

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI
FEDERICO II
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA**



**DOTTORATO DI RICERCA
IN
DIRITTO PUBBLICO E COSTITUZIONALE
XXVI CICLO**

Tesi di Dottorato

***Le libertà economiche in Internet:
competition, net neutrality e copyright***

Coordinatore del Dottorato:

Ch.mo Prof. Agatino Cariola

Tutor:

Ch.ma Prof.ssa Giovanna De Minico

Candidato:

Dott. Fabio Dell'Aversana

ANNO ACCADEMICO 2013/2014

*A Loredana,
per tutto ciò che abbiamo condiviso*

***Tutti gli animali sono uguali,
ma alcuni sono più uguali degli altri.***
George Orwell, *La fattoria degli animali*

Indice

Introduzione

Capitolo I – Verso un nuovo diritto antitrust: Internet come laboratorio per regolatori e controllori

1. *Il fondamento costituzionale del diritto antitrust*
2. *La disciplina degli illeciti antitrust: una lex specialis per la concorrenza su Internet?*
3. *Le prime riflessioni sul tema: il caso Microsoft*
4. *Gli Over the Top e il controllo delle autorità di settore: gli interventi americani ed europei sul caso Google*
5. *Globalizzazione dei mercati e territorialità delle normative: una concorrenza tra operatori economici o tra ordinamenti giuridici?*
6. *La global governance del diritto della concorrenza*

Capitolo II – La neutralità della rete nell'esperienza americana

1. *Una premessa definitoria*
 - 1.1. *Presupposti economici della net neutrality*
 - 1.2. *I diritti interessati dalla net neutrality*
2. *Le origini del debate e la codificazione dell'Internet Policy Statement*
3. *Il caso Comcast*
4. *L'Open Internet Preserving Act: quali sviluppi per l'ordinamento americano?*

Capitolo III – La net neutrality tra tutela dell'iniziativa economica e principio di uguaglianza: il dibattito in Europa

1. *Il dibattito nelle istituzioni europee: dalle consultazioni del Body of European Regulators for Electronic Communications al regolamento sul mercato unico delle telecomunicazioni*

2. *Il quadro italiano tra proposte di legge e interventi dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*
3. *La natura giuridica della net neutrality: norma asimmetrica o regola di concorrenza?*
4. *Il principio di neutralizzazione nel diritto delle reti*

Capitolo IV – Il diritto d'autore online nella prospettiva del bilanciamento

1. *Gli aspetti tecnici della distribuzione delle opere di ingegno su Internet: il dilemma digitale*
2. *Il problema in punto di diritto: alla ricerca del corretto bilanciamento tra diritto d'autore e libertà dei netcitizens*
3. *Il modello americano: il notice and takedown nel Digital Millennium Copyright Act*
 - 3.1. *Segue: i tentativi di riforma*
4. *La legislazione francese e la prassi dell'Haute Autorité pour la Diffusion des Oeuvres et la Protection des droits sur Internet: una cura peggiore del male?*
5. *Azioni positive e interventi repressivi nella regolamentazione italiana sul diritto d'autore*
6. *Una conclusione sul tema: quis custodiet custodem?*

Conclusioni

Bibliografia

Documentazione

Giurisprudenza

Abstract

Introduzione

Ubi homo, ibi societas. Ubi societas, ibi ius. Ergo ubi homo, ibi ius: è questa la conclusione del sillogismo sviluppato già dai giuristi di epoca romana per descrivere l'influenza del fenomeno sociale sulla creazione dei sistemi normativi. Il diritto nasce per regolare i rapporti che legano gli esseri umani e persegue l'obiettivo di neutralizzare i conflitti generati dai processi sociali. Dunque, in queste poche parole è racchiuso un concetto di fondamentale importanza per lo studio dei fenomeni che abbiano rilievo per il diritto, compresi quelli interessati dall'evoluzione tecnologica e scientifica. In particolare, il brocardo latino conserva la sua validità anche con riguardo a Internet, oggetto specifico della nostra indagine.

L'avvento delle comunicazioni telematiche ha modificato importanti aspetti della nostra vita, individuale e collettiva, e ha sollecitato la riflessione del giurista, resa urgente in alcuni casi dalla rapidità e pervasività dei cambiamenti registrati. Quest'affermazione ben descrive l'evoluzione di Internet, tecnologia che, nel corso degli ultimi anni, ha rivoluzionato il tradizionale approccio allo studio dei mezzi di comunicazione: se, infatti, i primi sistemi fondati sulla trasmissione telematica dei dati perseguivano il limitato obiettivo di contribuire all'efficiente organizzazione del settore militare, è innegabile che l'Internet di oggi offra agli utenti una vasta gamma di servizi e utilità che, a loro volta, sono in grado di influire sull'esercizio di tutte le libertà costituzionali.

Quindi, Internet pone problemi giuridici e, *in primis*, impone una riflessione sull'esigenza di codificare un sistema di regole (universalmente) valido per il *world wide web*¹. La questione è pregiudiziale rispetto a qualsiasi trattazione che cerchi di analizzare il modo in cui le relazioni sociali – aventi o meno contenuto economico – si esplicano sulla rete. Pertanto, i primi

¹ D'ora in poi ricordato nel testo anche con l'acronimo *web*.

interrogativi a cui occorre dare risposta possono essere così sintetizzati: quali considerazioni dobbiamo trarre dall'impiego della rete da parte degli *homines*, i quali sono addirittura considerati cittadini di una nuova comunità, così come dimostra il termine *netcitizens*, impiegato dagli studiosi proprio per descrivere le nuove forme di partecipazione alla vita pubblica? Quindi, esiste un diritto giusto per Internet, in grado di cogliere le particolarità della *societas* telematica? Ad avviso di chi scrive, è compito del giurista – e, in particolare, del costituzionalista – occuparsi di queste problematiche, la cui soluzione non potrà prescindere dall'approfondimento delle tante peculiarità della rete. Per esempio, già in questa sede, pare opportuno ricordare che il giurista dovrà (pre)occuparsi dell'attuale contraddizione tra la territorialità delle discipline vigenti e il carattere transnazionale della rete. D'altronde, è evidente quanto sia inopportuno affidare la regolazione di un fenomeno che nasce globale a discipline limitate a specifici contesti geografici, secondo un sistema che non contribuisce a garantire l'uguaglianza di trattamento. Possiamo ritenerci soddisfatti se due situazioni o due condotte perfettamente equivalenti – se non del tutto coincidenti – vengono trattate in maniera diversa in ragione del solo criterio territoriale?

L'opportunità di introdurre regole uniformi per Internet non è condivisa da tutti gli Autori che si sono occupati del tema. Riservandoci di indicare le ragioni poste a sostegno della tesi negatrice con riguardo alle singole questioni, pare opportuno precisare già in queste notazioni introduttive che la tutela delle libertà in Internet dimostri non solo l'utilità, ma anche l'indispensabilità di una *global governance* per Internet: se, infatti, si considera prioritario l'obiettivo di ridurre i margini di disuguaglianza nell'uso delle nuove tecnologie, pare condivisibile l'auspicio di chi vorrebbe regolare Internet con una normativa sovranazionale, che sia, altresì, il frutto di un processo decisionale in grado di congiungere la decisione pubblica alle manifestazioni di volontà dei soggetti tenuti all'osservanza delle regole.

Questa impostazione potrebbe indurre a ritenere che ogni fenomeno umano debba essere sottoposto alla stessa disciplina, a prescindere dal riferimento al luogo in cui il fatto si sia verificato. In altri termini, perché si dovrebbe differenziare il regime giuridico dei rapporti familiari, dei rapporti economici o dei fatti penalmente rilevanti tra uno Stato e l'altro? Siamo, forse, giunti al punto di dover estendere il criterio qui proposto a tutti gli accadimenti umani, in relazione ai quali non potrebbe più immaginarsi una disciplina differenziata per territorio?

Per rispondere a queste domande è sufficiente ricordare che la *global governance* di Internet si giustifica in ragione del carattere transnazionale della rete: infatti, Internet – a differenza di altri fatti giuridicamente rilevanti – nasce come fenomeno in grado di travalicare i confini degli Stati della comunità internazionale. Dunque, nonostante il crescente interesse nei confronti del tema della globalizzazione dei diritti, riteniamo opportuno limitare la portata della ricostruzione qui accolta al solo fenomeno di Internet e, in termini più generali, a tutte le altre fattispecie che abbiano, *ab origine*, una vocazione internazionale.

Quanto sin qui sostenuto – *id est*: la configurazione di un diritto globale ed elastico per Internet – rappresenta una proiezione astratta e di principio, una precisa scelta di valori che, come già anticipato, non descrive la situazione esistente. Tuttavia, ciò non contraddice l'utilità di questa e delle altre soluzioni che prospetteremo nel prosieguo del lavoro, dato che è sempre utile affiancare la lettura del diritto vigente all'analisi della prospettiva *de jure condendo*². Anche per Internet, dunque, è centrale la dialettica tra il *sollen* e il *sein*³, la quale, nel descrivere lo iato tra l'essere e il dover essere, può suggerire i contenuti del futuro diritto dell'Internet.

La ricostruzione del metodo impiegato per lo studio di Internet rappresenta un'ulteriore questione pregiudiziale rispetto al merito delle

² G. DE MINICO, *Internet. Regola e anarchia*, Roma, 2012, 18.

³ N. BOBBIO, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Napoli, 1992, *passim*, ricostruisce il pensiero del filosofo austriaco fondatore della corrente di pensiero dei normativisti. In molte parti dell'opera è fatto riferimento all'endiadi ricordata nel testo.

questioni che affronteremo. Ad avviso di chi scrive, ogni riflessione giuridica riguardante il mondo delle nuove tecnologie deve seguire un approccio multidisciplinare ed essenzialmente proiettato verso il futuro: solo in questo modo, infatti, l'interprete del fenomeno di Internet potrà costruire un sistema teorico coerente, che sia, nel contempo, realmente orientato alla soluzione dei principali problemi posti dall'evoluzione tecnica.

Per quanto riguarda l'approccio multidisciplinare, riteniamo che esso vada inteso in una duplice accezione. In primo luogo, essa opera con riguardo al rapporto tra le varie branche del diritto: Internet, infatti, pone questioni rilevanti sia per il diritto pubblico che per il diritto dei privati e non sono rari i casi in cui il medesimo fatto richieda l'analisi congiunta di studiosi di discipline diverse. Invece, il secondo modo di intendere questo criterio impone di guardare alle discipline affini – in particolare all'informatica e all'economia – per comprendere quale sia l'impatto degli aspetti tecnici sul processo regolativo. Ciò giustifica le ampie parentesi, presenti in tutto il lavoro, sulle relative questioni, che, dunque, solo apparentemente sono distanti dal tema principale della nostra ricerca.

