

I nuovi diritti e le reti. Verso nuove disuguaglianze?

di Giovanna De Minico*

(Relazione al Forum Comunicazioni "Agenda digitale italiana", Roma, 18 gennaio 2011)

Prediligerò un'esposizione concreta a una teorica per illustrare la storia di tre diritti nati dal progresso tecnologico: il diritto dei cittadini alla connessione veloce a internet; il diritto degli operatori di telecomunicazioni (d'ora in poi TLC) di accedere alle nuove reti in fibra ottica (acronimo anglosassone: NGN); il diritto degli *Internet service provider* di veicolare in condizioni di parità reciproca le loro prestazioni ai cittadini-utenti.

Vedremo se si tratta di diritti attuati o di semplici promesse per le generazioni future.

Un filo rosso tiene insieme le tre situazioni soggettive: il loro punto di origine, l'incessante evoluzione tecnologica, che ha convertito l'originaria corrispondenza mezzo-servizio nella unicità e polivalenza dello strumento trasmissivo, ormai idoneo a diffondere suoni, dati, immagini, comunicazioni interpersonali, destinate a un cittadino, a sua volta, abile a riceverle da uno stesso terminale. Si semplifica dal lato dell'offerta del prodotto comunicativo, si semplifica dal lato della domanda del richiedente.

L'interrogativo che vi pongo è il seguente: questa rivoluzione tecnologia ha giovato a tutti, o solo a taluni?

La tecnica affidata a se stessa ha un inevitabile esito egoistico, salvo che il decisore politico la orienti verso il *common good*. Il benessere diffuso qui significa almeno due cose: equiordinare all'ex monopolista i nuovi entranti nel diritto di accesso alle nuove reti, NGN, per evitare che il primo vi trascini la dominanza detenuta sulle vecchie piattaforme diffusive; equiordinare a chi è più fortunato per nascita, condizioni sociali, ubicazione geografica chi lo è meno, ammettendolo a partecipare alla vita politica grazie alle inedite occasioni di dialogo, d'informazione, di fruizione dei servizi digitalizzati, offerti dalla navigazione veloce in rete.

È compito del decisore politico, sovranazionale e statale, assicurare un progresso coerente con l'uguaglianza sostanziale, come l'ordine costituzionale

interno sembra suggerire ove si assuma l'articolo 3, co. 2, Cost. come clausola di apertura promozionale l'effettività delle libertà fondamentali, del diritto all'iniziativa economica (art. 41 Cost.) e del dovere di imparzialità dell'amministrazione (art. 97 Cost.).

Se questo è l'obiettivo cui orientare la rivoluzione tecnologica, chiediamoci se sia stato conseguito o meno rispetto ai tre diritti.

1 – Il primo, il diritto alla connessione veloce, si risolve nella pretesa a che lo Stato si attivi per consentire al cittadino, a prescindere da dove si trovi, di navigare in rete a una velocità tale da consentirgli di partecipare alle comunità virtuali, di telefonare con skype e di ricevere segnali televisivi dagli operatori e servizi digitalizzati dell'amministrazione.

Io reputo la banda larga il "nuovo diritto sociale" del millennio perché non la considero come bene in sé e per sé, come tale è effettivamente improduttivo di benefici, ma guardo al suo risultato ultimo: essa tendeva rendere uguali uomini che in principio non lo sono per condizioni economiche, di età, di nascita; livella le diverse fortune iniziali; consente agli esclusi di prendere parte al progresso economico; asciuga le distanze, immette i remoti al dialogo politico.

In punto di diritto, da tempo Parlamento e Commissione europea affermano il diritto universale alla banda larga, ma, quando si è trattato di tradurre le buone intenzioni in atti giuridici concludenti, non sono andati oltre il mero impegno politico, privo di giuridicità cogente. Così, in occasione della revisione del Pacchetto Direttive 2002, la banda è rimasta fuori dall'elenco delle pretese azionabili verso lo Stato, con l'unica apertura di rimettere agli Stati la possibilità di includerla nell'elenco (*Consid. 5*, Direttiva Ser. Univ. 2009/136). Questa facoltatività affidata agli Stati non sarà a costo zero per i cittadini europei, collocati d'imperio in due distinte categorie, quelli di serie A), ai quali il proprio Stato avrà realizzato il diritto di connessione veloce impegnando risorse; e quelli di Serie B), lasciati al buio digitale perché il proprio Stato avrà rinunciato a esercitare quella facoltà.

