti - G. Greco (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, tomo II, Milano, 2007, pp. 919 ss.); parimenti estranea alla mia riflessione è la sua azionabilità in sede giudiziaria o paracontenziosa (M. Orofino, *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multivello*, Milano, 2008, a p. 351). Mi preme invece chiarire che

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

Il fatto però che la banda larga possa essere sorretta dalle stesse ragioni che giustificano l’isolamento di talune prestazioni dalla logica imprenditoriale non implica la sua automatica inclusione nel catalogo delle prestazioni imperative, di cui alla Direttiva 2002/22⁵. Infatti, è la stessa Direttiva che vincola la Commissione a un preciso criterio di aggiornamento della lista al fine di separare ciò che è dovuto al cittadino come prestazione imperativa da ciò che non lo è, rilettura necessaria per l’evolversi dei bisogni e delle innovazioni tecnologiche.

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

l’azionabilità non assiste questi diritti sin dalla nascita, essa è un tratto successivo ed eventuale, dipendendo dall’attivarsi del decisore politico; quindi *medio tempore* il diritto è privo di assistenza giuridica, salvo quella di genere diverso offerta dalla partecipazione politica. Tale coercibilità variabile – inesistente in assenza dell’atto che ne istituzionalizzi la protezione, piena a titolo intervenuto – è tratto comune a ogni diritto sociale in quanto pretesa a che lo Stato si attivi. Ciò non significa che durante l’omissione statutale il diritto sociale viva declassato ad aspettativa di mero fatto, esso conserva il suo affioramento giuridico diretto, e come parametro interpretativo delle norme primarie, se contenuto in una disposizione programmatica della Costituzione, e come impegno politico *pro futuro*.

⁵ Cfr: Direttiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa “al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica”, in *GUCE* 24 aprile 2002, n. L. 108, p. 51, d’ora in poi sarà citata come Direttiva Servizio Universale.

Riteniamo questo criterio non esente da critiche, perché funziona da parametro valutativo chiuso in se stesso, incapace di proiezioni future, di sviluppi inediti. È facile la constatazione che un bene, non sufficientemente diffuso *in rerum natura*, non può essere richiesto dal consumatore, che ignorandone i vantaggi non domanda ciò che non conosce. Il criterio quindi, andrebbe sostituito con quello finalistico, già sperimentato dalla *Federal Communication Commission*⁶, concentrato sul bisogno ultimo soddisfatto dalla prestazione, piuttosto che sulla sua diffusività. Ne conseguirebbe che nel caso si trattasse di un bisogno essenziale anche se in una lettura prospettica, la prestazione corrispondente all'esigenza *in inere* andrebbe assicurata a tutti a prescindere dall'ubicazione e dalla capacità di spesa del cittadino richiedente.

Questo criterio, a differenza di quello quantitativo del grado di condivisione sociale del servizio, si presta a una valutazione di tipo politico, la sola in grado di separare secondo opportunità ciò che è considerato indispensabile alla inclusione politica e sociale dei cittadini da ciò che non lo è. La natura del criterio lo attrae alla competenza del decisore politico, che non a caso concentra nelle sue mani l'intero arco di vita del servizio universale, dalla nascita all'estinzione. La premessa di tutto è il ragionamento sulle necessità del cittadino. E sarebbe singolare che questo punto venisse declassato a mero accertamento di quanta parte della popolazione già usufruisce della prestazione, laddove invece le fasi consequenziali restassero affidate a considerazioni di convenienza politica⁷. Si pensi al giudizio sull'incapacità del mercato a soddisfare una data domanda di beni o ancora alla valutazione della necessità di intervenire con un'impresa pubblica per compensare il fallimento del mercato o, infine, alla scelta della modalità di finanziamento del servizio pubblico. Se questi tre momenti, consequenziali alla premessa, sono rimessi a una scelta politica, a maggior ragione dovrebbe esserlo il passaggio preliminare.

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

⁷ Sulla politicità dell'intero percorso istitutivo del servizio universale si vedano: M. Clarich, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, a p. 193; da ultimo, G. Cartei, *Il servizio universale*, Milano, 2002, a p. 277.

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

Ma la Commissione sostiene l'immodificabilità del criterio. Infatti, anche in sede di revisione del pacchetto direttive, lo ha riconfermato come parametro del riesame periodico delle prestazioni imperative, e nella relazione alla proposta di Direttiva servizio universale⁸ ha drasticamente negato che la revisione possa essere l'occasione per modificare "l'attuale nozione di servizio universale", rinviandone il riesame in sede di consultazione pubblica. Quest'ultima⁹, condotta in base al criterio quantitativo della diffusività della domanda, si è ovviamente conclusa con l'esclusione della banda dall'elenco.

Non vanno però trascurati segnali di possibile novità¹⁰. Nell'ultima versione ancora in *innere* della Direttiva Servizio universale (approvata il 6

⁸ Cfr. Commissione Europa, *Proposta di direttiva del parlamento europeo e del consiglio recante modifica della direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche e del regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla cooperazione per la tutela dei consumatori*, COM(2007) 698 Def., in <http://eur-lex.europa.eu>.

⁹ Cfr. Commissione Europa, *Comunicazione sul secondo riesame periodico del contenuto del servizio universale nelle reti e nei servizi di comunicazione elettronica conformemente all'articolo 15 della direttiva 2002/22/CE*, COM (2008) 572 Def., in <http://eur-lex.europa.eu>, a p. 8, dove la stessa conduce a fatica il suo ragionamento perché, pur ammettendo una rapida crescita delle connessioni veloci a internet, ne esclude la loro acquisizione al servizio universale per difetto di diffusività, ma nello stesso documento riconosce che la banda larga "si avvicina alquanto rapidamente a tale traguardo".

¹⁰ Essa si coglie dalla lettura di atti preparatori della Commissione coerenti con gli impegni di Lisbona (si vedano le raccomandazioni dettate dalla Presidenza del Consiglio dell'Unione Europea, Vienna 'E-inclusion' ministerialconference conclusions, 2 dicembre 2008, in <http://europa.eu>), aventi a tema l'*eGovernment*, argomento distinto, ma connesso dalla banda larga. Si veda, ad esempio, *Il piano d'azione eGovernment per l'iniziativa i2010: accelerare eGovernment in Europa a vantaggio di tutti*, COM(2006), 173 definitivo, dove la Commissione sollecita gli Stati a realizzare quanto prima il progetto comune di digitalizzazione dell'amministrazione. Ebbene il buon esito di questa operazione presuppone che la connettività veloce a

maggio dal PE in seconda lettura¹¹), il *Considerandum 3 bis* promuove la banda larga a prestazione facoltativa di servizio universale, nel senso che spetterà agli Stati decidere se aggiungerla o meno all'elenco, fermo restando che in caso di esito positivo, la stessa non graverà come onere economico sugli operatori, ma unicamente sul sistema di fiscalità generale. Va certamente considerato che si tratta di un *Considerandum* e non di una disposizione della Direttiva. Essa è dunque un'indicazione politica *pro futuro*, non già una prescrizione giuridica attuale. Rimane però un indubbio valore di segnale, timido indizio di una certa apertura dell'Unione verso l'acquisizione della banda larga a *commitment* politico dei singoli Stati.

3. Quale regolazione per la banda larga?

Acquisire la banda larga al servizio universale significa semplicemente porre e non già risolvere la questione normativa della sua

internet sia assicurata a tutti i cittadini europei, altrimenti il piano rischierebbe di essere un programma politico irrazionale perché privo di utilità sociale, in quanto la spesa per la rivoluzione digitale dell'amministrazione sarebbe senza ritorno in termini di vantaggi sociali, se poi i cittadini in mancanza di banda larga non potessero ricevere i relativi servizi digitalizzati. Da ultimo, cfr. Id., *Comunicazione, Preparare il futuro digitale dell'Europa Riesame intermedio dell'iniziativa i2010*, Bruxelles, 17.4.2008, COM(2008) 199 definitivo, dove la Commissione ha articolato le priorità dell'agenda europea, dalla sicurezza della rete e degli oggetti fino all'uso efficiente e neutrale dello spettro, ma ha anche chiarito che l'universo di internet non deve rimanere un privilegio di pochi, ma un'opportunità di crescita per tutti (a pp. 4-5).

¹¹ Cfr. Parlamento Europeo, *Risoluzione legislativa del 6 maggio 2009 sulla posizione comune adottata dal Consiglio il 16 febbraio 2009 in vista dell'adozione del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica della direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche e del regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla cooperazione per la tutela dei consumatori*, *Pe_TA-prov 82009) 0360*, dove si deve alla Commissione per il Mercato Interno e la Protezione dei Consumatori del Parlamento Europeo l'inserimento del *Cons. 3 bis*, par. 2, che recita: "Il collegamento dati alla rete pubblica di comunicazione in posizione fissa deve essere in grado di supportare la trasmissione dati ad una velocità tale da permettere l'accesso a servizi elettronici *on line* quali quelli forniti su Internet pubblica".

disciplina di riferimento¹². Personalmente, tenderei a escludere che sia adeguata la regolazione introdotta con la Direttiva 2002/22, in quanto questa sconta un peccato originale: il fatto che il servizio universale sia concepito come un'attività sottratta alla legge del mercato, non comporta che si debbano ammettere le deroghe non indispensabili all'adempimento della missione sociale. La riscrittura delle regole, anche quelle applicabili ai servizi già inclusi nella lista, diventa dunque necessaria al fine di tenere insieme universalità e competitività, e ciò anche se la Commissione non intende affatto alterare il nocciolo duro della *regulation* sulla banda larga. Infatti, benché sia in corso la revisione del pacchetto delle Direttive 2002, la proposta di modifica è intervenuta su profili alquanto marginali, lasciando invariato il criterio di revisione periodica e la disciplina sostanziale delle prestazioni dovute.