Inoltre, la regolazione di Internet deve necessariamente fondarsi sull'analisi dei rapidi mutamenti tecnologici. Pertanto, la dinamicità degli interventi normativi rappresenta un valore che, però, spesso, non è tenuto nella giusta considerazione dal *conditor jus*. Troveremo conferma dell'esigenza di seguire (*rectius*: anticipare) l'evoluzione tecnologica in molti dei casi che analizzeremo, i quali, con una preoccupante frequenza, sono stati risolti dai giudici e dalle autorità amministrative competenti in base a normative obsolescenti già alla data della loro entrata in vigore: l'inefficacia di alcune delle discipline riguardanti Internet, infatti, risiede proprio nella scarsa lungimiranza di un legislatore poco attento rispetto alle reali potenzialità della rete.

Tenendo presenti queste considerazioni, nelle pagine seguenti affronteremo lo specifico tema delle libertà economiche in Internet chiedendoci se l'impiego delle nuove tecnologie possa influire sull'applicazione

degli istituti previsti nella normativa vigente. Lo svolgimento dell'attività di impresa tramite le reti telematiche può costituire un *quid* aggiuntivo rispetto alla disciplina generale e, dunque, aprire le porte all'applicazione di una *lex specialis*? Esistono degli obblighi aggiuntivi rispetto a quelli tradizionalmente catalogati nell'ambito del c.d. statuto generale dell'imprenditore quando l'iniziativa economica è esercitata in Internet? Affronteremo questi interrogativi analizzando tre attualissime questioni. Pertanto, dedicheremo il primo capitolo alla ricostruzione della disciplina antitrust applicabile alle imprese operanti nella *web economy*. Ci chiederemo, in particolare, se Internet possa rappresentare una sorta di laboratorio da cui trarre insegnamenti utili per un più ampio ripensamento delle categorie generali del diritto della concorrenza. I capitoli centrali saranno dedicati al delicato tema della neutralità della rete. Quindi, ci soffermeremo sulla vocazione aperta di Internet e sui tentativi di configurare una rete a più velocità. Infine, ci occuperemo dei problemi posti dalla tutela del diritto d'autore *online*, in relazione al quale sarà importante verificare la portata del bilanciamento tra le varie situazioni giuridiche soggettive interessate dal tema.

In conclusione, dunque, possiamo affermare che il mero riferimento alla piattaforma tecnologica impiegata non rappresenti l'unico elemento in grado di descrivere il legame che sussiste tra le tre tematiche considerate. A ben vedere, il vero elemento comune è rappresentato dalla libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost., i cui contenuti potranno contribuire a fondare solidi basi per lo *ius mercatorum* di Internet.

Capitolo I

«Verso un nuovo diritto antitrust:

Internet come laboratorio per regolatori e controllori»

Sommario: 1. Il fondamento costituzionale del diritto antitrust – 2. La disciplina degli illeciti antitrust: una *lex specialis* per la concorrenza su Internet? – 3. Le prime riflessioni sul tema: il caso Microsoft – 4. Gli *Over the Top* e il controllo delle autorità di settore: gli interventi americani ed europei sul caso Google – 5. Globalizzazione dei mercati e territorialità delle normative: una concorrenza tra operatori economici o tra ordinamenti giuridici? – 6. La *global governance* del diritto della concorrenza

1. *Il fondamento costituzionale del diritto antitrust*

Il crescente interesse nei confronti delle tematiche riguardanti il diritto antitrust – e, in termini più generali, la disciplina del mercato – si è tradotto in un numero considerevole di ricostruzioni dottrinali, utili alla soluzione delle principali questioni economiche e giuridiche emerse nel corso degli ultimi anni. Gli eventi più recenti, in particolare, confermano l'utilità delle riflessioni svolte, le quali sono tanto più interessanti se riescono a tenere insieme la soluzione di vecchie e nuove questioni: infatti, chi si occupa di diritto antitrust deve perseguire ancora oggi l'intento di costruire un modello coerente con la tutela dei valori costituzionali, condizione di legittimità delle misure che comportino la contrapposizione della libertà del mercato con gli interventi autoritativi riconducibili all'azione del soggetto pubblico. Per questa ragione, riteniamo non solo utile ma anche doveroso avviare la nostra riflessione con l'analisi del fondamento costituzionale del diritto antitrust, questione di carattere generale e pregiudiziale rispetto all'analisi nel merito delle specifiche questioni poste dalla regolazione del mercato.

Una prima riflessione riguarda l'ambito che prenderemo in considerazione. Ad avviso di chi scrive, il riferimento alle peculiarità di

Internet, oggetto specifico della nostra indagine, non esclude la possibilità di estendere le conclusioni che formuleremo nel corso delle pagine seguenti anche a settori diversi, comunque interessati dall'applicazione della normativa antitrust. Non a caso, riteniamo che Internet possa rappresentare un valido laboratorio per testare l'utilità di un rinnovamento – più o meno radicale – della disciplina vigente e la direzione verso cui rivolgere le istanze *de jure condendo*. D'altronde, proprio le prospettive di rinnovamento del diritto antitrust rappresentano un interessante settore su cui si sono concentrati i più recenti studi della dottrina: quest'ultima, per esempio, ha ampiamente dimostrato l'inopportunità di introdurre una regolazione del mercato avente contenuto meramente proibitivo. A tal proposito, è stato giustamente osservato che la correzione dei fallimenti del mercato non può fondarsi esclusivamente sul comando eteronomo, autoritativo e unidirezionale, dato che la realtà economica reclama l'introduzione di modelli normativi complessi, caratterizzati dall'intervento delle Autorità Amministrative Indipendenti e fondati su rimedi articolati¹: norme asimmetriche, regole procedurali e sanzioni interdittive rappresentano alcuni degli strumenti a cui può far ricorso il legislatore che voglia realmente fornire una risposta adeguata alle problematiche qui considerate, che sia nel contempo preoccupato dalla possibilità di limitare la libertà di iniziativa economica in misura ulteriore rispetto a quanto necessario per assicurare il (giusto) vantaggio agli altri diritti interessati dal tema.

Da queste considerazioni discende un primo interrogativo: esiste una norma costituzionale su cui fondare l'attuale sistema di diritto antitrust?

Per risolvere la questione appena posta, la dottrina maggioritaria ritiene fondamentale la lettura dell'art. 41 Cost., norma che sancisce la libertà dell'iniziativa economica privata nel nostro sistema costituzionale. In primo luogo, è molto interessante sottolineare lo stretto legame che sussiste tra la

¹ Tra i vari contributi che seguono l'impostazione ricordata nel testo, si vedano le parole di A. ZOPPIN, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Rivista di diritto civile*, 2013, 3, 515.

corretta interpretazione di questa norma e la delimitazione dei compiti attribuiti al soggetto pubblico, al fine di trarre alcune considerazioni di carattere generale in merito ai caratteri propri dello Stato sociale di diritto: il nostro sistema, infatti, pur conservando i tradizionali istituti giuridici della proprietà privata e della libertà di iniziativa economica privata – presi in considerazione in due norme distinte – non prevede alcuna forma di intangibilità degli stessi. Anzi, a ben vedere, la Costituzione impone l'intervento del soggetto pubblico nel settore dei rapporti economici per coordinare l'attività economica ed indirizzarla al raggiungimento di un maggiore benessere comune². La prassi – soprattutto quella dei primi anni di applicazione della norma – conferma questa impostazione, dato che proprio il richiamo dell'art. 41, terzo comma, Cost. ha consentito di giustificare l'intervento dello Stato nelle principali questioni economiche³: soprattutto negli anni successivi alla seconda guerra mondiale, l'azione pubblica si è caratterizzata per una presenza assidua e attiva, resa possibile dal trasferimento di risorse economiche pubbliche dallo Stato alle imprese. In quegli anni, l'intervento statale venne fortemente sollecitato con il dichiarato intento di contribuire all'industrializzazione dei territori meridionali e delle imprese minori poste in una situazione critica a causa dell'imminente apertura del mercato comunitario. Il sistema economico, dunque, fu caratterizzato, almeno in questa prima fase di sviluppo, da «regole del gioco» sostanzialmente ispirate al sostegno delle realtà svantaggiate, sorrette e supportate da un politica pubblica di riequilibrio⁴. Ciò ha determinato un ampio ricorso alla

² F. ZATTI, *Riflessioni sull'art. 41 Cost.: la libertà di iniziativa economica privata tra progetti di riforma costituzionale, utilità sociale, principio di concorrenza e delegificazione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2.

³ T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 2011, 136, il quale ritiene indispensabile anche il riferimento agli artt. 43 e 44 Cost. per giustificare il ruolo attivo dello Stato.

⁴ Lo scenario riferito nel testo – che, in buona sostanza, racchiude la prima prassi applicativa dell'art. 41 Cost. – è ben descritto da G. AMATO, *Il governo dell'economia: il modello politico*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* (diretto da F. GALGANO), Volume I, *La costituzione economica*, Padova, 1977, 209 (in particolare, si vedano le pagg. 212 e ss.).

programmazione economica, sia nella forma delle pianificazioni settoriali che plurisetoriali⁵.

Dunque, secondo questa impostazione, l'art. 41 Cost. sottintende un ambito applicativo tanto ampio da comprendere le svariate forme di «presenza» dello Stato nel mercato. Per questa ragione, si è iniziato a pensare che questa norma avesse un ruolo centrale nel sistema, essendo in grado di fornire una disciplina comune a tutte le azioni pubbliche aventi contenuto economico⁶.

Tuttavia, è innegabile che l'art. 41 Cost. abbia rilievo anche – e, per quel che qui rileva, soprattutto – nella prospettiva dei consociati, destinatari del positivo riconoscimento della libertà di iniziativa economica. Nelle pagine seguenti, dunque, faremo cenno alla situazione giuridica soggettiva appena ricordata con l'intento di formulare alcune conclusioni proprio in merito al (problema del) fondamento costituzionale del diritto antitrust.