Superfluo dire che la Carta dei Diritti, ormai cogente grazie al Trattato di Lisbona, non consente questa bipartizione, perché impone uno *status* unitario di *civis*, cioè diritti sociali indifferentemente riferibili tanto al polacco che al francese. Se pertanto la banda larga venisse attratta al catalogo dei diritti sociali

europei in forza del ragionamento funzionale di cui sopra, essa non tollererebbe differenziazioni in ragione della localizzazione del cittadino: è e deve rimanere un diritto uguale per tutti, e non una situazione soggettiva a composizione variabile a seconda dell'ubicazione geografica del richiedente. Questa situazione assunta come ipotesi non dovrebbe accadere, eppure il *Considerandum 5* la renderà possibile.

Tre le conseguenze in punto di diritto europeo.

A) La prevalenza della Carta, in quanto fonte primaria, sulle Direttive comporterà illegittimità comunitaria del *Considerandum 5*, ma in base al principio che impone di privilegiare tra due interpretazioni di un atto quella che lo rende legittimo, quel *commitment* politico si dovrà convertire in un vero e proprio dovere giuridico: l'inclusione dell'accesso veloce nelle prestazioni obbligatorie del servizio universale. Non è possibile esprimere ulteriori previsioni al momento, staremo a vedere se la Kroes, come sembra annunciare con la sua Agenda digitale, assumerà comportamenti e atti concludenti rispetto all'universalità del diritto alla navigazione celere in internet.

B) Aver acquisito la banda larga al catalogo delle prestazioni universali, comporta per gli Stati la doverosità della sua esecuzione: lo Stato non sarà più libero di attuarla o meno, essendovi tenuto in virtù di un'imposizione sovranazionale. La sua inerzia normativa, fin'ora rimasta impunita per assenza di rimedi giuridici interni, acquisterà rilevanza come condotta illecita dinanzi all'ordinamento sovranazionale: il *non facere* esce dal limbo dell'inosservanza dell'impegno politico, come tale non perseguibile nelle aule di un tribunale, per integrare gli estremi della violazione di un vero e proprio dovere giuridico europeo, come tale passibile di azione di infrazione in caso di inosservanza. Inoltre, riterrei suscettibile di reazione comunitaria, non la sola astensione secca, ma anche quell'inerzia coperta da iperattivismo regionale, e ciò perché l'intervento del decisore politico locale è sì legittimo, ma solo se complementare con quello statale, cioè se incrementativo di quel *plafond* minimo cui lo Stato è tenuto in prima battuta verso tutti i suoi cittadini. Quanto all'ordinamento interno, è l'art. 117, co. 2 lett. m), Cost. a esigerlo in quanto ogni prestazione essenziale, la cui definizione in qualità e quantità costituisce l'*ubi consistam* della statualità, non è cedibile in bianco al decisore locale, pena la creazione di una Repubblica di diseguali: i cittadini con banda, i cittadini *sine*. Quanto

all'ordinamento comunitario, è l'omogeneità dello *status* di cittadino europeo, che se esclude differenziazioni di persone da Stato a Stato, a maggior ragione non le tollera all'interno dello stesso Stato.

C) Un'ultima conseguenza deriverebbe dalla impostazione da me suggerita della banda larga come nuovo diritto sociale europeo e nazionale: lo Stato dovrà, non solo realizzare la prestazione, ma dovrà farlo in modo adeguato al bisogno, come la funzione inclusiva della banda impone. Pertanto, mi sembra che l'alibi del limite di bilancio, al quale il Legislatore è sempre ricorso per sottrarsi ai suoi doveri di solidarietà sociale, non sia più un'esimente disponibile; essa invero subordinava la realizzazione di un diritto sociale alle effettive disponibilità finanziarie, il che equivaleva dire che i diritti essenziali allo sviluppo della persona dipendevano dalle scelte contingenti delle maggioranze politiche di turno, che nel disegnare la distribuzione delle risorse potevano a loro insindacabile giudizio sposare interi flussi economici a vantaggio di selezionati bisogni a discapito di altri, pur parimenti meritevoli di soddisfazione. Allora, la costruzione, cara alla nostra Corte costituzionale, dei diritti sociali condizionati alla riserva del possibile andrebbe ripensata alla luce di un più corretto rapporto tra servente e servito: i diritti della persona, come la centralità costituzionale della dignità umana impone, rappresentano il bene supremo al cui servizio vanno modulate, tagliate, organizzate le risorse economiche di un Paese. Intendo dire che le esigenze primarie dell'individuo sono allergiche ai condizionamenti economici, e quindi sono queste a prevalere sul bilancio e a dettare una certa ripartizione delle risorse, e non viceversa. Anche il Tribunale federale tedesco (9 Febbraio 2010, n. 5) ha di recente abbandonato il suo originario disegno dei diritti sociali come situazioni soggettive condizionate, imponendo al legislatore di attuarli secondo un criterio di ragionevolezza concreto: cioè agganciato alla effettiva consistenza dei bisogni stessi. Ne consegue che un'attuazione parziale sarà censurabile dal supremo giudice per violazione di quel criterio di ragionevolezza, che qui significa plausibilità, prevedibilità, obiettività del parametro di calcolo dell'esigenza al fine di consegnare all'individuo il bene concreto della vita che si attende. È indubbio l'effetto restrittivo di questa nuova impostazione in termini di equilibri istituzionali: le prerogative politiche del legislatore si asciugherebbero a vantaggio dello *spatium decidendi* di un giudice, ancorché di quello supremo di