In realtà, a voler ridisegnare davvero la regolazione occorrerebbe fantasia ed equilibrio per individuare una misura di compromesso sostenibile tra mercato e obbligatorietà, cioè prevedere deroghe al mercato nei limiti di quanto sia strettamente necessario all'assolvimento della missione sociale¹³.

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

¹³ La dottrina anglosassone da tempo ha rivolto la sua attenzione al tema: si vedano i contributi centrali di: P. Xavier, *Universal service obligations in a competitive telecommunications environment*, in <http://oe.cd.org>, 1995; C. Blackmann, *Universal service: obligation or opportunity?*, in *Telecommunications policy*, vol. 19, no.3, 1995, pp. 171-176; S. Simpson, *Universal service issues in converging communications environments: the case of the UK*, in *Telecommunications Policy*, 28, 2004, pp. 233-248; W. Sauter, *Services of general economic interest and universal service in EU law*, in *European Law Review*, vol. 33, n. 3, 2008, pp. 167-193. Non sono mancati contributi di economisti, per tutti con ampi riferimenti alla dottrina economica, cfr.: T.M. Valletti,

Alcuni studiosi¹⁴ ritengono che il contrasto tra valori confliggenti interessi l'obbligatorietà e la facoltatività della prestazione, cioè assumono come pietra dello scandalo il fatto che la prestazione universale debba essere assicurata a "un'utenza più ampia ... di quella rappresentata dai potenziali acquirenti in un libero mercato"¹⁵; mentre l'attività d'impresa, mossa dalla logica utilitaristica, offrirebbe quel dato bene esclusivamente a utenti remunerativi. In questo dissidio interverrebbe il servizio universale a conciliare l'obbligatorietà con la facoltatività.

A mio avviso, invece la questione non è in questi termini, perché se un'attività è sottratta alla *lex mercatoria* per essere attratta al servizio universale, significa che il conflitto tra obbligatorietà e facoltatività è già stato risolto dal legislatore a favore della 'doverosità': precisamente, quando il legislatore in base a una valutazione politica ritiene una prestazione essenziale allo sviluppo sociale ed economico dei cittadini, la sottrae alla libera scelta dell'imprenditore, obbligato a fornirla anche se ragioni di convenienza economica lo sconsiglierebbero. Qui il dovere è la dimensione soggettiva prevalente, che annulla la libertà di iniziativa: l'operatore privato non è determinato dalla logica del profitto, ma dal dovere di solidarietà che gli impone la fornitura del servizio a categorie sociali non remunerative, alle quali in assenza di obbligo il servizio non sarebbe prestato.

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

A mio avviso, il servizio universale invece, deve tenere insieme altri termini antitetici: l'obbligatorietà della prestazione e l'equilibrio competitivo, la composizione tra gli stessi dipenderà dal disegnare una *regulation* che apporti alla legge antitrust le sole deroghe strettamente

Introduction: Symposium on universal service obligation and competition, in *Information Economics and Policy*, vol. 12, 2000, pp. 205-210.

¹⁴ M. Clarich, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, cit., a pp. 185 ss.

¹⁵ Id., *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, cit., a pp. 185 ss.

necessarie all'adempimento degli obblighi sociali. In altri termini, solo le deviazioni indispensabili saranno conformi al diritto comunitario, perché di esse non si potrà fare a meno; mentre per le altre, la loro anticomunitarietà sarà anche la misura della loro incompatibilità con l'universalità, perché esse pregiudicheranno il buon fine del progetto di coesione sociale.

Si deve dunque partire da questa premessa per disegnare a grandi linee la nuova disciplina del servizio universale, che mutuerà metodo di indagine, parametri valutativi, approccio pragmatico proprio dalla disciplina antitrust alla quale vuole derogare. Secondo un'impostazione che a me sembra l'unica accettabile, le deviazioni riguarderanno unicamente la sostanza – perché se c'è bisogno di servizio universale significa che il mercato ha fallito rispetto alla domanda diffusa di quel bene a un prezzo abbordabile – ma non il metodo descrittivo della fattispecie normativa. Ne conseguirebbe che almeno i punti chiave di questa nuova *regulation* andrebbero disegnati in termini rovesciati rispetto a come sono nell'attuale disciplina (Direttiva 2002/22).

Considererei vincolanti i seguenti punti.

a) Quanto all'impresa designata a prestare il servizio, si dovrebbero escludere selezioni automatiche, quale, ad esempio, l'incarico *ex lege* all'ex monopolista, previsto dal nostro d.lgs. 240/03 (art. 58, co. 3) in sostituzione dell'omessa designazione a opera dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. A parte la considerazione non irrilevante che la Direttiva non contempla affatto tale possibilità, è opportuno chiedersi se l'ex monopolista offra adeguate garanzie di efficienza. A mio avviso, tale soggetto ha il solo pregio di essere l'operatore storico, pregio che in questo caso diventa un difetto perché si tratta di un soggetto poco abituato al confronto competitivo e quindi meno portato al rinnovamento. Ben altri potrebbero essere i metodi per individuare l'impresa onerata¹⁶, sempre che

¹⁶ L'Autorità aveva lanciato una consultazione pubblica (cfr. *Delibera, 14/01/CIR*, in www.agcom.it) per verificare l'opinione degli altri operatori in merito a sistemi di individuazione alternativi e più conformi al dettato comunitario: quali l'asta o il *play for pay*. Quest'ultimo consiste nel consentire agli operatori di scegliere tra la fornitura del servizio (appunto il *play*) e la partecipazione *pro quota* alle spese (il *pay*) di un servizio prestato da altri, sul presupposto di una precisa quantificazione forfettaria dei costi in modo da consentire la scelta.

Benché la consultazione avesse registrato una tendenziale disponibilità degli altri operatori a impegnarsi come obbligati al servizio, a essa l'A. non ha però dato seguito. A questo punto mi sembra incomprensibile indire una consultazione, se poi si considera

si tratti di procedure trasparenti e comparative guidate da parametri obiettivi, quali l'efficienza gestoria, intesa come ragionevole equilibrio tra costi netti per la prestazione del servizio e standard qualitativi, come peraltro imposto dal dettato comunitario (Direttiva 2002/22, art. 8, par. 2).

Una selezione al rialzo, pur evocata anche se non con chiarezza metodologica dalla Direttiva¹⁷, eviterebbe sprechi di denaro, perché il designato sarebbe indennizzato dei soli costi netti effettivamente sostenuti per assolvere agli obblighi non remunerativi di servizio universale, e i soldi dei contribuenti o degli altri operatori, a seconda che si opti per il finanziamento basato sulla fiscalità o sul fondo perequativo degli operatori, non sarebbero impiegati per compensare le inefficienze dell'ex monopolista.

b) Quanto all'alternativa tra i due modelli di finanziamento previsti dalla Direttiva, riterrei valida l'opzione binaria anche rispetto alla banda larga e, trattandosi di una scelta squisitamente politica¹⁸, ne riconfermerei l'affidamento al decisore politico statale, e non alle autorità di regolazione. Ricordiamo per brevità che gli Stati, ritenuti "eccessivi" i costi per l'adempimento degli obblighi non remunerativi, possono decidere di indennizzare l'impresa incaricata, attingendo alla fiscalità generale, e cioè imputando in ultima istanza l'onere economico ai cittadini, oppure di ripartire l'onere tra gli altri operatori in ragione del loro fatturato. Nel caso si scegliesse quest'ultima soluzione, il sistema andrà però adeguato alla nuova prestazione universale, che, consistendo nell'accesso a internet, non procura vantaggi neanche indiretti agli altri operatori di telefonia, a differenza della prestazione del ricevere e dell'effettuare chiamate che giova anche agli operatori diversi dalla Telecom, i quali grazie alla diffusività capillare della rete procurano un ulteriore servizio ai propri

inamovibile la Telecom dal ruolo di designato unico alla prestazione universale, nonostante la dubbia compatibilità comunitaria di un sistema d'individuazione *ex lege*, divenuto da temporaneo definitivo.

¹⁷ In merito F. Donati, *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, Torino, 2007, a pp. 173-175.