⁵ Secondo F. FENGHI, *Programmazione economica e modo di produzione capitalistico*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* (diretto da F. GALGANO), Volume I, *La costituzione economica*, Padova, 1977, 235, il metodo della programmazione, che la Costituzione esige per l'attività economica, sia essa pubblica o privata, di fatto non trova alcuna applicazione nel nostro sistema giuridico. Diversa è l'impostazione di E. PICOZZA, *Vicende e procedure della programmazione economica*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* (diretto da F. GALGANO), Volume I, *La costituzione economica*, Padova, 1977, 263, il quale testualmente ricorda che la vicenda della programmazione ha inizio in Italia nel periodo della grande guerra. Ancor più netta è la posizione di M.S. GIANNINI, *Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1959, I, 322: l'Autore, infatti, analizza gli interventi nell'economia in forma di programma precedenti alla prima guerra mondiale. Ad ogni buon conto, è innegabile che lo strumento della programmazione economica sia stato ampiamente impiegato nell'ambito dei sistemi ispirati a un'economia di mercato. tra gli interventi più noti si ricorda il c.d. piano Marshall, elaborato nel 1948 dagli Stati Uniti d'America in accordo con i paesi dell'Organizzazione europea per la cooperazione economica al fine di provvedere alla ricostruzione *post* bellica. Per quanto riguarda la specifica esperienza italiana, è fondamentale il richiamo al c.d. schema Vanoni. Tuttavia, nonostante la centralità del tema nell'ambito del dibattito politico, si deve condividere l'idea di chi ha affermato che la scienza giuridica italiana non si è adeguatamente soffermata sullo studio delle questioni poste dalla programmazione economica. In questi termini si esprime, per esempio, S. CASSESE, *Tipologia della programmazione economica*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* (diretto da F. GALGANO), Volume I, *La costituzione economica*, Padova, 1977, 301, il quale osserva che si è persa di vista l'importanza della programmazione come procedura.

⁶ M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 10.

Il primo dato da mettere in evidenza attiene al fatto che la libertà di iniziativa economica rappresenta una situazione di vantaggio che talora svolge una funzione strumentale rispetto alle altre libertà e diritti costituzionalmente protetti: come è stato giustamente osservato, infatti, non sono rari i casi in cui un'attività che gode già di un'autonoma protezione costituzionale possa reclamare la protezione specifica dell'art. 41 Cost. laddove sia esercitata con l'apprestamento di mezzi economici⁷. Per esempio, lo svolgimento in forma imprenditoriale di un'attività economica che si fondi sull'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero pone all'interprete il problema di capire quale norma debba essere in concreto applicata. In casi analoghi a quello appena descritto, si configura un contrasto tra l'art. 21 Cost. e l'art. 41 Cost.? Oppure, è preferibile affermare che le due norme si sovrappongono solo parzialmente, con la conseguenza che il contrasto (apparente) si traduce più propriamente in un concorso tra le stesse?⁸ Oltre alle varie ricostruzioni formulate in dottrina, interessante è la soluzione accolta dalla Corte costituzionale che, in tempi non recenti, ha iniziato a occuparsi del tema affermando che l'applicazione delle norme costituzionali non può prescindere dal riferimento alla fattispecie concreta presa in considerazione: laddove, dunque, la comunicazione del proprio (o altrui) pensiero sia esercitata in forma economica, sarà utile distinguere il piano dell'attività di comunicazione (in relazione al quale è indubbia l'applicazione dei limiti previsti nell'art. 41 Cost.) da quello del suo oggetto, pienamente assistito dalle garanzie contemplate nell'art. 21 Cost.⁹

⁷ M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 28-29.

⁸ Per risolvere il problema indicato nel testo, sembrano ancora oggi valide le considerazioni di A. CERRI, *Appunti sul concorso conflittuale di diverse norme della Costituzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1976, I, 272.

⁹ Ampii riferimenti alla giurisprudenza costituzionale sono presenti in M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 29-30. L'Autore, inoltre, ricorda che la soluzione al problema indicata nel testo potrebbe condurre l'interprete a 1) escludere in radice l'applicazione dell'una o dell'altra disposizione costituzionale o 2) propendere per l'applicazione congiunta delle due norme. Tra le varie sentenze ricordate, si cita CORTE COSTITUZIONALE, sentenza 7 luglio 1981, n. 118, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, I, 1214, annotata da A. ANZON, *Le regioni tra disciplina del «mezzo» e disciplina dell'«oggetto» dell'informazione*.

Ad avviso di chi scrive, la questione appena posta deve essere risolta tenendo ben presente l'acuta osservazione di chi ricorda che «non è consentito, nel sistema vigente, perseguire attraverso gli strumenti di controllo connessi all'esercizio dell'iniziativa economica privata finalità limitatrici attinenti non all'attività economica in sé considerata, ma al contenuto dell'attività economica, ove questo contenuto s'identifichi nell'esercizio di una libertà fondamentale»¹⁰. Questa tesi impone di tenere in debita considerazione la tassatività dei limiti riguardanti le libertà costituzionali al fine di giustificare il potere conformativo attribuito al soggetto pubblico: quest'ultimo, infatti, ha il compito di bilanciare i diritti configgenti seguendo un procedimento logico che è stato ampiamente studiato dalla dottrina¹¹. La reciproca interferenza, d'altronde, appartiene alla fisiologia dei diritti (e degli interessi) costituzionali, sicché appare indispensabile che il legislatore segni il confine all'espansione di ogni diritto, anche nell'ipotesi in cui ciò non sia esplicitamente previsto nella disposizione che lo disciplina¹², evitando accuratamente che il diritto rimanga snaturato attraverso la compressione o la riduzione del proprio ambito¹³.

¹⁰ E. CHELI, *Manifestazione, divulgazione ed esercizio di attività economiche connesse alla divulgazione del pensiero*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1961, 684 (il passo riportato nel testo si legge a pag. 689). La posizione dell'Autore è stata, in tempi recenti, ribadita in due interessanti contributi pubblicati sul sito della Corte costituzionale. Ci si riferisce a ID., *La giurisprudenza della Corte costituzionale italiana in tema di media*, in *Cortecostituzionale.it* e ID., *Libertà di informazione e pluralismo informativo negli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Cortecostituzionale.it*.

¹¹ R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, *passim*; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Torino, 2005, 100-101. Il tema del bilanciamento sarà ripreso in più parti del nostro lavoro e, in particolare, nell'ambito del IV capitolo.

¹² F. PIZZOLATO – C. BUZZACCHI, *Doveri costituzionali*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, III aggiornamento, Torino, 2008, 319.

¹³ Sul punto, con ampi riferimenti alla giurisprudenza costituzionale, M. VILLONE, *Interessi costituzionalmente protetti e giudizio sulle leggi*, Milano, 1974, 238. Sono intervenuti sul tema più recentemente, contribuendo alla definizione del contenuto essenziale dei diritti: O. CHESSA, *La misura minima essenziale dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, 1170; I. MASSA PINTO, *La discrezionalità politica del legislatore tra tutela costituzionale del contenuto essenziale e tutela ordinaria caso per caso dei diritti nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, 1309; ID., *Contenuto minimo essenziale dei diritti e concezione espansiva della Costituzione*, in *Diritto pubblico*, 2001, 3, 1096.

Un ulteriore interrogativo guarda alla natura dell'iniziativa economica privata con l'obiettivo di comprendere se la norma costituzionale contempri un diritto fondamentale.

La dottrina più attenta affronta il problema ritenendo che «l'iniziativa economica privata non può essere qualificata altrimenti che come libertà (come del resto può desumersi dallo stesso primo comma dell'art. 41), di rango però inferiore alle libertà fondamentali e – perciò – inviolabili»¹⁴. Tale tesi si fonda su varie argomentazioni, sintetizzabili nel modo che segue. Un primo argomento, non condiviso da tutti gli Autori¹⁵, ricorda che l'art. 41 Cost. è inserito nel titolo dedicato ai rapporti economici e, al pari delle altre norme in esso contenute, non è richiamato espressamente l'attributo dell'invulnerabilità¹⁶. La mancanza di quest'ultimo, in particolare, comporterebbe anche l'impossibilità di affermare l'indisponibilità e l'irrinunciabilità dell'iniziativa economica: sul punto, si ritiene sufficiente il richiamo al diritto positivo di rango primario che consente al titolare della libertà di giungere alla «integrale distruzione della (cioè alla rinuncia alla) iniziativa»¹⁷. Ulteriori argomenti per

¹⁴ Con queste parole, M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 45. Il tema è affrontato anche da F. BARTOLOMEI, *Rapporti economici e garanzie costituzionali*, Milano, 1979 (per esempio, a partire da pag. 43) e dal contributo più recente di A. PACE, *L'iniziativa economica privata come diritto di libertà. Implicazioni teoriche e pratiche*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, Volume II, Milano, 1992, 1591.

¹⁵ Per esempio, l'argomento è considerato non significativo da M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 41, il quale osserva che altre situazioni giuridiche soggettive prese in considerazione nel Titolo IV della Parte Prima della Costituzione sono senza alcun dubbio qualificabili come inviolabili pur in assenza di una espressa indicazione in tal senso: il riferimento è al diritto di sciopero, al diritto all'equa retribuzione e al diritto al riposo. Per ulteriori considerazioni su questa specifica questione, si rinvia a A.M. SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1972, 468.

¹⁶ S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, Bologna, 1981, nella parte dedicata al rapporto tra la riserva di legge e la funzione sociale (in particolare, pag. 317). La posizione è formulata anche in una successiva opera dell'Autore (ID., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1990).

¹⁷ M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 43, il quale si riferisce, ad esempio, alla possibilità di stipulare patti di non concorrenza ai sensi dell'art. 2596 cod. civ. (per ulteriori valutazioni sull'impatto di questa norma, si veda la posizione di V. DONATIVI, *Introduzione storica*, in A. FRIGNANI

dimostrare che «la libertà economica non ha nell'attuale ordinamento costituzionale una posizione di privilegio»¹⁸ vengono desunti dall'evoluzione storica riguardante la materia dei diritti: come è stato giustamente osservato, l'attuale situazione discende da un lungo processo e il cui primo passo è rappresentato dalla «caduta, fuori dal gruppo e fuori in genere dalla cerchia dei diritti fondamentali, del diritto di proprietà e dell'autonomia contrattuale, almeno in quanto presi come strumenti di un sistema capitalistico di produzione fondato sull'iniziativa privata»¹⁹.

Tuttavia, ad avviso di chi scrive, l'argomento più interessante si rinviene nella considerazione di carattere sistematico fondata sulla corretta ricostruzione del principio di uguaglianza. In base al secondo comma dell'art. 3 Cost., assicurare il godimento dei diritti fondamentali ai consociati costituisce un preciso obiettivo per il legislatore (*rectius*: per il soggetto pubblico). Quest'ultima disposizione, come è noto, prevede che ogni individuo debba essere messo nelle condizioni (materiali, culturali e sociali) di condurre un'esistenza libera e dignitosa, presupposto indefettibile per consentire agli individui di partecipare concretamente all'organizzazione economica, politica e sociale del Paese²⁰. Invece, la libertà di iniziativa economica si colloca «sull'opposto versante degli (almeno potenziali) *ostacoli* al processo di trasformazione lì indicato»²¹: essa, infatti, non è altro che l'espressione giuridica di quelle posizioni di vantaggio economico che si frappongono all'ottenimento del fine posto proprio dall'art. 3 Cost., secondo comma. Per

– R. PARDOLESI – A. PATRONI GRIFFI – L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, Volume I, Bologna, 1993, 57).

¹⁸ V. BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, 1957, 230.