legittimità; un risultato, questo, al quale le Corti costituzionali europee ci hanno da tempo abituati. In questo caso si tratterebbe però di una sostituzione tra poteri giustificabile, e forse inevitabile, per attuare la solidarietà sociale e per dare effettività all'uguaglianza sostanziale.

Esaurito l'esame comunitario, portiamoci a livello nazionale, dove le mie riflessioni saranno più brevi in quanto la lista delle omissioni statali è più lunga di quella delle azioni.

A conferma di quanto detto, si ricorda che il Governo non ha ancora investito gli 800 milioni di euro, da ultimo dimezzati, a copertura del *digital divide*, preferendo congelare quei soldi sul tavolo del CIPE; non ha sollecitato la domanda di beni digitali, trascurando l'alfabetizzazione digitale; e l'ambizioso piano di *e-government* del ministro Brunetta, in assenza di banda larga, rischia di rimanere una delle tante promesse mancate.

2 – Passiamo al secondo diritto: quello degli operatori di accedere alle NGN. Io lo definisco un diritto anticamera rispetto all'iniziativa economica, perché non si possono trasmettere le comunicazioni elettroniche se l'imprenditore non ha la disponibilità giuridica del mezzo, che ben potrà essere di proprietà altrui, di regola dell'ex monopolista. Quindi, un diritto che funziona da condizione di effettività dell'iniziativa economica, non diversamente dalle norme poste a sua protezione, che funzionano da presupposto di quelle competitive; Breyer da anni sostiene che la disciplina asimmetrica con le sue regole di accesso alle reti rappresenti la pre-condizione per il corretto funzionamento di un mercato competitivo.

Anche questo diritto impone allo Stato un obbligo di *facere*: introdurre *regulation* che assicuri il diritto di accesso degli OLO alle medesime condizioni che il titolare della nuove reti riserva a se stesso. L'*equivalence of inputs* impone di conciliare il diavolo e l'acqua santa: la propensione agli investimenti con la competizione.

Esaminiamo se la Raccomandazione della Commissione - C(2010) 6223, 20 settembre 2010, relativa all'accesso regolamentato alle NGN, abbia attuato questo diritto.

Certamente sì, se si ha riguardo al nocciolo duro di questo diritto: la pretesa e il correlativo obbligo di messa a disposizione della nuova rete in condizioni di parità.

Se però la nuova rete dovesse essere oggetto di un accordo di corealizzazione e di cogestione, in che termini sarà soddisfatto il diritto di accesso? Alcuni sarebbero portati a rispondere che il diritto troverà risposta nel fatto stesso che l'operatore sia diventato socio della rete e quindi vi accederà in tale nuova veste. Ma chi farà la politica di gestione? Tutti i soci a prescindere dal capitale investito o in ragione del capitale investito? Solo la prima soluzione sarà coerente con il fine dell'*equivalence* perché equiordina i soci nei diritti amministrativi sulla rete, la seconda lascia, invece, insoluto il problema della uguaglianza. Si è effettivamente uguali per il semplice fatto che si mettono i soldi nella società di gestione, anche se poi a comandare sarà sempre il capitale di maggioranza e non il piccolo azionista operatore? Forse andava spesa qualche ulteriore parola in quella Raccomandazione sulla *governance* in modo da disegnarla al fine di equiordinare gli operatori nei diritti amministrativi sulla futura società e di differenziarli ovviamente nelle pretese economiche. Voglio dire che se a contare saranno sempre quelli che ci avranno messo più soldi, l'accesso non sarà mai uguale, avremo semplicemente spostato nei rapporti interni della società di gestione la disuguaglianza ora evidente nei rapporti contrattuali esterni tra il dominante e i piccoli operatori.