¹⁸ Sulla questione di chi paga il servizio universale, cfr.: P.E. Chiang - J.P. Hauge, *Funding Universal Service: The Effect of Telecommunications Subsidy Programs on Competition and Retail Prices*, in <http://ssrn.com/abstract=1013661>; W.R. Crandall - L. Wavermann, *Who pays for universal Service? When telephone subsidies become transparent*, Brooking institution Press, 2000, passim; F. Mirabel-J.D. Poudou - M. Roland, *Universal service obligations: the role of subsidization schemes*, in *Information Economics and Policy*, vol. 21, 2009, pp. 1-9.

clienti, l'interconnessione con i clienti Telecom. Ora, questo vantaggio indiretto, *ratio* giustificatrice del riparto diffuso dei costi sugli altri operatori, non ricorre nel caso della banda larga, che procura vantaggi indiretti agli operatori di tale servizio, e non anche a quelli di telefonia, nonché agli operatori di contenuti che viaggino sulla rete. Su questa linea si sta infatti muovendo il Governo britannico¹⁹, che si è di recente interrogato sui possibili soggetti tenuti a sostenere i costi eccessivi di una banda divenuta prestazione universale. E con una lungimiranza, che per noi dovrebbe essere di esempio, non si è accontentato di ripartirli tra i soli “communications providers” e “who provides communication services over the network”, ma ha sollecitato la disponibilità, con prestazioni se non in denaro quantomeno in natura, degli operatori delle reti mobili. Questi ultimi possono contribuire al pieno sviluppo della banda larga estendendo la copertura tramite reti *wireless* proprio a quelle zone remote o scarsamente popolate, difficilmente raggiungibili dalla rete fissa. E il Governo²⁰ per incoraggiare gli operatori sta puntando principalmente su misure incentivanti, tra le altre, la conversione della licenza dell'operatore mobile da temporanea a definitiva per compensare gli ingenti costi connessi a un progetto di copertura senza fili.

c) Quanto al carattere dell'universalità, intesa come diffusività *erga omnes* delle prestazioni, riterrei che la stessa andrebbe ovviamente assicurata a tutti, diversamente il servizio perderebbe il suo specifico dell'estensibilità capillare del vantaggio sociale, ma limitata al solo set minimo delle prestazioni. In una situazione di scarsità delle risorse economiche il legislatore non potrà più osservare la regola del “tutto a tutti”, ma quella più praticabile di un *plafond* minimo di prestazioni accessibili a tutti a prezzi abbordabili, contemplando inoltre utilità aggiuntive, quali a esempio la gratuita o una maggiore velocità di trasmissione a favore di categorie di utenti selezionati in ragione della funzione sociale da loro svolta o della debolezza sociale del gruppo di appartenenza. In questa ricostruzione, quindi la banda larga verrebbe riservata a segmenti di cittadini scelti per il loro disagio originario (anziani,

¹⁹ Cfr. Department for Culture, Media and Sport and Department for Business, Innovation and Skills, *Digital Britain. The Interim Report*, Gennaio 2009, in: http://www.culture.gov.uk/images/publications/digital_britain_interimreportjan09.pdf, a p. 55.

²⁰ Id., *Digital Britain, The Interim Report*, cit. a p. 29 all'interno dell'*action* n. 6, lett. c).

disabili) secondo quanto impone una lettura evolutiva dell'uguaglianza sostanziale²¹, nonché alle comunità intermedie (scuole, università, ospedali) in ragione degli ulteriori fini di pubblica utilità dalle stesse assolti.

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

Già la Direttiva avrebbe consentito questo frazionamento, escluso invece dalle legislazioni nazionali, che hanno tendenzialmente confermato il modello monistico, il quale ha compromesso l'efficienza, valore da assicurare *durante societate*, e non solo nella fase dell'individuazione dell'impresa: diversamente, i costi crescono irrazionalmente a fronte di un decremento della qualità delle prestazioni a danno dei cittadini-utenti. Sono dunque dell'avviso che il servizio andrebbe diviso per tipologie di prestazione, nonché per segmenti territoriali, lotti da mettere separatamente in gara in modo da immettere dosi massicce di competizione anche nello svolgimento del servizio universale, che dopo tutto è e rimane un'attività d'impresa.

5. Nuova regulation per le nuove reti?

Le reti di nuova generazione (da ora con l'acronimo anglosassone di NGN)²², destinate a sostituire con la fibra ottica la vecchia rete fissa in rame perché satura, consentiranno il trasporto di servizi di comunicazione integrati, che viaggeranno ad altissima velocità grazie alla banda ultra

²¹ Rispondono a questa esigenza due delibere dell'A.G.Com. (nn. 517/07 e 202/08 Cons.) in cui si è imposto agli operatori di fornire gratuitamente la prestazione della connettività veloce a internet ai non vedenti per 90 ore mensili.

²² 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, 17Giugno 2008), reperibile nel sito web dell'OECD, in part. a p. 9: "as a packed network able to provide services including telecommunications services and able to make use of multiple broadband, [...] in which service related functions are independent from underlying transport-related technologies". Quindi, si tratta di una infrastruttura che, aggregando asset di reti fisse e mobili, è in grado di consegnare velocemente servizi convergenti all'utente, il quale grazie a terminale e infrastruttura unici potrà disporre di servizi un tempo accessibili grazie a distinti sistemi di trasmissione.

larga. E siccome abbiamo già detto che dalla velocità di trasmissione dipende il tipo di servizio accessibile all'utente, una banda da 20 Mb/s in su supporterà servizi sofisticati e convergenti, in grado di combinare suoni, dati, immagini, si pensi, ad esempio, a talune prestazioni della tele-educazione, tele-medicina e tele-lavoro.

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

Questo tipo di regole rientra nella categoria della disciplina asimmetrica, la quale, come quella per il servizio universale, è un esempio di eteronomia correttiva di un fallimento di mercato: la regola cardine in questo caso consiste – diversamente dall'intervento dell'impresa pubblica che supplisce alla mancata offerta di un servizio verso categorie di utenti non remunerative – nell'obbligare il dominate a fare quanto altrimenti non farebbe al fine di allinearlo agli operatori privi di rete²³. Più precisamente,

²³ Nella manualistica in tema di regolazione asimmetrica nelle comunicazioni elettroniche si vedano: L. J. H. F. Garzanti, *Telecommunications, Broadcasting and the Internet: EU competition Law and regulation*, Sweet&Maxwell, 2003, 2ª ed., p. 539: "They have been adopted on the assumption that market forces alone, even under the threat of *ex post* application of competition rules, would not suffice, at least not in the short term, to achieve a fully competitive market given that at liberalisation, incumbent operators had monopoly or very strong market position. In this sense, sector-specific rules complement the competition rules". Da ultimo: I. Walden, *Telecommunications law and regulation*, Oxford, 2009, 3ª ed., pp. 322 ss. Quanto alla caratteristiche delle regole, cfr.: A. de Steel, *Remedies in the European electronic communications sector*, in D. Geradin (ed.), *Remedies in Network Industries: EC competition law vs. sector-specific regulation*, in *Intersentia*, 2004, a p. 31; P. Larouche, *A closer look at some assumptions underlying EC regulation of electronic communications*, in *Jour. of network industries*, 3, 2002, p. 141: "As time goes by and the incumbent progressively loses its grips on the market, then the fundamental question begin to arise more seriously: were regulatory burdens imposed on the incumbent because of its size and market position or because of certain features of telecommunications which were only present in he incumbent since it represented for all intents and purpose the whole sector? Second, the determination of the regulated areas should be more flexible to keep pace with rapid market evolution?".

nei mercati di telecomunicazioni liberalizzati la disponibilità esclusiva della rete nelle mani dell'ex monopolista, operatore verticalmente integrato, perché presente sul mercato dell'accesso alla rete e su quello al dettaglio di fornitura dei servizi ai clienti finali, è il *defeat* del mercato al quale la norma asimmetrica con *fictio iuris* intende provvedere. La regola asimmetrica prova a mimare²⁴ le condizioni che un mercato maturo creerebbe *ex se*, obbligando l'*incumbent* a mettere a disposizione degli altri operatori la sua rete, *essential facility*, alle stesse condizioni praticate alle proprie divisioni commerciali. Quindi, *regulation* sul servizio universale e regolazione asimmetrica si incontrano sul terreno comune dell'uguaglianza sostanziale: la prima la realizza a livello di *equal access* tra i consumatori, perché i consumatori non redditizi hanno diritto alla prestazione alle stesse condizioni di quelli remunerativi; la seconda la realizza sul piano dell'*equal access* tra gli operatori, equiordinando le loro domande di acquisto della rete dinanzi all'*incumbent* unico offerente.

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

Tale *regulation*, come ogni norma asimmetrica²⁵ dovrà essere proporzionata al *defeat* da correggere, in un caso come questo, complesso, perché si dovranno tenere insieme obiettivi di difficile coesistenza: la promozione della concorrenza e il sostegno agli investimenti. Ne conseguirà che il decisore dovrà bilanciare valori contrapposti e risolverli in una misura di equilibrio tra l'apertura delle NGN agli altri operatori e il

²⁴ N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, rist., 2001, a p. 37. Ricorre al concetto di simulazione, da ultimo, G. Amato, *Privatizzazioni, liberalizzazioni e concorrenza nel sistema produttivo italiano*, in L. Torchia - F. Bassanini (a cura di), *Sviluppo o declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del Paese*, Firenze, 2005, p. 45 “Con tali regolazioni si cerca di ‘mimare’ un mercato concorrenziale. Ma è una concorrenza in ogni caso artificiale, diversa da quella che naturalmente si sviluppa fra operatori indipendenti l’uno dall’altro, giacché gli equilibri non li determina la dinamica dei loro rapporti, ma la disciplina delle modalità di accesso all’infrastruttura, dei prezzi per usarla, della soluzione dei conflitti che ne possono derivare”.

²⁵ Direttiva del 7 marzo 2002, n. 2002/19/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa “all’accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all’interconnessione delle medesime”, in part. art. 8.

sostegno a chi rischia danaro proprio in un'impresa dagli esiti incerti²⁶. Questa regolazione presenta dunque un tasso di politicità ben più elevato di quello che assisteva la disciplina asimmetrica sulle vecchie reti; quest'ultima doveva rispondere a un'unica preoccupazione: promuovere la concorrenza sulla rete dell'*incumbent*, imponendo proporzionati obblighi di accesso, non anche stimolare gli investimenti per realizzarla data la sua preesistenza.

La difficoltà di combinare interessi opposti si legge già da un documento di studio dell'OFCOM²⁷ - poi recentemente ripreso dallo stesso regolatore britannico – che indica ben tre opzioni regolatorie in ragione dei due obiettivi²⁸. È da questi due obiettivi che conviene partire per poi ipotizzare una misura asimmetrica coerente con i primi. Spiegheremo brevemente i termini di questo attrito tra beni²⁹.