¹⁹ G. BOGNETTI, *Diritti fondamentali nell'esperienza costituzionale*, in *Iustitia*, 1977, 24 (la citazione riportata nel testo si legge a pag. 41).

²⁰ A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999 (in particolare, si veda la ricostruzione della giurisprudenza in materia di diritti sociali sviluppata a partire da pag. 50). Per un'interessante ricostruzione del principio di uguaglianza coerente con il diritto comunitario, si veda il contributo di M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Politica del diritto*, 2000, 3, 367.

²¹ M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 42.

questa ragione, la libertà di cui all'art. 41 Cost. non può essere posta sullo stesso piano delle situazioni contemplate e tutelate dal principio di uguaglianza sostanziale, che, al contrario dell'uguaglianza formale, reclama tante discipline quante sono le situazioni di concreto svantaggio individuale²².

Nonostante la validità dell'impostazione sin qui ricordata, non si può non dar conto di un recente approccio che, invece, giunge a configurare la libertà di impresa alla stregua di un diritto fondamentale. La tesi è largamente influenzata dal dato normativo comunitario e si fonda sulla ricostruzione del concetto di «libertà di impresa»: quest'ultimo racchiude in sé due profili, nella misura in cui contiene sia il riferimento al diritto di accedere a un determinato mercato che il riferimento alla gestione dell'attività avviata. In particolare, la libertà di accesso al mercato rappresenta un diritto fondamentale dell'individuo in ragione della sua strumentalità rispetto alla costituzione del mercato comune che rappresenta il principale (seppure non l'unico) mezzo per l'attuazione del progetto comunitario²³. Dunque, il diritto originario dell'Unione europea, così come interpretato dai giudici comunitari, permette ai sostenitori di questa tesi di affermare che libertà di impresa intesa come libertà di accesso al mercato integra un diritto fondamentale, a differenza della libertà di gestione della propria attività imprenditoriale, situazione che non assume il rango di diritto fondamentale. I sostenitori di questa tesi richiamano anche la complessa ricostruzione giurisprudenziale, soprattutto comunitaria²⁴: quest'ultima, spesso, prende in considerazione quella «dimensione più propriamente

²² In questo senso: M. AINIS, *Azioni positive e principio di uguaglianza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, 582 (in particolare, si ripercorra il ragionamento sviluppato a pag. 598); A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, Padova, 2002, 94; H. CAROLI CASAVOLA, *Giustizia ed eguaglianza nella distribuzione dei benefici pubblici*, Milano, 2004, 9.

²³ M. LOTTINI, *La libertà d'impresa come diritto fondamentale*, in *Foro amministrativo TAR*, 2004, 2, 541.

²⁴ Per una disamina della casistica portata all'attenzione dei giudici comunitari, si veda l'approccio sviluppato da L. DANIELE, *La tutela del diritto di proprietà e del diritto al libero esercizio delle attività economiche nell'ordinamento comunitario e nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto dell'Unione europea*, 1998, 69.

individualistica»²⁵, caratterizzata dalla posizione di divieti e obblighi la cui *ratio* si rinviene nell'esigenza di salvaguardare altri valori costituzionali.

Questa ricostruzione – pur non essendo condivisibile in quanto attributiva di uno statuto giuridico non adeguato alla situazione soggettiva presa in considerazione – è qui richiamata perché ci introduce allo specifico tema del fondamento costituzionale del diritto antitrust: a ben vedere, infatti, essa ha il pregio di mettere in evidenza il fatto che la libertà dell'imprenditore di gestire la propria attività economica è riconosciuta nella misura in cui non costituisca un ostacolo alla libera competizione concorrenziale e al libero accesso al mercato di altri soggetti²⁶. Il riconoscimento dell'iniziativa economica, dunque, non è assoluto e le limitazioni conseguenti all'introduzione di una disciplina antitrust sono riconducibili proprio al principio formulato nell'art. 41 Cost.: in particolare, pur tenendo ben presente la tesi che distingue la previsione contenuta nel primo comma dell'art. 41 Cost. (fonte di una garanzia costituzionale del diritto d'impresa come diritto del privato) dalle disposizioni di cui al secondo e terzo comma (norme che introducono la possibilità per il pubblico potere di sottoporre il diritto d'impresa e/o l'esercizio di questa a potestà pubblicistiche, nel caso in cui vi sia inerenza di interessi pubblici)²⁷, riteniamo di poter concludere sul punto affermando che l'art. 41 Cost. traduce in termini giuridici una buona combinazione di libertà e funzionalizzazione dell'impresa²⁸.

Lo stretto legame tra l'art. 41 Cost. e il diritto antitrust è stato variamente inteso dalla dottrina²⁹: se, infatti, da un lato, è stato autorevolmente

²⁵ M. LOTTINI, *La libertà d'impresa come diritto fondamentale*, in *Foro amministrativo TAR*, 2004, 2, 541.

²⁶ M. LOTTINI, *La libertà d'impresa come diritto fondamentale*, in *Foro amministrativo TAR*, 2004, 2, 541.

²⁷ M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1992, 175, ove, in particolare, si legge un giudizio non pienamente positivo della normativa in parola.

²⁸ Una riflessione sulla funzionalizzazione dell'impresa è formulata da U. BELVISO, *Il concetto di 'iniziativa economica privata' nella Costituzione*, in *Rivista di diritto civile*, 1961, I, 149. L'Autore, in particolare, si sofferma sul superamento dell'impostazione accolta nelle Costituzioni borghesi per meglio comprendere l'attuale quadro normativo.

²⁹ Per la ricostruzione del dibattito in seno all'Assemblea Costituente in merito alla formulazione dell'art. 41 Cost., si veda il documentato contributo di L. GIANNITI, *Note*

sostenuto che l'art. 41 Cost. «rimane isterilito nell'ambiguità ideologica, e perciò incapace di promuovere una moderna disciplina dell'economia», con la conseguenza che «spetta proprio al diritto privato di scoprire i grandi temi della concorrenza e del mercato»³⁰, dall'altro lato non si può non ricordare l'impostazione secondo cui il tema della libertà di concorrenza ha innegabili ricadute sul piano della protezione costituzionale, particolarmente evidenti qualora si consideri il ruolo affidato al legislatore, all'amministrazione, alle Autorità Indipendenti e al giudice³¹. Quanto appena riferito evidenzia che lo studio delle tematiche qui considerate non è insensibile rispetto all'angolo visuale adottato. Pertanto, pur riconoscendo che la contrapposizione tra un'impostazione giusprivatistica e l'approccio giuspubblicistico³² rappresenti

sul dibattito alla Costituente sulla "costituzione economica", in Diritto pubblico, 2000, 1. Si veda anche M. GIAMPIERETTI, Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni, in Diritto e società, 2003, 442.

³⁰ N. IRTI, *Iniziativa privata e concorrenza (verso la nuova costituzione economica)*, in *Giurisprudenza italiana*, 1997, 6, 226.

³¹ F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010, 33. L'Autore si è occupato anche di ricostruire la disciplina materiale del diritto antitrust (ID., *I nuovi strumenti di tutela antitrust: misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, Milano, 2007). Inoltre, si confronti la tesi ricordata nel testo con l'impostazione di R. MANFRELOTTI, *Le libertà economiche nella prospettiva della concorrenza: l'esperienza italiana tra amministrazione e giurisdizione*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Diritti e Costituzione*, Milano, 2003, 411.

³² Si confronti la posizione ricordata nel testo con i contributi di G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella 'tutela della concorrenza'*, in *Rivista di diritto civile*, 1993, 543 e G. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione e istituzioni comunitarie*, in *Quaderni costituzionali*, 1992, 40. Tuttavia, è innegabile che il diritto antitrust possa essere guardato da altri angoli visuali. Per esempio, esso presuppone nozioni di carattere economico che esulano dalla nostra specifica competenza. Alcuni scritti giuridici hanno il grande pregio di chiarire i concetti economici indispensabili per comprendere le principali scelte del legislatore. Pertanto, in questa sede, sia consentito il solo rinvio alle principali letture fatte: F. MUNARI, *La legge 10 ottobre 1990, n. 287 e il diritto comunitario della concorrenza*, in *Contratto e impresa*, 1992, 627; R. PARDOLESI, *Analisi economica della legislazione antitrust italiana*, in *Foro italiano*, 1993, V, 2; B. LIBONATI, *Ordine giuridico e legge economica del mercato*, in *Rivista delle società*, 1998, 1558. Particolarmente interessante è la ricostruzione di M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, V, Torino, 1990, 382. Infine, per l'analisi della specifica strutturazione del diritto antitrust, si veda il documentato contributo di M. FILIPPELLI, *Le presunzioni nel diritto antitrust europeo*, in *Federalismi*. Un approccio economico è sviluppato anche nelle opere monografiche di G. MARZI – L. PROSPERETTI – E. PUTZU, *La regolazione dei servizi infrastrutturali. Teoria e pratica*, Bologna, 2001 e L. PROSPERETTI – M. SIRAGUSA – M. BERETTA – M. MERINI, *Economia e diritto antitrust. Un'introduzione*, Roma, 2006.

un elemento costante del dibattito, riteniamo non solo utile, ma anche opportuno per ragioni di economia del lavoro, soffermarci esclusivamente sulla ricostruzione delle varie teorie formulate in merito all'individuazione della *ratio* giustificatrice della normativa antitrust. Inoltre, pur essendo consapevoli del rischio di appiattare posizioni che presentano peculiarità e differenze al proprio interno, riteniamo utile sviluppare il discorso prendendo le mosse dalla tradizionale dicotomia formulata dalla dottrina per descrivere l'obiettivo ultimo del diritto antitrust.

Secondo un primo orientamento, largamente diffuso tra gli studiosi di diritto civile, la regolazione antitrust mira a garantire il maggior livello possibile di soddisfazione tra i consumatori³³. La regolazione del mercato è realmente efficace³⁴ se riesce, nel contempo, a elidere i profili anticoncorrenziali evidenziati nel caso *sub judice* (o, più propriamente, all'attenzione dell'Autorità Indipendente competente³⁵) e a stimolare la concorrenzialità del mercato verso

³³ Per la nozione giuridica di consumatore (rilevante, come è noto, soprattutto in ambito contrattuale), si veda F. BOCCHINI, *Nozione di consumatore e modelli economici*, in F. BOCCHINI (a cura di), *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, Volume I, Torino, 2003, 25. La nozione di consumatore ha immediate ripercussioni sulla disciplina processuale, così come ampiamente dimostrato da L. D'ACUNTO, *L'azione di classe dell'art. 140 bis, c. cons.: quale innalzamento della tutela dei consumatori?*, in *Contratto e impresa*, 2011, 4-5, 1103. Elementi di grande interesse per la tematica *de qua* sono presenti in G. ALPA, *Nuove prospettive della protezione dei consumatori*, in *Nuova Giurisprudenza civile commentata*, 2005, II, 103 e nella raccolta di saggi di G. GUIZZI, *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti*, Milano, 2010. Per quanto riguarda la specifica applicazione della disciplina consumeristica alla realtà di Internet, si veda il circostanziato volume di G. SCORZA, *Il diritto dei consumatori e della concorrenza in internet*, Padova, 2006, *passim*. Infine, si ricorda la ricostruzione di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, *passim*, particolarmente interessante per gli spunti pubblicistici sviluppati nella ricostruzione teorica.