In questo caso il nostro Governo ha dato seguito alla raccomandazione europea e si è fatto promotore di un accordo con gli operatori privati, concluso qualche mese fa, dall'altisonante nome anglosassone *Memorandum of understanding*, MOU, che di inglese ha solo il nome, nel quale pur potendosi sviluppare verso l'alto le indicazioni di quella Raccomandazione, ci si è limitati a tradurla in italiano: un accordo tra piccoli e grandi diretto a condividere l'infrastruttura passiva, volto alla realizzazione di NGN in multifibra, che copriranno solo il 50% del paese, mentre l'atto preferisce tacere sulla *governance* della futura società di gestione, che pur dovrebbe essere finanziata dall'intervento pubblico.

Due le forti criticità del patto: perché solo il 50%? È ovvio che gli investimenti, se rimessi alla discrezionalità degli operatori, si faranno solo nelle zone più remunerative, e con ciò probabilmente si escluderà il Sud, e con ciò

avremo NGN asimmetriche territorialmente, cioè dove si e dove no, li esse andrebbero distese universalmente. Concentrare l'investimento solo dove conviene economicamente, significa accrescere il divario tra chi già esercita i diritti sociali e le libertà fondamentali e chi invece ne ha solo la titolarità formale, perché essendo tagliato fuori dall'autostrada veloce per internet, non è in condizione di azionarli.

Quanto alla società di gestione, essa non sarà in grado di equiordinare i piccoli con i grandi perché ciò non è detto nel *Memorandum*, che dunque si è dimenticato, nonostante il nome, due cose importanti: il resto del cittadini e il resto degli operatori.

Infine, qualche riflessione sul terzo diritto, quello dei fornitori dei servizi tramite internet – si pensi al servizio di *e-commerce*, di skype, a quello dei motori di ricerca – di disporre della medesima velocità e qualità di trasmissione a prescindere dal contenuto o tipo di servizio. La dottrina americana, che da tempo lo studia, ha battezzato la regola “net neutrality”, che sta a indicare il divieto per il fornitore di connettività di discriminare il suo aspirante in ragione del tipo di servizio, di bloccare o penalizzare o degradare qualitativamente un servizio per favorirne un altro.

Diversamente, in una rete non neutrale, i nuovi entranti non riuscirebbero a contrastare i dominanti preesistenti che, potendo pagare i *provider* per avere corsie preferenziali, raggiungerebbero l'utente prima e con maggiore qualità. L'assenza di neutralità impedirebbe ai Google di domani di divenire i Google di oggi. È evidente che una simile prospettiva comprometterebbe la concorrenza e quindi l'innovazione, attributi indefettibili della rete.

A livello europeo la Commissione si sta interrogando sul se imporre la regola, per ora osservata in via di fatto, del divieto agli operatori di selezionare i propri acquirenti di connettività; in altri termini, si tratterebbe di estendere l'*equivalence of inputs* dai gestori di telecomunicazioni ai fornitori di connettività. Il principio della parità di trattamento è in ultima istanza garanzia di pluralità dei servizi, perché assicura la molteplicità e la diversità delle fonti informative, educative e di intrattenimento per i cittadini, realizzando in tal modo il diritto del cittadino a essere informato, inteso come pretesa a disporre di fonti plurali e indipendenti sulle nuove piattaforme di diffusione del pensiero.

Sulla questione la Commissione ha aperto una pausa di riflessione, atteggiamento questo, apprezzato e imitato dalle Autorità nazionali di regolazione, probabilmente inerti nell'attivare il loro potere regolatorio per mancanza di un titolo attributivo espresso, salvo a volerlo desumere in via interpretativa dal conferimento del più ampio potere di disciplinare l'intera area dei mezzi di comunicazione, tra i quali rientra a pieno titolo internet.

Del resto il potere regolativo della *Federal*, di cui alla Delibera del 21 dicembre 2010, parimenti debole nella legittimazione, è stato esercitato con forza e ha resistito alle pressioni giudiziarie. Lo dimostra la sentenza della *United States Court of Appeals, for the district of Columbia Circuit*, 6 aprile 2010, *Comcast v. FCC*, che contesta alla FCC tale funzione da lei però nuovamente rivendicata con la decisione citata.

Da noi, nonostante la Corte costituzionale ci abbia educato a interpretazioni evolutive della Carta che offrono adeguato fondamento ai nuovi diritti e alle nuove eguaglianze del mondo digitale, preferiamo battere la via degli emendamenti formali all'art. 21 Cost., o delle affermazioni astratte di universali diritti alla banda larga e alla neutralità della rete, astenendoci, almeno per ora, dal realizzarli.

Per approfondimenti sul tema e per indicazioni di bibliografia italiana e straniera sia consentito il rinvio a G. De Minico (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti. Banda larga e servizi a rete*, Jovene, 2010.

* Professore associato di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Napoli Federico II.