Da un lato, la regola asimmetrica dovrà promuovere la concorrenza; per cui, se l'*incumbent* deciderà di investire nelle nuove reti, queste non saranno in suo uso esclusivo, ma dovranno essere accessibili anche agli altri operatori dietro pagamento di un prezzo, perché esse rappresentano uno strumento indispensabile per fornire il servizio al cliente finale. Considerate queste premesse, se la regola asimmetrica obbedisse unicamente al primo obiettivo, il corrispettivo di questo accesso sarebbe

²⁶ T. PROSSER, *The limits of competition law. Markets and public services*, Oxford, 2005, pp. 237-246. L'Autore riconosce alle norme asimmetriche il compito, non solo di rimediare ai fallimenti del mercato, ma di incontrare le aspettative dei cittadini europei all'effettività dei diritti sociali, motivo che lo induce a sostenere la sopravvivenza della disciplina in oggetto anche a mercato riequilibrato. Da ultimo, sul contrasto tra i fini si legga anche: M. B. Nenova, *Defining regulatory objectives for contemporary electronic communications: between a rock and a hard place*, in *International Journal of Communications Law and Policy*, vol.112, 2008, pp. 274-312.

²⁷ OFCOM, *Regulatory challenges posed by next generation access networks. Public discussion document, 23 November 2006*, in <http://www.ofcom.org.uk/>, ID., *Next generation new build. Promoting higher speed broad band I new build housing developments, 16 th April 2008*, p. 5, nel suo sito web, in cui si propone all'autorità competente di dotare le nuove case di accesso alla banda larga approfittando della costruzione delle infrastrutture civili per le abitazioni.

²⁸ S. J. MARCUS - D. ELIXMANN, *Regulatory Approaches to NGNs: An International Comparison*, in www.si.unimich.edu/prc/papers 2007/800/Regulatory Approach to NGNs, pp. 1-32.

²⁹ Di recente, cfr.: F. KIRSCH - C. VON HIRSCHHAUSE, *Regulation of NGN: structural separation, access regulation, or no regulation at all?*, in *Communications & Strategies*, 2008, 69, pp. 64 ss.

determinato in ragione dei soli costi effettivi degli investimenti, non anche del relativo rischio, e quindi avremo una misura sbilanciata a favore degli altri operatori con la conseguenza che nessuno investirebbe nelle reti.

Dall'altro lato, la regola simmetrica deve promuovere gli investimenti nelle NGN, e qui va considerato che la propensione all'investimento non è un obbligo per l'imprenditore in un'area di libero mercato, quindi la sua domanda va anche sostenuta e incentivata, altrimenti cade.

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

a) La prima, la c.d. 'vacanza regolatoria'³⁰, introdotta nell'ordinamento tedesco³¹, comporta che l'*incumbent* sia esonerato dall'osservanza della regolazione *ex ante* per un certo periodo di tempo, in tal modo l'alleggerimento normativo sarebbe il corrispettivo per gli investimenti nelle NGN: vale a dire che chi investe deve poter contare sulla libera determinazione dei prezzi, non avendo certezza quanto alla domanda di nuovi servizi, data la novità della prestazione offerta all'utente. Terminato il periodo di vacanza, la regolazione asimmetrica riprenderà la sua vigenza, nel presupposto della perfetta coincidenza temporale della sospensione con il periodo necessario per ammortizzare gli investimenti.

Ma lasciando da parte le considerazioni economiche, sulle quali la relativa dottrina non è univoca, soffermiamoci sulle finalità di questa

³⁰ In proposito, cfr.: J. GANS - S. KING, *Access Holidays for Network Infrastructure Investment*, in *Agenda*, 10 (2), 2003, pp. 163-178;

³¹ In breve, la nuova legge tedesca sulle TLC esonerava per un tempo limitato l'ex-monopolista nazionale dall'osservanza della regolazione asimmetrica, limitatamente al mercato dell'accesso veloce a Internet (secondo tecnologia VDSL), giustificando la vacanza regolatoria in quanto unico incentivo all'operatore per gli investimenti nelle nuove tecnologie. Per le ragioni esposte nel testo la Commissione ha contestato questa posizione e ha avviato l'azione di infrazione contro la Germania (IP/07/05), che, invece, avendo mantenuto l'interpretazione della sua legge, è stata da ultimo deferita alla Corte di Giustizia. In proposito, cfr.: K. MATZIG, *The proposed regulatory reforms of the electronic communications sector in the EU and Germany - a cause of conflicts between the European Commission and the German Government?*, in *Communications*. l., 2006, pp.1-10.

ipotesi regolatoria³². Essa risponde esclusivamente alla preoccupazione dell'*incumbent* di assicurarsi un ritorno per il capitale rischio investito, ma non incontra anche la legittima aspettativa degli altri operatori di avvalersi della nuova rete, in quanto sul nuovo terreno di gioco saranno ammessi solo i possessori delle nuove reti, “This because there may be no wholesale products for other operators to purchase”³³. Quindi, la vacanza regolatoria non incrementerebbe la competizione, perché dà vita a un mercato a numero chiuso, cioè a un non mercato, dove l'*incumbent* è libero di trasferire la propria dominanza senza temere per la sua contendibilità con i concorrenti: esclusi a priori dalla gara, non a causa di una riserva di attività a favore dell'*incumbent*, ma per l'assenza dell'accesso garantito, condizione di effettività del loro diritto di iniziativa.

Questa soluzione, benché si risolve nell'eliminazione di una norma, equivarrebbe anche all'introduzione di una disposizione asimmetrica *in malam partem*, perché accentuerebbe la distanza tra l'ex monopolista e i nuovi entranti, regalando al primo l'eccezionale privilegio di monopolizzare anche il nuovo mercato. La preoccupazione che l'*incumbent* riproponga sulle NGN la sua dominanza è tutt'altro che remota, considerato che le nuove reti, favorendo la fornitura di servizi convergenti, saranno più appetibili da chi, sfruttando sinergie incrociate, potrà con un'unica rete offrire servizi multipli. Anche l'OECD ha espresso serie riserva in merito, invitando il regolatore a vigilare affinché ciò non accada; ritengo però che il regolatore non abbia strumenti adeguati per impedire tale rischio. A ciò non basterebbero le norme asimmetriche, a meno che non fossero completate da una normativa antitrust designata, non solo per settori distinti, cioè audiovisivo separato dalle telecomunicazioni, ma per macroaree economiche. Per essere più precisi, intendo dire che si

³² G. Monti, *Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law*, paper, London School of Economics and Political Science Law Department, *Society and Economy Working Papers* 8/2008, in http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPSS2008-08_Monti.pdf, a p. 14, dove l'A. individua le ragioni ostative alla “vacanza” nell'esigenza di assicurare l'uniformità e la coerenza regolatoria, altrimenti compromesse da sospensioni normativi decise dai singoli Stati: “A more general argument against regulatory holidays is that they lead to different regulation across the Member States, thereby harming firms that wish to invest in more than one Member State. The argument goes that if one wishes to promote pan-European telecommunications services, one should strive for regulatory uniformity”.

³³ OFCOM, *Regulatory challenges posed by next generation access networks. Public discussion document*, cit., a p. 22.

dovrebbero introdurre illeciti antitrust intersettoriali, cioè limiti quantitativi alle risorse economiche e tecniche da calcolarsi sull'intero comparto della comunicazione, da aggiungersi a quelli dei singoli settori; solo così si eviterebbe, grazie all'efficacia deterrente di una completa disciplina antitrust, che "Service convergence and the shift towards next generation networks could therefore contribute to the creation of additional bottlenecks and control points, which may need to be addressed by the regulator"³⁴.

Piuttosto sarebbe opportuno pensare a discipline asimmetriche benevole, cioè orientate a favore di chi è indietro nella gara, al fine di riallinearlo rispetto a chi è partito prima; a regole differenziate, che, da un lato, raffreddino la corsa dell'*incumbent*; dall'altro, accelerino quella degli altri operatori.

b) Parimenti non regge neanche l'altra ipotesi regolatoria, quella opposta alla "vacanza", diretta a riprodurre con un certo automatismo la regolazione *ex ante* pensata per un obiettivo unico, la promozione della concorrenza sulla medesima rete. Invero, essa risulterebbe inadeguata rispetto a finalità composite – incrementare il grado di competitività e promuovere gli investimenti nelle NGN – perché sbilanciata dal lato degli altri operatori, che potranno accedere alle nuove reti pagando un prezzo basso, in quanto calcolato sui soli costi e non anche sul rischio negli investimenti. Se venisse accolto questo modello regolatorio, nessun *incumbent* investirebbe nelle NGN, perché correrebbe un rischio non remunerato. L'inevitabile fuga dagli investimenti comporterebbe una stasi nella politica della concorrenza, bloccata sulla competizione tra servizi prestati da più operatori della medesima rete, impedendone l'evoluzione verso il modello di una "facilities based competition"³⁵ per mancanza di nuove reti concorrenti.

³⁴ OECD, *Convergence and next generation networks*, Rapporto presentato a Seoul, Korea, 17-18 giugno 2008, in occasione della Conferenza "OECD Ministerial Meeting on the Future of the Internet Economy", in <http://www.oecd.org>, a p. 9.