³⁴ Nelle pagine seguenti, non ci si soffermerà sul concetto di efficacia della normativa antitrust. Tuttavia, pare molto interessante il ragionamento sviluppato da D. ZIMMER, *Competition law de lege ferenda*, in R. ZÄCH – A. HEINEMANN – A. KELLERHALS (eds), *The Development of Competition Law*, Cheltenham-Northampton, 2010, 319 (in particolare, a partire da pag. 322).

³⁵ Sullo specifico ruolo che hanno le Autorità Amministrative Indipendenti – ricordate nel testo anche con l'acronimo A.I. – si vedano i contributi di: F. CINTIOLI, *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"*, in *Diritto e società*, 2009, 389 e V. FALCE, *Cooperazione e regolazione nell'area unica dei sistemi di pagamento al dettaglio: note in materia di commissioni interbancarie*,

l'obiettivo del *consumer welfare*³⁶. Il benessere dei consumatori cessa di essere considerato alla stregua di un valore esclusivamente sociale nella misura in cui diventa elemento centrale della normativa antitrust: sul punto, si richiama anche la posizione delle istituzioni comunitarie, secondo le quali è compito dell'Unione europea trovare un punto di equilibrio «*between protecting consumer welfare and creating the right conditions for business in Europe to grow to the scale needed to take on global competitors*»³⁷.

Già nelle prime formulazioni di questa teoria³⁸, è adeguatamente dimostrato il legame tra l'art. 41 Cost., il diritto antitrust e la tutela del consumatore: in particolare, partendo dalla considerazione che la funzione finale dell'impresa è conseguire profitti, si sostiene che la legittimazione del ruolo dell'impresa nasca esclusivamente dal giudizio del mercato, cioè dal consenso che la massa anonima dei consumatori esprime nei confronti delle offerte di mercato dell'impresa. Dunque, sia l'impresa che il profitto si giustificano in ragione della sovranità del consumatore: l'incontro tra le scelte egoistiche dell'imprenditore e quelle, pur altrettanto egoistiche, dei consumatori, permettono il mantenimento del progresso economico e del benessere collettivo riconducibili all'economia di mercato. Le scelte degli imprenditori e dei consumatori sono ispirate a un individualismo che è stato acutamente definito non solo (e non tanto) metodologico, ma più

in *Banca borsa titoli di credito*, 2009, 714. Entrambi gli Autori pongono la centralità della questione riguardante il *consumer welfare*.

³⁶ D. GIURATO, *La decisione con impegni nel diritto antitrust italiano*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012, 6, 455.

³⁷ La frase ricordata nel testo è stata pronunciata da Joaquim Almunia il 21 ottobre 2010, così come si legge nel contributo di R. ANGELINI, *Le pratiche commerciali scorrette: alcune considerazioni di sistema*, in *Obbligazione e Contratti*, 2011, 5, 327. La contrapposizione ricordata nel testo tra impostazioni pubblicistiche e privatistiche è condivisa dall'Autrice, come dimostra la seguente affermazione: se la tendenza segnalata rileva con riguardo alle discipline che pure appaiono avere una vocazione esclusivamente "consumeristica", essa a maggior ragione deve fare riflettere l'interprete quando questi si confronti con norme la cui *ratio* appare esorbitare dalla tutela del consumatore singolo e, soprattutto, quando ci si trovi in un contesto pubblicistico.

³⁸ La più risalente impostazione consumeristica si deve a T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, *passim*.

propriamente (e seppur non dichiaratamente) ontologico³⁹. Dunque, il diritto antitrust cerca di prevenire e correggere le condotte imprenditoriali non conformi al modello economico di riferimento ponendo una normativa di favore nei confronti del consumatore-contraente debole. Ancor più radicale è la posizione di chi afferma che «(l)a libertà d'iniziativa non serve soltanto a circoscrivere il potere dello Stato, ma a costruire una *nuova disciplina dei rapporti tra privati*: la libertà d'iniziativa solleva il problema della concorrenza; e questa, a sua volta, suscita il problema di tutela dei consumatori. Ecco dischiudersi il *diritto del mercato*, il quale non è una semplice sfera di azioni libere, ma un *insieme di rapporti giuridici* (rapporti vicendevoli tra imprenditori; e rapporti tra imprenditori e consumatori)»⁴⁰.

Questa tesi sembra aver ricevuto una conferma nella recente introduzione del Codice del consumo, di cui al d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206: le nuove norme, infatti, disciplinano i rapporti tra gli imprenditori e i consumatori, con il dichiarato intento di arginare quelle pratiche considerate scorrette in quanto idonee a falsare in modo rilevante il comportamento economico dei consumatori. L'argomento è ritenuto pregnante per i sostenitori della teoria in commento, anche se non sono mancate voci contrarie che hanno avuto il merito di mettere bene in evidenza il carattere pubblicistico della nuova normativa⁴¹.

³⁹ In questi termini, M. LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza nel pensiero di Tullio Ascarelli*, in *Dircomm*.

⁴⁰ N. IRTI, *Iniziativa privata e concorrenza (verso la nuova costituzione economica)*, in *Giurisprudenza italiana*, 1997, 6, 226.

⁴¹ G. CASABURI, *Tutela dei consumatori, disciplina della concorrenza sleale e dei segni distintivi tra giudice ordinario e Autorità garante*, in *Diritto industriale*, 2013, 1, 58. La complessa tutela del consumatore nell'ambito del commercio elettronico è oggetto di un'attenta disamina da parte di D. LAMANNA DI SALVO, *La tutela del consumatore nell'ordinamento italiano tra strumenti privatistici e pubblicistici*, in *Giurisprudenza di merito*, 2013, 12, 265. In particolare, il ragionamento sviluppato dall'Autore parte «dall'assunto per cui l'informazione è potere, anche contrattuale. Il diverso potere contrattuale di cui ogni agente economico dispone determina il raggiungimento di un regolamento contrattuale che potrà pendere o meno dalla sua parte, realizzandone in tutto o in parte le pretese. Quello appena descritto con grande concisione è un meccanismo che si ritrova pressoché intatto in tutte le relazioni che caratterizzano il traffico giuridico tra i privati. Vi sono però anche situazioni particolari, tutt'altro che infrequenti, nelle quali emerge la figura del contraente debole. Trattasi di fattispecie connotate da una struttura

In base alle considerazioni sin qui svolte possiamo affermare che per i sostenitori di questa teoria, la concorrenza di un mercato è garantita laddove si realizzi la migliore allocazione possibile delle risorse e, conseguentemente, il massimo benessere collettivo⁴².

La seconda impostazione che ha animato il dibattito vede nella *freedom to compete* il vero obiettivo perseguito con l'introduzione di una normativa antitrust. L'art. 41 Cost., si osserva, mira ad attribuire un diritto ai consociati, la cui esplicazione influisce direttamente sull'assetto normativo del mercato. In particolare, secondo la dottrina straniera, il raffronto delle principali normative vigenti consente di ritenere che «(t)he goal of competition law is to protect the freedom of individuals to compete. The goal of competition law is not to promote consumer welfare directly»; quest'ultimo «is a goal of the legal order»⁴³. Ciò è particolarmente evidente se si prendono in considerazione alcune specifiche esperienze: per esempio, «the mandate of the Swiss Constitution thus imposes the obligation to ensure free competition and hence the individual's freedom to compete»⁴⁴.

tale per cui, inevitabilmente, su di un soggetto gravano pesi e rischi non comuni alla controparte. In queste ipotesi, il potere contrattuale dell'agente risulta drasticamente ridotto. Nel terreno del commercio elettronico, per esempio, hanno preso piede i contratti per adesione, schema negoziale che prevede, da parte di un soggetto, l'acquirente, la mera prestazione di un consenso, anzi, per dirla con autorevole dottrina, "un sì o un no".

⁴² M. ARAGIUSTO, *Dinamiche e regole della concorrenza*, Padova, 2006, 176, secondo cui lo squilibrio di potere contrattuale tra professionista e consumatore si riflette in negativo sulla concorrenza, snaturandola. Per rimuovere il fattore degenerante e così ripristinarla e consolidarla, occorre equilibrare i poteri dei soggetti del mercato, necessariamente rafforzando quello delle presenze deboli. Molto interessanti anche le riflessioni sviluppate a pag. 20 con riguardo al rapporto tra iniziativa economica, intervento pubblico e caratteri propri dello Stato sociale.

⁴³ R. ZÄCH – A. KÜNZLER, *Freedom to Compete or Consumer Welfare: The Goal of Competition Law according to Constitutional Law*, in R. ZÄCH – A. HEINEMANN – A. KELLERHALS (eds), *The Development of Competition Law*, Cheltenham – Northampton, Edward Elgar, 2010, 71.

⁴⁴ La Costituzione svizzera contiene un esplicito riferimento alla materia della concorrenza: sul punto, si veda la ricostruzione di R. ZÄCH – A. KÜNZLER, *Freedom to Compete or Consumer Welfare: The Goal of Competition Law according to Constitutional Law*, in R. ZÄCH – A. HEINEMANN – A. KELLERHALS (eds), *The Development of Competition Law*, Cheltenham – Northampton, Edward Elgar, 2010, 71. Per quanto riguarda la situazione italiana e, in particolare, per quanto attiene il complesso rapporto tra legislazione statale e potestà regionale in materia di concorrenza, si veda il recentissimo studio di C. PINELLI, *La tutela della concorrenza come principio e come materia. La giurisprudenza costituzionale 2004-2013*, in *Rivista dell'associazione italiana dei costituzionalisti*, 2014, 1.

Dunque, una volta aperto il varco alla tutela costituzionale della libertà di concorrenza, la dottrina ha ulteriormente sviluppato il ragionamento affermando che il mercato non rappresenta una regola del sistema normativo costituzionale; esso stesso è, a ben vedere, un valore costituzionale. Al dibattito ha contribuito anche la giurisprudenza costituzionale che, sotto l'influenza del diritto comunitario, ha interpretato l'art. 41 Cost. come norma che permette di configurare una dimensione oggettiva della tutela della concorrenza, che muove dal riconoscimento del mercato come valore autonomo, ma che finisce per entrare in conflitto con la dimensione soggettiva della stessa libertà dando luogo a quello che è stato definito il «paradosso della libertà di concorrenza»⁴⁵.

Tuttavia, è innegabile che la Corte costituzionale abbia avuto sul tema orientamenti mutevoli nel corso del tempo. È innegabile che, in tempi precedenti all'entrata in vigore della legge 10 ottobre 1990, n. 287, sia stata prospettata la possibilità di ritenere valide entrambe le ricostruzioni. In particolare, in una sentenza del 1982, si legge che la libertà di concorrenza tra imprese ha una duplice finalità: da un lato, integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori e, dall'altro, è diretta alla protezione della collettività, in quanto l'esistenza di una pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenerne i prezzi⁴⁶. La sentenza è interessante anche perché contiene una sorta di monito per il legislatore, il quale avrebbe dovuto delineare una normativa antitrust che «sarebbe servita anche all'utilità sociale, e perfino, in

⁴⁵ In questi termini, F. ANGELINI, *Costituzione ed economia al tempo della crisi...*, in *Rivista dell'associazione italiana dei costituzionalisti*, 2012, 4, 9. Spunti sul tema sono presenti in S. NICCOLAI, *Mercato come valore o mercato come regola? Osservazioni minime su un tema importante*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1991, 3680; F. CINTIOLI, *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"*, in *Diritto e società*, 2009, 382.

⁴⁶ CORTE COSTITUZIONALE, sentenza 16 dicembre 1982, n. 223, in *Giurcost*.

quanto limitativa di abusi di posizioni dominanti nel mercato, all'eguaglianza sostanziale»⁴⁷.

Quest'ultima riflessione ci introduce alla teoria che riteniamo preferibile e che, in un certo senso, consente di superare la contrapposizione ricordata nelle pagine precedenti. Ad avviso di chi scrive, per affrontare il tema in una prospettiva nuova bisogna partire dal riconoscimento della funzione strumentale svolta dal diritto antitrust: quest'ultimo, infatti, rappresenta sempre più uno strumento di controllo (democratico) del potere economico⁴⁸ e svolge una funzione fondamentale rispetto all'esercizio di altri diritti costituzionalmente garantiti. Così come è stato acutamente osservato da alcuni Autori, la «(a)nti-trust legislation came to be viewed as a charter of freedom on a par with the Bill of Rights». La teoria qui richiamata è ancora più chiara se si leggono le considerazioni formulate con riguardo allo *Sherman Act* e, in particolare, il passaggio in cui si afferma che il diritto antitrust è «an instrument for democratic control of economic power because such power was perceived as a threat to the individual liberties guaranteed by the constitution. ... Thus the legislation correctly implemented the constitutional mandate»⁴⁹. Pertanto, gli illeciti comuni alle varie normative

⁴⁷ C. PINELLI, *La tutela della concorrenza come principio e come materia. La giurisprudenza costituzionale 2004-2013*, in *Rivista dell'associazione italiana dei costituzionalisti*, 2014, 1, 15.

⁴⁸ A tal proposito, pare molto bella la citazione di G. GHINI – E. AREZZO, *La prospettiva costituzionale della tutela della concorrenza*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2012, 4, 459, secondo cui: «(l)a fondazione della disciplina europea della concorrenza riflette ampiamente anche ragioni definibili, nelle parole di Giuliano Amato, in termini di 'efficienza democratica'. Ci riferiamo alle note motivazioni libertarie sviluppate dagli Ordoliberali della Scuola di Friburgo guidata dai giuristi Franz Böhm e Hans Grossman-Dörth e dall'economista Walter Eucken. Questa scuola di pensiero — che per decenni, ha ricordato David Gerber, il mondo anglosassone, e segnatamente gli USA, hanno sostanzialmente ignorato — valorizzava la tutela della concorrenza, prima che come strumento di efficienze economiche, come garanzia, appunto, di una società pluralista. Da qui gli Ordoliberali sottolineavano i pericoli, tanto per il processo competitivo quanto per il processo democratico, discendenti dall'eccesso di potere economico privato (sottolineatura probabilmente al cuore delle odierne differenze fra l'antitrust europeo e quello americano, che a partire dalla c.d. era Reagan ha nettamente privilegiato la generazione di 'efficienze', ponendosi spesso, anche in casi celebri (basti citare *GE/Honeywell* e *Microsoft*) in rotta di collisione con la visione comunitaria».

⁴⁹ R. ZÄCH – A. KÜNZLER, *Freedom to Compete or Consumer Welfare: The Goal of Competition Law according to Constitutional Law*, in R. ZÄCH – A. HEINEMANN – A.

antitrust hanno il preciso obiettivo di prevenire le condotte potenzialmente limitatrici di altre posizioni giuridiche soggettive, il cui pieno sviluppo è saldamente ancorato ai principi costituzionali (*in primis*, all'art. 3 Cost.). Ne discende che il *consumer welfare* e la *freedom to compete*, se considerati isolatamente, non riescono a fotografare la complessa *ratio* del diritto antitrust.

La questione presenta molti elementi in comune con un ambito affine, *ratione materiae*, a quello qui considerato. Ci si riferisce, in particolare, alle attente conclusioni formulate in merito alla funzione strumentale del diritto di accesso a Internet e, in particolare, all'idea autorevolmente sostenuta secondo cui non è contestabile che, «nell'attuale assetto sociale, l'accesso ai mezzi informatici vada considerato un vero e proprio diritto sociale, strumentale all'esercizio di altri diritti fondamentali»⁵⁰. Una analoga funzione strumentale potrebbe essere affidata al riconoscimento della libertà di iniziativa economica, situazione giuridica soggettiva che, nella ricostruzione qui accolta, perde la funzione di agevolare la presenza di più soggetti operanti nel mercato per contribuire al pieno sviluppo delle altre libertà sancite in Costituzione? Proviamo a dare una risposta a quest'interrogativo analizzando il caso della disciplina radiotelevisiva. Ad avviso di chi scrive, è innegabile che sussiste uno stretto legame tra la libertà degli operatori economici che svolgono attività radiotelevisiva e il diritto degli utenti a ricevere una libera informazione: il riconoscimento della prima, infatti, si ripercuote direttamente sulla piena esplicazione dei secondi. La presenza di più operatori economici è condizione necessaria – ma non sufficiente – rispetto all'esigenza di costruire un sistema improntato al pluralismo, principio affermato in più occasioni dalla Corte Costituzionale con il dichiarato intento di salvaguardare (i diritti de)gli utenti⁵¹. Tuttavia, pur condividendo questa iniziale riflessione, riteniamo che non sia

KELLERHALS (eds), *The Development of Competition Law*, Cheltenham-Northampton, 2010, 6 (in particolare, si vedano le pagg. 65 e ss.).

⁵⁰ G. DE MINICO, *Uguaglianza e accesso a Internet*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 6 (in particolare, si veda la nota 19).

⁵¹ Approfondiremo la questione del pluralismo, facendo cenni alla giurisprudenza costituzionale in materia radiotelevisiva, nel capitolo successivo.

opportuno identificare la nozione di benessere degli utenti con l'ottima allocazione delle risorse richiamata da chi ritiene che il *consumer welfare* rappresenti l'obiettivo posto a fondamento della normativa antitrust. Intendere il *consumer welfare* in una dimensione meramente economica – e, in particolare, secondo il criterio dell'efficienza proprio dell'economia paretiana – pone due problemi. In primo luogo, questa impostazione sminuisce il riferimento alla libertà del soggetto economico, il quale, a norma dell'art. 41 Cost., è pur sempre titolare di una situazione di vantaggio. In secondo luogo, pare coerente con il fondamento costituzionale del diritto antitrust affermare che l'esigenza di garantire il benessere dei consociati debba tradursi nel riconoscimento di diritti. Le preoccupazioni fondate sull'analisi del mero equilibrio economico, pertanto, devono essere sostituite dallo sviluppo di una sensibilità che sia realmente attenta a riconoscere diritti soggettivi, il cui contenuto non si traduce nel riconoscimento di un semplice potere di scelta in capo all'utente.

In conclusione, possiamo affermare che la pianificazione della concorrenza rappresenti un obiettivo costituzionale, anche qualora si voglia prescindere dall'analisi delle sollecitazioni provenienti dall'ordinamento comunitario⁵², il quale, tuttavia, ha rappresentato la principale fonte di ispirazione per il legislatore italiano.

Dunque, il fondamento costituzionale del diritto antitrust discende direttamente dalla libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost., norma che, in virtù della asserita vocazione strumentale, potrà contribuire non poco allo sviluppo del dibattito sull'esercizio dei tradizionali diritti attraverso i nuovi mezzi di comunicazione⁵³.

⁵² Questa è la conclusione a cui giunge R. MANFRELLOTTI, *Autorità indipendenti e funzione sociale del mercato. Programmazione della concorrenza e modelli di tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, 103, con ampi riferimenti alla letteratura classica sul tema.

⁵³ Spunti interessanti sulla questione affrontata nel testo sono presenti nel recentissimo articolo di G. DE MINICO, *La neutralità della rete e i diritti dei cittadini*, in *l'Unità*, 22 marzo 2014, 16. Non è da escludere che le idee espresse nel testo possano avere una qualche ripercussione sul riconoscimento della natura di diritto fondamentale con riguardo alla libertà di iniziativa economica.

2. La disciplina degli illeciti antitrust: una lex specialis per la concorrenza su Internet?

L'analisi del fondamento costituzionale del diritto antitrust dimostra l'inutilità di affrontare il tema *de qua* in una prospettiva meramente economica. In particolare, nelle pagine precedenti si trova conferma dell'inappropriatezza di un approccio che consideri recessivo il piano della tutela dei diritti. A ben vedere, la concorrenza pone innanzitutto problemi in punto di diritto, la cui soluzione, pur fondandosi sull'acquisizione di conoscenze formulate dalla scienza economica⁵⁴, non può che tradursi nella posizione di norme giuridiche positive. Convinti della correttezza di questo approccio, affronteremo nelle pagine seguenti il complesso tema dell'individuazione del diritto antitrust applicabile ai nuovi mezzi di comunicazione e, in particolare, alle fattispecie che si esplicano sulla rete Internet.

L'avvento di Internet ha imposto alla dottrina di risolvere due distinti problemi, comuni a tutte le ipotesi di mercati c.d. emergenti⁵⁵. In primo luogo, bisogna capire se sia opportuno introdurre norme antitrust in grado di disciplinare lo specifico settore di Internet. La risposta al secondo interrogativo, invece, cerca di individuare quali siano le regole migliori per la rete: in particolare, allo stato attuale, possiamo ritenere sufficiente il riferimento alla disciplina antitrust vigente per gli illeciti *offline*⁵⁶ oppure dobbiamo ritenere che le peculiarità di Internet impongano l'introduzione di

⁵⁴ Per una sintetica ma esaustiva analisi delle teorie formulate dalle varie scuole economiche, si veda il saggio di R. VAN DEN BERGH, *Introduzione. L'analisi economica del diritto della concorrenza*, in A. FRIGNANI – R. PARDOLESI – A. PATRONI GRIFFI – L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, Volume I, Bologna, 1993, 1.