³⁵ Sul tema chiare le riflessioni di: J. Kittl - M. Lundborg - E. O. Ruhle, *Infrastructure-Based Versus Service-Based Competition In Telecommunications*, in *Communications & Strategies*, 64, 4th quarter, 2006, p. 66-88; V. KOC SIS - P. W. J DE BIL., *Network neutrality and the nature of competition between network operators*, in <http://www.springer.com>, pp. 1-28; J. M. BOWER, *Regulation and State Ownership: conflicts and complementarities in EU telecommunications*, in *Annals of Public and Cooperative Economics*, 2005, pp. 151-177.

La difficoltà dinanzi alla quale si troveranno le autorità di regolazione nazionale consisterà nell'individuare la misura di compromesso³⁶, di massima realizzazione possibile tra i due obiettivi, risultato non facile da conseguire.

La tesi dell'OFCOM – ripresa da ultimo con la consultazione del dicembre 2008 e ulteriormente sviluppata nel suo documento conclusivo del marzo 2009³⁷ – ci indica però una possibile via di uscita dalla strettoia: una regolazione *ex ante*, che da un lato assicuri l'*equal access* agli altri operatori, e dall'altro presti attenzione agli investimenti, proponendo un nuovo parametro di calcolo del prezzo di accesso, orientato a remunerare unitamente ai costi effettivi anche il rischio per gli investimenti efficienti³⁸. Questa ipotesi ha altresì incontrato il *placet* della Commissione Europea³⁹, che la ha suggerita alle autorità nazionali di regolazione come misura appropriata alla nuova situazione perché in grado di “strike a balance

³⁶ M. Cave, *Encouraging infrastructure competition via ladder of investment in Telecommunication*, in *Telecom. pol.*, 2006, 30, pp. 223-237, soffermandosi sull'individuazione delle misure più appropriate rimesse alle NRAs atte a incoraggiare gli operatori a progredire nella scala degli investimenti. Ma anche: H. GRUBER, *European sector regulation and investment incentives for broadband communication networks* in *papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=976887*, 2007, pp. 1-32; G. GUTHRIE, *Regulating Infrastructure: The Impact on Risk and Investment*, in *Journal of Economic Literature*, 44, 2006, pp. 925-972.

³⁷ OFCOM, *Delivering super-fat broadband in the UK*, 3 marzo 2009, in <http://www.ofcom.gov.uk>, dove il regolatore inglese stressa sulla necessità di introdurre poco più che una *light regulation* limitatamente ai prezzi dei prodotti sul mercato all'ingrosso (quello dell'accesso alla banda larga su rete di rame), perché trattandosi di reti future, quindi di una domanda futura, non è dato anticipare ragionevoli previsioni su di essa e quindi è preferibile rimettere i prezzi all'andamento del mercato, con il solo correttivo del loro orientamenti ai costi, come detto nel testo (in part. a pp. 54 e 59).

³⁸ Per intenderci sono tali quelli che gioveranno alla collettività, in proposito cfr.: W. Distaso - P. Lupi - F.P. Manetti, *Static and Dynamic Efficiency in the European Telecommunications Market. The Role of Regulation on the Incentives to Invest and the Ladder of Investment*, in <http://ssrn.com/abstract=131931>.

Commissione Europea, *Draft Commission Recommendation of “on regulated access to Next Generation Access Networks”*, C (2008), a p. 3, in part. i *Cons.a 5* e 6 tra i *General Principles*), nonché il suo *Explanatory note*, a p. 17, reperibili entrambi in http://ec.europa.eu/information_society/

³⁹ Commissione Europea, *Draft Commission Recommendation of “on regulated access to Next Generation Access Networks”*, C (2008), a p. 3, in part. i *Cons.a 5* e 6 tra i *General Principles*), nonché il suo *Explanatory note*, a p. 17, reperibili entrambi in <http://ec.europa.eu/>

between providing adequate incentives for companies to invest (implying a sufficiently high rate of return), while at the same time promoting efficiency and suitable competition and maximising consumer benefits”.

6. Regno Unito e Italia: un insostenibile confronto

A questo punto del lavoro ritengo opportuno riportare alcuni dati ufficiali relativi alla penetrazione della banda larga in Italia e confrontarli con il livello medio statistico europeo, perché è la situazione reale del divario digitale, cioè dell'esclusione di alcune aree del paese dall'accesso alla banda, a rappresentare la variabile di una scelta politica: un intervento statale principale o uno complementare con quello privato.

Ecco i dati: in Italia la banda larga copre appena il 40% delle famiglie e il divario digitale raggiunge il 12% della popolazione, vale adire il 7,5 milioni di cittadini è privo di connessione veloce a internet⁴⁰. Il nostro tasso di penetrazione, il 19%, è quindi sensibilmente inferiore alla media europea, che è pari al 22,9 %⁴¹; in termini comparativi pertanto, noi siamo agli ultimi posti nella classifica dell'OECD⁴², precisamente al 17°, mentre, ad esempio, la Gran Bretagna è al 3°.

Per una lettura completa della situazione di fatto, a questi dati vanno aggiunti almeno due ulteriori elementi. L'inerzia italiana negli investimenti pubblici, dato ormai cronico, non è stata compensata da un'attiva iniziativa degli operatori privati, perché il nostro dominante, la Telecom, non avendo competitori capaci di erodere il suo potere di mercato, non ha speso nel migliorare la rete, né nell'estendere la banda larga fino alle zone remote. Diversa è la situazione del Regno Unito⁴³, dove la *British Telecom* si deve

⁴⁰ Dato tratto dal rapporto F. Caio, *Portare l'Italia verso la leadership europea nella banda larga. Considerazioni sulle opzioni di politica industriale. Presentazione sulle conclusioni del progetto al Ministero dello Sviluppo Economico – Comunicazioni*, 12 marzo 2009, a p. 38, in http://www.comunicazioni.it/ministero/ufficio_stamp/communicati_stamp/pagina214.html.

⁴¹ I dati sono tratti da: Commissione Europea, *Progress report on the single European electronic Communication market, (14th REPORT), COM(2009) 140 final*, a p. 174, in http://ec.europa.eu/community_law.

⁴² OECD, *Broadband Portal*, in <http://www.oecd.org/sti/ict/broadband>.

⁴³ Per una analisi puntuale della situazione anglosassone, da me sintetizzata nel testo, si legga il rapporto ufficiale di F. Caio, *The Next Phase of Broadband U.K. Action*

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

Il secondo fattore non trascurabile riguarda la politica di utilizzazione dello spettro radio: noi fino a oggi abbiamo mantenuto ferma la corrispondenza biunivoca frequenza/tipologia del servizio⁴⁴, per cui anche le frequenze liberate a seguito della conversione del segnale televisivo da analogico in digitale saranno tendenzialmente negate a priori all'operatore di telefonia mobile, potenzialmente interessato alle stesse per coprire con la banda larga in tecnica *wireless* zone del paese difficilmente raggiungibili dalla rete fissa. Il nostro Governo ha avallato, con il suo silenzio, la scelta dell'A.G.Com. di restituire le frequenze residue al comparto dell'audiovisivo con una delibera discutibile⁴⁵, non solo per la sua inidoneità a riequilibrare le iniziali posizioni di disparità tra grandi e piccoli operatori televisivi, destinando le neo frequenze anche ai due dominanti dell'analogico⁴⁶, ma altresì per la sua contrarietà col principio della

now for long term competitiveness. Review of Barriers to Investment in Next Generation Access, Final Report, September 2008, in <http://www.berr.gov.uk/files/file47788.pdf>, p. 7. Questo rapporto, commissionato un anno fa' dal Governo britannico, sembrerebbe aver avuto maggiore fortuna nel Regno Unito rispetto al corrispondente atto reso al Governo Italiano; lo dimostra il fatto che i suoi consigli sono stati ampiamente accolti e assunti come punti prioritari dell'agenda politica, come si legge nell'*Interim Report*, sopra citato.

⁴⁴ Per una panoramica dei vizi e delle poche virtù del nostro sistema di ottimizzazione "al ribasso" dello spettro frequenziale, si leggano le lucide osservazioni di N. D'Angelo, *Dividendo digitale. Cosa fa l'Europa, cosa non ha fatto l'Italia*, in www.la-rete.net.

⁴⁵ Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, *Delibera 181/ 09/Cons*, in www.agcom.it. Critiche su altri profili dell'atto, a esempio, sulla sua discontinuità rispetto al sistema comunitario concorsuale di assegnazione delle frequenze, nella delibera convertito nel *beauty contest*, si veda l'intervista a N. D'Angelo di G. Campesato, pubblicata in *Corriere delle comunicazioni*, del 6/4/09, a p. 15.

⁴⁶ Cfr.: G. De Minico, *Banda larga e tv digitale: c'è un futuro per i nuovi diritti sociali?*, in *Europa*, 28 maggio 2009, a p.8.

neutralità tecnologica⁴⁷. Questa anomalia tutta italiana⁴⁸ va nella direzione opposta rispetto alla politica di ottimizzazione dello spettro, sostenuta sebbene con qualche incertezza dalla Commissione Europea, che in sede di revisione del pacchetto Direttive ha difeso l’allocazione promiscua delle frequenze liberate in modo da non precluderne un impiego complementare alla rete fissa in vista dell’azzeramento del divario digitale.

Anche su questa questione ricordiamo la diversa posizione del Governo Britannico⁴⁹, che ha destinato una parte della banda, recuperata dalla digitalizzazione del segnale televisivo, alla telefonia mobile, i cui gestori, selezionati secondo procedure comparative, concorrono nella ripartizione del c.d. “dividendo digitale esterno” da impiegare per coprire in banda larga luoghi remoti o scarsamente popolati disertati dalla rete fissa⁵⁰.