⁵⁵ La terminologia è presente in vari Autori: per esempio, A. STAZI, *Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e concorrenza*, Milano, 2006, 188, definisce il mercato emergente in virtù del riferimento al fenomeno (tecnologico) della convergenza.

⁵⁶ Esula dalla nostra indagine la ricostruzione del contenuto generale del diritto antitrust, italiano ed europeo. Sul punto, pertanto, sia consentito il solo rinvio alla risalente opera in quattro volumi di A. FRIGNANI – R. PARDOLESI – A. PATRONI GRIFFI – L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, Volume I, Bologna, 1993 e al recente lavoro di F.L. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013.

una normativa *ad hoc*, una vera e propria *lex specialis* per il *web*?⁵⁷ L'ordine dei due interrogativi non è affatto casuale e, a ben vedere, solo una risposta positiva al primo consente di affrontare il tema indicato nel secondo⁵⁸.

Per rispondere al primo interrogativo, è particolarmente utile tener presente che innovazione e concorrenza sono fenomeni strettamente connessi:

⁵⁷ G. ROSSI, *Cyber-antitrust. Internet e tutela della concorrenza*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2003, 2, 247, condivide i due interrogativi e formula la propria soluzione con le seguenti parole: porre le stesse domande: «Internet rende superfluo il diritto antitrust, e/o ne vanifica le capacità? In seconda battuta: lo sviluppo delle attività economiche in vario modo legate ad Internet rende necessari dei cambiamenti nel diritto antitrust, sul piano dei concetti, delle regole, delle procedure e delle modalità applicative».

⁵⁸ Il tema è stato ampiamente studiato dalla dottrina americana, la quale ha risolto gli interrogativi indicati nel testo in vario modo. Oltre ai vari contributi che indicheremo nelle pagine seguenti, si vedano: A. ALEXANDROV – G. DELTAS – D.F. SPULBER, *Antitrust and competition in two sided markets*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 2011, Volume 7, 4, 775; I. ABOVITZ, *Why the United States should rethink its legal approach to internet gambling: a comparative analysis of regulatory models that have been successfully implemented in foreign jurisdictions*, in *Temple International and Comparative Law Journal*, 2008, Volume 22, 437; J. ALBERT, *Adding uncertainty to the virtual shopping cart: antitrust regulation of internet minimum advertised price policies*, in *Beth Fordham Law Review*, 2012, Volume 80, 1679; G.N. BAUER, *eMonopoly: Why Internet-Based Monopolies Have an Inherent 'Get-out-of-Jail-Free Card'*, in *Brooklyn Law Review*, 2011, Volume 76, 731; L. BLUE, *Internet and Domain Name Governance: Antitrust Litigation and ICANN*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2004, Volume 19, 387; K.M. BROCKMEYER, *State Regulation of Resale Price Maintenance on the Internet: The Constitutional Problems with the 2009 Amendment to the Maryland Antitrust Act*, in *Washington & Lee Law Review*, 2010, Volume 67, 1111; J. FARRELL, *Modularity, Vertical Integration, and Open Access Policies: Towards a Convergence of Antitrust and Regulation in the Internet Age*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 2003, Volume 17, 85; D.J. GIFFORD, *Dominance, innovation, and efficiency: modifying antitrust and intellectual property doctrines to further welfare*, in *Hofstra Law Review*, 2011, Volume 49, 437; J.A. GOLDFOOT, *Antitrust implications of internet administration*, in *Virginia Law Review*, 1998, Volume 84, 909; G. GÜRKAYNAK – D. DURLU – M. HAGAN, *Antitrust on the Internet: a Comparative Assessment of Competition Law Enforcement in the Internet Realm*, in *Business Law International*, 2013, Volume 14, 1, 51-89; J.E. LOPATKA – W.H. PAGE, *Internet Regulation and Consumer Welfare: Innovation, Speculation, and Cable Bundling*, in *Hastings Law Journal*, 2001, Volume 52, 891; M.E. STUCKE, *Why more antitrust immunity for the media is a bad idea*, in *Northwestern University Law Review*, 2011, Volume 105, 1399; R.S. TENNIS – A.B. SCHWAB, *Business Model Innovation and Antitrust Law*, in *Yale Journal on Regulation*, 2012, Volume 29, 307; A. THEMELIS, *The Internet, Jurisdiction and EU Competition Law: The Concept of 'Over-territoriality' in Addressing Jurisdictional Implications in the Online World*, in *World Competition: Law & Economics Review*, 2012, Volume 35, 2, 325; P.J. WEISER, *Innovation & Antitrust: innovation, entrepreneurship, and the information age*, in *Journal on Telecommunications & High Technology Law*, 2011, Volume 9, 1. Nel prosieguo del discorso cercheremo di evidenziare in maniera adeguata anche il contributo della dottrina italiana.

qualsiasi processo di innovazione, infatti, può determinare l'accrescimento del c.d. potere in mercato in capo agli operatori economici che abbiano contribuito allo sviluppo della tecnologia considerata. In particolare, la commercializzazione di un prodotto innovativo potrebbe consentire all'imprenditore di imporsi in un mercato già esistente ovvero potrebbe contribuire alla creazione di un nuovo mercato, in cui, almeno nella prima fase, quest'unico soggetto opererà in regime di monopolio. In entrambi i casi, si determina un fenomeno che è stato opportunamente definito di dominanza temporanea. Con questa terminologia, in particolare, si cerca di distinguere la posizione di vantaggio acquisita dall'operatore in virtù dell'innovazione tecnologica introdotta nel mercato dalla dominanza persistente, presupposto per l'applicazione del diritto antitrust. Le due situazioni sono assai divergenti sul piano normativo: la dominanza transitoria, in quanto frutto del processo innovativo, rappresenta una situazione fisiologica che non suscita l'immediata applicazione del diritto antitrust; la dominanza persistente, invece, induce all'adozione di una risposta sanzionatoria e, pertanto, interessa direttamente il diritto antitrust.

La situazione descritta è molto frequente nell'ambito dei mercati delle comunicazioni elettroniche: questi ultimi, infatti, anche a causa della tipica caratteristica di struttura a rete, richiedono un controllo attivo e penetrante da parte del custode del mercato. Anche per questa ragione, pare condivisibile l'idea secondo cui è necessario introdurre, nei mercati qui considerati, un «costante monitoraggio dei comportamenti delle imprese dotate di notevole potere di mercato, onde evitare che le stesse, in specie mediante il controllo sull'accesso dei concorrenti attuali o potenziali, nonché degli utenti, alle reti, possano ostacolare l'innovazione e la concorrenza da parte di altri operatori»⁵⁹.

⁵⁹ A. STAZI, *Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e concorrenza*, Milano, 2006, 189. Per una descrizione dei c.d. effetti di rete, si veda la nota 7 a pag. 189.

Dunque, ferme restando l'importanza dell'innovazione e l'esigenza di garantire la più ampia condivisione delle nuove conoscenze⁶⁰, riteniamo condivisibile l'idea di chi ha affermato che «*(t)he antitrust laws serve as a bulwark against the extension of the exclusive rights of copyright to the extent that consumers may be directly subjected to harm*»⁶¹. L'innovazione non consente di escludere sempre e comunque l'applicazione del diritto antitrust che, infatti, conserva la (tipica) funzione di arginare eventuali abusi da parte del titolare del diritto anche qualora ci si riferisca a settori caratterizzati da importanti innovazioni tecnologiche. Pertanto, chi ha investito in un determinato ambito avrà il pieno diritto di conseguire quelle utilità economiche connesse all'investimento ma non potrà mai invocare l'assoluta esenzione dall'applicazione della normativa antitrust vigente.

Tuttavia, il rapporto tra concorrenza e innovazione si esplica anche in una dimensione diversa, che solo apparentemente è in contrasto con l'idea appena esposta: infatti, «*the pressure to innovate is a direct result of competition, as each competitor seeks to create newer, more desirable products, or lower their own marginal costs of production of goods in an attempt to increase profits and better satisfy consumer needs*». Pertanto, «*(s)een in this light, antitrust law, by maintaining the competitive environment, partially serves the same purpose as copyright law – to provide an environment in which innovation can flourish*»⁶². Quindi, la presenza di un buon livello di concorrenzialità è elemento in grado di stimolare gli operatori economici verso

⁶⁰ Emblematico a tal proposito è il riferimento alla cultura del c.d. *file sharing*, fenomeno strettamente connesso alla creazione di contenuti da parte degli stessi utenti della rete (meglio noto con il sintagma *user generated content*). Torneremo su queste tematiche nell'ambito del IV capitolo.

⁶¹ S.M. FLAIM, *Copyright conspiracy: how the new copyright alert system may violate the sherman act*, in *New York University Journal of Intellectual Property & Entertainment Law*, 2012, Volume 2, 142 (la citazione riportata nel testo si legge a pag. 187).

⁶² S.M. FLAIM, *Copyright conspiracy: how the new copyright alert system may violate the sherman act*, in *New York University Journal of Intellectual Property & Entertainment Law*, 2012, Volume 2, 163. Sul tema specifico dell'applicazione del diritto antitrust alle imprese operanti nel mercato della distribuzione di musica in Internet sono molto pertinenti le considerazioni di R. LANDY, *Copyright Cartels or Legitimate Joint Ventures? What the MusicNet and Pressplay Litigation Means for the Entertainment Industry's New Distribution Models*, in *UCLA Entertainment Law Review*, 2012, Volume 19, 371.

nuove forme di investimento; la conseguente innovazione dei servizi e prodotti offerti permette di soddisfare le esigenze di un maggior numero di clienti, elemento indispensabile per la crescita economica dell'attività di impresa.