⁴⁷ In proposito, cfr: R. W.Hahn - R.E Litan - H.J. Singer, *The economics of ‘wireless net neutrality’*, in *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 3(3), 2007, pp. 399-451; da ultimo, anche: U. Kannecke - T.Korber, *Technological neutrality in the EC regulatory framework for electronic communications: a good principle widely misunderstood*, in *European Competition Law Review*, vol. 29, n. 5, 2008, pp. 330-337.

⁴⁸ Al momento in cui si scrive è ancora in corso di elaborazione da parte dell’A.G.Com. il piano di assegnazione delle frequenze in tecnica digitale e quindi non si può già dire se resiederà o meno un dividendo digitale esterno, cioè da ripartire tra gli operatori del mobile. Comunque il tenore della Delibera 181/09/Cons prima citata, atto prodromico al piano, lascia proprio intendere per una sua inesistenza. In tal caso i rilievi di legittimità espressi nel testo rimangono fermi.

⁴⁹ Department for Culture, Media and Sport and Department for Business, Innovation and Skills, *Digital Britain, The Interim Report*, cit., a p. 55, dove il Governo dedica l’azione numero 6 agli operatori del mobile, trattando a punto 2 la questione della gestione ottimale dello spettro radio: “Making available more radio spectrum suitable for next generation mobile services. OFCOM has proposed the release of the so-called 3G expansion band at 2.6 GHz. The Government will support proposals from OFCOM to play a key role in a pan-European alignment of the digital Dividend Review Spectrum (the so-called Channel 61-69 band), being released by the progressive switchover from analogue to digital broadcasting, pioneered by the UK. This will free up radio spectrum particularly valuable for next generation mobile services”.

⁵⁰ Un’attenta riflessione si deve a M. Cave - K. Hatta, *Universal service obligations and spectrum policy*, in *Info*, vol. 10, n. 5/6, 2008, pp. 59-69, in part. a p. 66, gli Autori individuano, tra le misure regolatorie incentivanti l’utilizzazione ottimale delle frequenze, il loro prezzo d’asta, da calcolarsi sul parametro dell’“opportunity cost”, inteso quest’ultimo come “the cost of providing the alternative service in the production of which the spectrum would most efficiently be used if it were not

In sintesi, i nostri governanti non solo non hanno finora investito alcunché, ma hanno altresì impedito il concorso virtuoso tra le diverse piattaforme trasmissive nella copertura del divario digitale, noncuranti del preoccupante ritardo italiano rispetto agli Stati avvantaggiati dal fatto di poter contare sulla competizione tra operatori e piattaforme.

Nonostante la situazione italiana sia a mio giudizio molto distante da quella inglese, il nostro Governo sembra volersi ispirare al modello di intervento pubblico di Gordon Brown, nell'errata convinzione che siano uguali le rispettive situazioni di partenza.

Nell'*Interim Report* il Governo britannico si è impegnato ad assicurare la banda larga entro il 2012 a tutti i suoi cittadini, contando dunque di coprire le cc.dd. zone bianche o grigie con aiuti di Stato conformi col diritto comunitario, trattandosi di zone non altrimenti raggiungibili dall'iniziativa privata⁵¹. Quindi, il Governo ha avviato un'azione di sostegno finanziario complementare coi piani di investimento privati, giocando un ruolo di attore secondario, residuale, limitatamente ai sussidi, non essendovi la necessità di fare di più. Lo stesso Governo non ha però esitato a ricorrere a ulteriori misure di politica economica a sostegno della banda larga, lì dove ne ha ravvisato la necessità. Così è intervenuto sull'offerta, con la ricordata liberalizzazione delle frequenze a vantaggio del *wireless*, e parallelamente sulla domanda con puntuali programmi di alfabetizzazione informatica, rimessi già da tempo alla *mission* educativa della *British Broadcasting Corporation*.

employed a sit currently is". In tal modo l'operatore avrà tutto l'interesse a impiegare effettivamente per la fornitura della banda larga pur di rientrare nei costi.

⁵¹ I casi più emblematici sono: lo Yorkshire e la Scozia, che, pur nella diversità delle soluzioni gestorie finali, riconfermano la natura suppletiva, residuale, come si diceva nel testo, dell'intervento pubblico, trattandosi rispettivamente di *grey e white zones*. Nel primo caso la rete finanziata dalla Stato diventa di sua proprietà, più precisamente di un organismo pubblico lo *Special Purpose Vehicle*, che la deve mettere a disposizione in termini di capacità trasmissiva ai privati fornitori di servizi; nel secondo la rete rimane di proprietà del privato beneficiario del finanziamento, tenuto a compensazione ad assicurare l'accesso all'ingrosso agli altri operatori. Cfr.: European Commission, *C (2007) 471 final, State aid N 746/2006 – United Kingdom NYNET North Yorkshire Advanced Broadband Project*, in http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2006/n746-06.pdf; European Commission, *C(2008) 1623 final, State aid N 14/2008 – United Kingdom. Broadband in Scotland – Extending Broadband Reach*, in http://ec.europa.eu/competition/sectors/telecommunications/broadband_d.

Il nostro attuale governo sembrerebbe voler imitare l'azione inglese solo nel primo *step*, cioè quanto alla natura complementare dell'intervento finanziario pubblico, perché nei due passi successivi o si è mosso nella direzione opposta a quella inglese o ha preferito assumere un atteggiamento inerte.

A me sembra che un'azione pubblica di tipo residuale, se ben si adatta al Regno Unito, non fa invece al caso nostro, rispetto al quale occorrerebbe rovesciare la logica dell'intervento statale, da secondario a primario, in modo da restituire al Pubblico un ruolo strategico, non solo nell'impegno di spesa, quanto nella definizione della gestione delle nuove reti. In questa situazione sarebbe un grave errore, se lo Stato delegasse ai privati la decisione del se, come, quando e dove investire nella banda larga, scelte, queste, di *public policies*, che, presupponendo una visione sistemica e di lungo periodo, esulano dalla disponibilità *iure privatorum*⁵². Riservare allo Stato il compito di decidere tempi e modalità del nuovo corso dello sviluppo economico, che vuole sfidare i vecchi miti del liberalismo classico per affermare modelli economici compatibili con le preoccupazioni di solidarietà sociale, può significare varie cose.

a) In primo luogo, per le ragioni esposte prima l'investimento dovrà essere prevalentemente pubblico e generoso nel *quantum*, il che incontrerebbe il favore della Commissione europea, che ha di recente aperto una parentesi di riflessione sulla politica in tema di aiuti di stato⁵³. Il

⁵² F. Caio, *Portare l'Italia verso la leadership europea nella banda larga. Considerazioni sulle opzioni di politica industriale. Presentazione sulle conclusioni del progetto al Ministero dello Sviluppo Economico – Comunicazioni*, cit., dove il consulente del Governo italiano rileva l'impraticabilità di una politica di sviluppo della nuova rete di accesso affidata a investimenti prevalentemente privati, stante l'indisponibilità dei gestori a rischiare denaro su progetti con ritorni incerti e di lungo periodo. Va poi considerato il suo "impatto sulle dinamiche competitive e sul quadro regolatorio, il notevole sforzo di pianificazione e coordinamento sul territorio (per scavi e pose di nuove fibre), la necessità di un coinvolgimento di più attori per il coordinamento di processi un tempo gestiti all'interno di un unico soggetto (l'operatore ex-monopolista)", fattori questi, che presuppongono una regia necessariamente statale.

⁵³ Vedi la recentissima consultazione della Commissione Europea, *Community Guidelines for the application of state aid rules in relation to rapid deployment of broadband networks*, nel suo sito istituzionale.

concetto stesso di aiuto è in corso di radicale revisione⁵⁴, stretto nella nozione statica e atemporale elaborata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia⁵⁵, flette ora verso una dimensione dinamica, che sappia tenere insieme le preoccupazioni competitive con l'opportunità di un intervento pubblico, non necessariamente vincolato al fallimento di mercato. In altri termini, il nuovo corso della politica europea apre a forme di supporto pubblico legittimate a intervenire anche in presenza di imprese private pronte a investire, in questo caso però il valore aggiunto dell'aiuto sarà misurabile, in termini, non più di indispensabilità della prestazione, bensì di suo maggiore pregio per copertura o per rapidità di banda. Ovviamente, la valutazione andrebbe condotta con molta cautela: l'aiuto sarebbe subordinato all'obbligo di rendere disponibile la rete agli altri operatori al fine di consentire loro di "pianificare gli investimenti futuri senza subire reali svantaggi concorrenziali". Detto obbligo, a differenza di quelli asimmetrici prima esaminati, è posto a garanzia della "non distorsività" dell'aiuto rispetto alla dinamica competitiva; esso infatti, rimanda a una relazione sinallagmatica tra l'impresa beneficiaria dell'aiuto e la Commissione, il che potrebbe comportare la risoluzione dell'aiuto e la conseguente restituzione dell'apporto finanziario per grave e reiterato inadempimento dell'obbligo di accesso. A conferma della sua estraneità alla logica delle regole asimmetriche si considerino tre ulteriori circostanze: la Commissione non ne affida l'imposizione alle Autorità nazionali, competenti invece sulle seconde; ha presupposti autonomi da

⁵⁴ Un'anticipazione si legge già in J.P. Van Der Veer, *Is the market failing? the commission's assessment of state aid to broadband networks*, in *European Competition Law Review*, vol. 29, n. 6, 2008, pp. 363-366.

⁵⁵ Si vedano: Corte di Giustizia, *Regno del Belgio. Commissione*, causa C-142/87, 21 marzo 1990, in *Racc.*, 1990, I, pp. 959 ss.; Id., *Regno di Spagna c. Commissione*, cause riunite C-279/92 e C-280/92, 14 settembre 1994, in *Racc.*, 1994, I pp. 4397 ss.; Id., *Almark Trans GmbH, Regierungspräsidentin Magdeburg c. Nahverkehrsgesellschaft Almark GmbH*, causa C-280/00, 24 luglio 2003, in *Racc.*, 2003, I, pp. 7747 ss. In quest'ultima pronuncia la Corte fa chiarezza sulle condizioni di licità dell'aiuto, sintetizzabili nell'elenco che segue: 1) preventiva selezione dell'impresa beneficiaria in base a una procedura concorsuale; 2) imposizione alla medesima di obblighi sociali; 3) indispensabilità della sovvenzione pubblica per provvedere a un fallimento di mercato; 4) proporzionalità tra vantaggio sociale diffuso e danni all'equilibrio competitivo; 5) obbligo di restituzione del contributo eccedente, qualora vi sia, per evitare indebiti vantaggi competitivi a favore dell'impresa beneficiaria.

quelli legittimanti la misura asimmetrica⁵⁶, infine, esso si giustificerebbe prioritariamente nei confronti delle regioni europee in ritardo nel compimento del loro progetto di inclusione sociale. Insomma, questa insolita elasticità di Bruxelles in tema di aiuti sembrerebbe proprio scritta per noi, nel caso volessimo approfittarne.

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

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

6. I nodi problematici dei modelli di governo della banda larga.

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

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

6.1. Il modello pubblico. Nel caso in cui lo Stato decidesse di coprire integralmente i costi necessari alla realizzazione della banda larga, spetterà a esso anche il momento successivo: il governo della rete tramite un soggetto pubblico. Quest'ultimo si limiterà a negoziare con i fornitori dei servizi la capacità trasmissiva della rete, essendogli precluso l'intervento

⁵⁶ A mio avviso si potrebbe anche sostenere il cumulo degli obblighi, sempre che ricorrano i presupposti di entrambe le discipline.

nei traffici sul mercato al dettaglio, cioè non dovrà a sua volta fornire il servizio di connessione all'utente finale. Il vantaggio del gestore "neutrale" è il suo essere antitetico all'operatore verticalmente integrato, presente contemporaneamente sul mercato all'ingrosso, come venditore di input di rete agli altri operatori, e su quello al dettaglio, come fornitore dei servizi al cliente. L'*incumbent* della vecchia rete, infatti, vive una condizione fisiologica di conflitto di interessi che neanche le regole asimmetriche comportamentali sono riuscite a neutralizzare⁵⁷. Esse infatti lo obbligano a mettere a disposizione degli altri operatori la sua rete alle medesime condizioni riservate alle proprie divisioni commerciali⁵⁸, pretendendo così di mimare un mercato effettivamente competitivo. Ma *l'equal access* tra i clienti indipendenti e le sue divisioni commerciali, risultato di questa funzione giuridica, non equivale affatto all'affidamento della rete a un gestore estraneo alle negoziazioni sul mercato a valle. Infatti, mentre per l'operatore integrato il rispetto formale del principio della parità di trattamento non gli impedirà di praticare agli operatori indipendenti condizioni peggiori di quelle riservate a se stesso al fine di ridurre la pressione competitiva sul mercato a valle⁵⁹, per il gestore pubblico neutrale le domande di accesso alla rete saranno effettivamente tutte uguali a prescindere dalla provenienza soggettiva, perché non avrebbe motivo di

⁵⁷A conferma ulteriore dell'indoneità dei rimedi comportamentali a compensare la dominanza dell'operatore verticalmente integrato si consideri che nell'esperienza italiana, l'operatore dominante, la Telecom, pur rispettando formalmente la normativa sui rimedi, è stato più volte sanzionato dall'Antitrust per abuso di posizione dominante (tra i tanti, cfr. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Prov. 351/2004*, del 16/11/04, in *www.agcm.it*). Ebbene, se la norma asimmetrica fosse stata davvero efficace, avrebbe avuto un effetto deflativo sull'applicazione della normativa antitrust in forza della sua funzione *pre-emptive* rispetto alla normativa antitrust, evitando quindi la consumazione dell'abuso. Il fatto che ciò non sia accaduto conferma l'inutilità dei soli rimedi comportamentali in situazioni di deficienze strutturali di mercato insanabili perché dovute all'unicità della rete, all'essere *essential facility*, e alla sua titolarità in capo all'*incumbent*.

⁵⁸In termini generali quanto alla struttura e alle differenze tra le regole asimmetriche comportamentale e quelle strutturali, sia consentito il rinvio a: G. De Minico, *La sfida europea sulle telecomunicazioni: autori, regole, obiettivi*, in A. Pace - R. Zaccaria - G. De Minico (a cura di), *Mezzi di comunicazione e riservatezza*, Jovene, 2008, in part. pp. 164-168.

⁵⁹Rilevi critici all'inadeguatezza dei soli rimedi comportamenti furono esposti dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Relazione sull'attività svolta (anno 2004)*, Roma, 2005, pp.14-15.

favorirne una a discapito di un'altra, dipendendo il suo guadagno dalle entrate connesse all'utilizzazione ottimale della rete.

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

Si riproporrebbero insomma problemi simili a quelli affrontati agli inizi degli anni '70 dalla Corte Costituzionale, quando, nel tentativo di isolare la Rai dall'ingerenza del Governo, invitò il legislatore a disegnare in direzione filo-parlamentare *governance* ed etero-controllo del monopolista dell'etere. L'involuzione della parlamentarizzazione nell'occupazione partitica della Rai dimostrò che il sistema non era in sé sbagliato, cioè il *vulnus* non era nell'aver spostato la regia dall'Esecutivo al Parlamento, bensì nelle sue modalità attuative, rimesse alla Commissione di vigilanza, vittima della colonizzazione partitica. Quindi, se vogliamo recuperare da quella esperienza un positivo utile ai nostri fini, gli organi amministrativi e di controllo del gestore pubblico dovrebbero essere nominati dall'intero *plenum* assembleare di ciascuna Camera a maggioranza qualificata, previo scrutinio delle candidature secondo procedure competitive di confronto pubblico dei *curricula*, già note da tempo all'esperienza statunitense delle *hearing*, che precedono le nomine dei commissari delle *Independent Regulatory Commissions*⁶⁰. Così come alla medesima assemblea parlamentare dovrebbe spettare la predisposizione anticipata di linee guida, ben più puntuali di quelle elaborate dalla Commissione di vigilanza, dirette a orientare la gestione della nuova rete a quegli obiettivi strategici che costituiscono la ragione di fondo dell'investimento statale nella nuova piattaforma trasmissiva.

⁶⁰ La necessità di disegnare meccanismi di nomine neutrali accomuna soggetti costituzionali e non, investiti di compiti di garanzia o di controllo, che, come tali, richiedono l'indipendenza genetica dalla maggioranza politica di turno; in tema sempre attuali le lucide riflessioni di M. Manetti, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994, in part. a pp. 226-228.

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

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

La soluzione del partenariato pubblico-privato funzionerebbe, ma a una condizione: la regìa dell'intera operazione – dal disegnare la fisionomia del futuro gestore all'orientarne l'azione verso l'integrazione territoriale e l'inclusione sociale – deve rimanere allo Stato. Questo infatti, si avvale dei privati, preferibilmente nella loro dimensione collettiva, per lo svolgimento di un'attività di interesse generale, sempre che i suoi delegati siano all'altezza dei compiti loro affidati. Se la sussidiarietà è una relazione di ausilio del privato allo Stato, a questo spetterà decidere se e a quali condizioni condividere il lavoro con i privati, guidandone in anticipo gli sviluppi e, se del caso, intervenendo per riallinearlo ai fini sociali⁶¹.

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

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

⁶¹ Problemi analoghi ricorrono ogni qual volta lo strumento negoziale venga impiegato per realizzare *public policies*, è il caso, a esempio, dell'autoregolazione promossa a fonte di produzione del diritto. In proposito, cfr.: G. De Minico, *Regole, Comando e consenso*, Torino, 2005, in part il cap. IV; una diversa lettura al problema è suggerita da D. Siclari, *Contributo allo studio della sussunzione legislativa di regole formate dai privati*, in *Studi in onore di Vincenzo Arripaldi*, in corso di pubblicazione, paper provvisorio in www.astrid-online.it.

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

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

Un riferimento da cui partire è offerto dall'art. 2351, co. 3, del c.c., che fissa un tetto massimo ai diritti di voto in ragione del possesso azionario concentrato nelle mani di uno stesso soggetto⁶². Si potrebbe obiettare però che l'art. 2351 parla di limiti, mentre il “voto capitario” va oltre la nozione di “tetto massimo”, essendo la misura estrema che azzera ogni proporzionalità tra potere gestorio e rischio d'impresa. I soci conterranno tutti allo stesso modo quando si dovranno prendere decisioni di politica aziendale: il volere dell'operatore che abbia conferito l'intera sua rete varrà quanto quello di chi abbia rischiato porzioni meno significative. Si potrebbe ancora obiettare che la disposizione ricordata rappresenta il limite estremo, invalicabile all'autonomia statutaria, mentre il voto “capitario” è un vero e proprio ribaltamento della logica di mercato, secondo cui conta di più chi rischia di più. Ma la disposizione eccezionale sarebbe legittima sia in forza del titolo introduttivo, una legge speciale in deroga alla disciplina primaria del 2351 in linea dunque con quanto il principio di gerarchia delle fonti esige, sia in virtù di un'adeguata

⁶² I profili di diritto commerciale esulano dalla mia competenza, tra i commenti alla norma dopo la novella, tra gli altri, si vedano: A. Angelillis - M. L. Vitali, *Commento agli artt. 2346-2362 c.c.*, in M. Notari (a cura di), *Azioni*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L. A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2008, pp. 440 ss, con ampi riferimenti dottrinali.

giustificazione della deviazione dal modello generale. Qui però tale *ratio*, a differenza di altri esempi di voto equordinato, non incontra l'esigenza di difendere le minoranze azionarie dalla dominanza del capitale di comando, arginandolo con misure di limitata sterilizzazione del voto, tendendo piuttosto ad assicurare il diritto di tutti gli operatori-soci di accedere alla nuova rete a condizioni di equiordinazione. Gli azionisti di minoranza, cioè i piccoli operatori di rete, non sono protetti in quanto tali – altrimenti saremmo ancora nello schema privatistico diretto a garantire equilibri ponderati nel governo della società⁶³ – ma come aspiranti all'accesso alla rete. Assicurare loro la *par condicio* nell'amministrare la rete diventa la condizione necessaria per garantire la parità di accesso e con essa l'eliminazione dei vantaggi competitivi ingiustificati dell'*incumbent* nel mercato al dettaglio. Se tutti gli operatori acquistano la propria rete alle medesime condizioni, nessuno di essi godrà di un privilegio competitivo nella relazione con l'utente finale. La perfetta equiordinazione nel voto assicurerà una gestione neutrale della rete rispetto alle domande di acquisto della capacità trasmissiva provenienti prevalentemente dai soci stessi. Se non si vuole riproporre all'interno della società di gestione il rapporto negoziale asimmetrico tra *incumbent*, proprietario della rete e acquirenti dell'accesso, si dovrà imporre per via eteronoma una fisionomia di tipo cooperativo alla società di capitali incaricata della gestione della nuova rete. Diversamente, lo squilibrio negoziale oggi intercorrente tra le parti del contratto di accesso permarrà, pur trasferendosi su un diverso piano, quello delle relazioni intersociali obbedienti al criterio di misurazione *pro capitale* dei diritti di voto.

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

b) Passiamo ai poteri dinamici. Si è detto che il legislatore non si limiterà a incidere sul governo interno della società, riservando allo Stato

⁶³ Spiega bene questa logica L. Calvosa, *La partecipazione*, cit., p. 16.

anche il potere di direzione, e ciò crea un vero e proprio *vulnus* all'autosufficienza della società, che si dovrà conformare alle indicazioni di politica aziendale impartitele dallo Stato, cioè da un soggetto estraneo ai suoi organi di autogoverno.

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

7. Conclusioni

Chiudiamo l'indagine in punto di diritto con una rapida rassegna sui provvedimenti del Governo italiano in questo campo.

La lista è lunga, ma conta più omissioni che azioni: ha chiuso per alcuni mesi nel cassetto il rapporto Caio⁶⁴; ha bruciato i soldi previsti nella finanziaria 2008⁶⁵, non ha investito nell'alfabetizzazione informatica⁶⁶, non

⁶⁴ Sulle ragioni del tacere – soprattutto se confrontato con la tempestiva pubblicazione dell'analogo rapporto da parte del Governo inglese – si legga un articolo di stampa quotidiana di G. De Minico, *Banda larga. Governo stretto. Internet aspetta*, in *Manifesto*, 14 aprile 2009, p. 12.

⁶⁵ Lo stanziamento per le infrastrutture di comunicazione elettronica (art. 2) disposto dalla L. 24 Dicembre 2007, n. 244, in G.U. n. 300/2007 (Legge finanziaria del 2008), è stato successivamente abrogato dal d.l. 27 maggio 2008, n. 93, recante «Disposizioni urgenti per salvaguardare il potere di acquisto delle famiglie», conv. in legge n.126/2008, che (art. 5) ha impiegato tali somme per coprire il mancato introito dovuto all'eliminazione dell'ICI.

⁶⁶ Solo per segnare una distanza si legga il recente programma del Governo francese, *France Numérique 2012. Plan de développement de l'économie numérique*, in www.francenumerique2012.fr, 20/10/2008. Esso articola l'azione pubblica lungo due direttrici: incentivare l'offerta di nuovi contenuti digitali, quali i nuovi servizi informatizzati dell'amministrazione, e vincere l'analfabetizzazione informatica. Su quest'ultimo versante il piano (a p. 48 e ss e a p. 52 ss.) si impegna ad arricchire l'offerta scolastica pubblica con le “compétences qui sont devenues aujourd'hui

ha previsto regole incentivanti gli investimenti degli operatori di telefonia mobile nella banda⁶⁷; ha finalmente stanziato, dopo stralci e un'estenuante navetta parlamentare⁶⁸, 800 mila euro per la banda larga, cifra irrisoria rispetto a quanto preventivato dal consulente governativo⁶⁹; non ha conformato il modello di gestione privata delle nuove reti⁷⁰ all'effettiva apertura alla concorrenza; ha annunciato un discreto piano di e-

indispensables pour réussir son insertion professionnelle et sociale”; nonché si inventa la figura professionale degli “ambassadeurs du numérique” per assistere nei percorsi di ICT le piccole e medie imprese. E qualora si nutrissero ancora dubbi sul fatto che la Francia abbia promosso la banda larga a dignità di nuovo diritto fondamentale, espressamente riconosciuto in questi termini nel piano (a p. 10), si rifletta che la sua enunciazione è stata concretizzata da misure finanziarie in questa direzione quali, a esempio, forme di cooperazione a investire tra Stato e comunità territoriali per la costruzione addirittura delle comunicazioni a *très haut débit*. Vedi per questo ulteriore passaggio il Conseil Economique, Social et Environnemental, *Avis*, 16/2/2009, in <http://www.conseil-economique-et-social.fr/rapport/doclon/09021603.pdf>.

⁶⁷ Vedi quanto diffusamente illustrato nel paragrafo 6 di questo scritto.

⁶⁸ Leg. XVI - Disegno di legge Atto S. N. 1082-B, approvato definitivamente il 26 maggio 2009, recante: “Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile”. L’art. 1 dispone che il Governo individui “un programma di interventi infrastrutturali nelle aree sottoutilizzate necessari per facilitare l’adeguamento delle reti di comunicazione elettronica pubbliche e private all’evoluzione tecnologica [...]”. Al relativo finanziamento si provvede con una dotazione di 800 milioni di euro per il periodo 2007-2013 a valere sulle risorse del fondo per le aree sottoutilizzate”.

⁶⁹ F. Caio, *Portare l'Italia verso la leadership europea nella banda larga. Considerazioni sulle opzioni di politica industriale*, cit., in part a p. 45, dove si prevede che: “Il piano può essere completato entro il 2011 se avviato entro il giugno del 2009” con un “investimento stimato di 1,2-1,3 Miliardi di Euro”. Quindi, una cifra molto distante dagli 800 mila stanziati dal Governo.

⁷⁰ Vice-ministro, P. Romani, *Audizione* disposta dalle Commissioni riunite IX Camera e 8 Senato, 8 giugno, XVI Leg., in <http://www.radioradicale.it/scheda/280954/commissioni-trasporti-poste-e->; mancano infatti nell’audizione del vice-ministro riferimenti alla conformazione del partenariato pubblico-privato nella direzione da noi prima suggerita, il che non offre alcuna garanzia di idoneità del modello cooperativo pubblico/privato in assenza di una precisa ripartizione dei compiti tra Stato e gestori privati. Né indicazioni più puntuali si traggono dal generico richiamo alle “reti aperte alla concorrenza”, condizione progettuale alla quale il Governo subordina il finanziamento del contratto di partenariato (così disegno di legge, Atto S. n. 1082-B, cit., art. 1) al punto che non esiterei a definirlo un partenariato sbilanciato a favore dell’iniziativa privata, cioè una sorta di “delega in bianco” ai gruppi privati di interesse.

*government*⁷¹, che rischia di rimanere una promessa mancata in difetto di banda adeguata. In sintesi, non ha puntato sulla banda larga, né come servizio universale⁷², titolo di nuovi diritti sociali in un’ottica solidale, né come volano per uscire dalla crisi e recuperare in competitività internazionale⁷³.

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

⁷¹ Governo Italiano, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministro per la pubblica amministrazione e l’innovazione, *Piano di E-Government 2012*, dicembre 2008, in www.ministeroperlapubblicamministrazioneinnovazione.it.

⁷² Per sottolineare la distanza tra l’esistenza solo su carta di nuovi diritti universali e la previsione di politiche coerenti con l’effettività dei diritti affermati, si veda: Department for Culture, Media and Sport and Department for Business, Innovation and Skills, *Digital Britain. Final Report*, Giugno 2009, in <http://www.culture.gov.uk/images/publications/digitalbritain-finalreport-jun09.pdf>, ap. 227. Il Governo inglese ha di recente chiuso la consultazione, di cui si è ampiamente parlato nel par. 3, programmando passi ulteriori verso la concretizzazione dell’universalità del servizio anche grazie all’imminente creazione di un nuovo corpo “the Network Design and Procurement Group – at arm’s length from central Government”.

⁷³ Si leggano in proposito le chiare parole di L. Waverman, *Economic Impact of Broadband: An Empirical Study*, in www.connectivityscorecard.org/images/uploads/media/Report-BroadbandStudy-LECG-March06.pdf, p. 9: “The results from our study show that broadband – the ultimate melding of the telephone line... can have significant payoffs in terms of increasing productivity and economic growth”.