L'accostamento tra tutela della concorrenza e innovazione – ravvisabile in moltissimi settori della moderna economia⁶³ – ci consente di affermare che anche i mercati c.d. emergenti impongono una riflessione sull'applicazione del diritto antitrust. Pertanto riteniamo di poter rispondere al primo interrogativo affermando che l'innovazione caratterizzante Internet non è elemento ostativo all'applicazione del diritto antitrust⁶⁴. D'altronde, è innegabile che uno degli

⁶³ Per esempio, oltre alle tematiche che qui ci impegnano è interessante ricordare il dibattito sviluppato in merito ai brevetti registrati nel settore medico e farmaceutico. Per una circostanziata applicazione dei principi ricordati nel testo a questo specifico settore, si veda il lavoro di M.A. CARRIER, *Innovation for the 21st Century: Harnessing the Power of Intellectual Property and Antitrust Law*, New York, 2009. Il libro è stato recensito da G. LASTOWKA, *Innovative copyright. (Reviewing Michael A. Carrier, Innovation for the 21st Century: Harnessing the Power of Intellectual Property and Antitrust Law.)*, 2011, Volume 109, 1011. Entrambi gli Autori si soffermano anche sul problema della globalizzazione. Riservandoci di affrontare il tema negli ultimi due paragrafi di questo capitolo, riteniamo comunque utile anticipare in questa sede la tesi di A. THEMELIS, *The Internet, Jurisdiction and EU Competition Law: The Concept of 'Over-territoriality' in Addressing Jurisdictional Implications in the Online World*, in *World Competition: Law & Economics Review*, 2012, Volume 35, 2, 353: «(t)he assertion of extraterritorial jurisdiction has been and will remain an important aspect of preventing anticompetitive practices occurring in an internationalized commercial environment in which technology plays an imperative role. The above discussion extends the analysis and understanding of jurisdictional implications arising in the Internet area in relation to anticompetitive conduct. The specific characteristics of the Internet and the technical implications of e-commerce transactions affect and influence the rationale behind attempts to establish jurisdictional competence when anticompetitive practices arise. In addressing these effects, an elevated approach in successfully addressing problematic scenarios was introduced as the solution to jurisdictional problems in applying EU competition law upon conduct manifesting within the Internet. As it is now, competition law is capable of addressing the substantive aspects of the situation at hand, yet incapable of being applied due to procedural aspects. Given that, first, economic conduct is significantly internationalized through e-commerce and second, that anticompetitive actions manifest themselves in an increasingly more complex formation within a technologically complicated and interconnected global market context, the proposition for this enhanced jurisdictional approach provides a framework that addresses all possible jurisdictional implications to the application of competition law».

⁶⁴ Interessanti sono le considerazioni di D.M. TRACER, *Overcharge but Don't Overestimate: Calculating Damages for Antitrust Injuries in Two-Sided Markets*, in *Cardozo Law Review*, 2011, Volume 33, 807. In particolare, si ritiene utile ricordare il giudizio formulato a pag. 836: «a court needs to balance the need to allow companies to

aspetti più rilevanti in tema di *governance* della rete attenga proprio agli equilibri competitivi, come dimostra la tesi secondo cui «*(t)he power to control the architecture of the Internet is the power to control communication, commerce, and vast quantities of personal data*»⁶⁵.

Alla luce di questa considerazione e consapevoli della presenza di alcune impostazioni che, invece, escludono in radice la possibilità di commettere illeciti antitrust tramite Internet⁶⁶, possiamo rispondere al secondo interrogativo. Quale è, dunque, il diritto antitrust che possiamo applicare a Internet? Possiamo applicare la disciplina vigente per gli illeciti commessi *offline* oppure dobbiamo necessariamente propendere per l'introduzione di una nuova normativa?

Esponiamo subito la nostra idea. Le particolarità di Internet impongono di rivedere alcuni dei più tradizionali concetti formulati dagli studiosi del diritto antitrust: sia gli elementi oggettivi – *in primis*, la nozione di mercato rilevante – che i presupposti soggettivi della normativa antitrust richiedono alcuni aggiustamenti. Il *conditor jus*, pertanto, deve cercare di adeguare la disciplina alle specificità di Internet. Tuttavia, in attesa di una tale rimodulazione, non si dovrebbe, ad avviso di chi scrive, escludere *in toto* l'applicazione degli istituti vigenti, che, a ben vedere, rappresentano l'unico

experiment and innovate with pricing, while at the same time requiring a defendant to show that a pricing structure would be reasonable in light of generally accepted industry-wide practice. Ultimately, a fair test would involve assessing whether such a pricing structure could survive in a fairly competitive market».

⁶⁵ J.T. LEPP, *Icann's escape from antitrust liability*, in *Washington University Law Review*, 2012, Volume 89, 4, 931. Per l'Autore, inoltre, «*(t)hat power is wielded primarily by an American non-profit organization called the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN). Although one of ICANN's professed purposes is to promote competition in the markets for domain names and domain name services, it has failed to do so effectively. On the contrary, many of ICANN's actions have harmed competition*».

⁶⁶ Per una disamina delle principali questioni analizzate da chi ritiene che Internet non debba essere oggetto di regolazione, sia consentito il rinvio a S.K. MEHRA, *Paradise is a walled garden? trust, antitrust, and user dynamism*, in *George Mason Law Review*, 2011, Volume 18, 4, 889. In particolare, si veda il passaggio a pag. 891 in cui si afferma che «*these laissez-faire commentators argue that using intervention to foster network neutrality-like openness may be flawed as a matter of economic theory, may be difficult to apply without causing unforeseen harm to innovation in practice, and, finally, may not matter to consumer welfare*». Il tema sarà ripreso nei due successivi capitoli.

riferimento normativo in grado di arginare fenomeni e condotte violatrici della *ratio* che abbiamo individuato: quest'ultima, infatti, non muta in ragione del mezzo impiegato e dovrà essere tenuta nella giusta considerazione da parte del legislatore che decida di occuparsi del tema *de qua*.

Soffermiamoci brevemente sulla principale istanza di rinnovamento (degli elementi oggettivi) delle fattispecie antitrust⁶⁷.

Uno degli argomenti più interessanti guarda alla nozione di mercato rilevante per mettere in evidenza quali accorgimenti adottare in ragione delle specificità di Internet. A dire il vero, si tratta di un processo che travalica l'ambito di indagine qui considerato, così come dimostra la tesi secondo cui «(è) recentemente partita una vivace campagna contro il concetto di mercato rilevante antitrust. Non che esso fosse stato supinamente accettato da tutti gli esperti della politica della concorrenza e, soprattutto, dagli economisti industriali. Non sono infatti mancate in passato frequenti critiche all'impiego di questo concetto e all'utilizzo della quota di mercato quale indicatore del potere di mercato di un'impresa»⁶⁸. Per quel che qui rileva, è interessante notare che l'auspicato superamento della nozione di mercato rilevante è sostenuta proprio avendo riguardo all'abuso di posizione dominante, l'illecito antitrust più frequentemente contestato in Internet.

Nei suoi tratti essenziali, la nozione di mercato rilevante è preordinata alla soddisfazione di due esigenze di fondo. In primo luogo, essa contribuisce all'individuazione del perimetro entro cui si svolgono le relazioni competitive tra le imprese oggetto dell'accertamento antitrust (*id est*: l'ambito merceologico di riferimento); in secondo luogo, essa permette di quantificare il potere di mercato esercitato dalle imprese su quel determinato mercato proprio grazie alla precisa individuazione delle c.d. quote di mercato detenute. Pertanto, pur

⁶⁷ Sui presupposti soggettivi torneremo *infra*, quando ci occuperemo delle caratteristiche che presentano le imprese operanti in Internet.

⁶⁸ P. SABBATINI, *Sulla (ir)rilevanza del mercato rilevante*, in *Mercato concorrenza regole*, 2012, 3, 495. Anche se risalenti nel tempo, sono ancora interessanti le teorie sviluppate sulla questione indicata nel testo nel lavoro di J.A. EISENACH – T.M. LENARD (eds.), *Competition, Innovation and the Microsoft Monopoly: Antitrust in the digital marketplace*, Berlino, 1999.

ammettendo la possibilità di superare la nozione di mercato rilevante, è necessario sottolineare che qualsiasi innovazione *in subiecta materia* non potrà tradursi nella totale negazione di queste due finalità⁶⁹. Dunque, pur riconoscendo che «*it is not currently clear how courts will define the relevant antitrust market*» soprattutto nell'ipotesi in cui vengano in rilievo attività riconducibili ai grandi soggetti economici operanti in Internet, si può concludere sul punto affermando che «*the relevant market definition will likely depend upon whether brick-and-mortar substitutes are available for a given product or service, or whether that product or service is available from an Internet-based business only*»⁷⁰.

Inoltre, un nuovo modo di intendere il mercato rilevante dovrebbe tenere in debito conto la struttura economica caratterizzante Internet, che è, come si avrà modo di precisare nel prosieguo, a due versanti. Questa caratteristica influisce notevolmente sul punto di equilibrio a cui deve tendere una buona normativa antitrust e sul ruolo affidato a chi è chiamato a controllare il sistema. Lo dimostra l'idea secondo cui «*(o)n the one hand, courts*

⁶⁹ P.T. BARBUR – K.W. MACH – J.J. CLARKE, *Market definition in complex internet markets*, in *The Sedona Conference Journal*, 2011, Volume 12, 285, affermano a pag. 299 che: «*(n)aturally, it is far easier to identify problems with the traditional approach to market definition than to propose an effective replacement. But it does seem clear that, in assessing complex internet markets, U.S. regulators need to shift their traditional approach to market definition toward a more flexible method that accounts for alternative forms of markets and competition. Acknowledging that we may not yet have the kind of analytical tools necessary to assess more complex markets, and that it will take some time to develop, it is appropriate to take a measured enforcement approach and proceed cautiously lest regulators unwittingly punish pro-competitive conduct in increasingly important markets. This is not to say that antitrust enforcers must leave the field entirely, as some have suggested, but rather that a degree of modesty is required where traditional approaches are an awkward fit to the faces. Some may fairly protest that this is precisely the approach U.S. regulators are currently taking. But from the practitioner's perspective, the positive steps that the regulators have taken thus far do not provide much insight into how the Agencies will approach markets that fall outside of the traditional approach to market definition, other than that they will try to do so. This leaves practitioners hampered in providing useful advice to clients pondering potentially critical business decisions. So, while we will all have to live with a measure of uncertainty, clarity and transparency will be at a premium going forward*». Gli Autori, inoltre, approfondiscono anche lo studio delle *Horizontal Merger Guidelines*, valutandone, in particolare, le innovazioni introdotte nel 2010 (pagg. 287 e ss.).

⁷⁰ In questi termini, J. KAGAN, *Bricks, Mortar, and Google: Defining the Relevant Antitrust Market for Internet-Based Companies*, in *New York Law School Law Review*, 2010-2011, Volume 55, 271 (in particolare, si veda la conclusione a pag. 292).

must be mindful of the legitimate commercial interest in creating large market forums that generate efficiencies in the form of substantial indirect network effects. Simultaneously, courts cannot lose sight of their role in curbing and controlling the unlawful exercise of disproportionate market power that can be used to harm consumers»⁷¹.

Le considerazioni sin qui svolte sarebbero incomplete se non si desse conto dell'incertezza metodologica riscontrata da chi ha studiato il tema dalla prospettiva economica⁷², che è, come più volte sottolineato, assai influente sul dibattito giuridico. Pertanto, se allo stato attuale sembra prematuro ammettere un netto e immediato superamento del concetto di mercato rilevante, non si deve escludere un approfondimento della questione che, partendo dall'analisi della casistica, permetta di valorizzare la dinamicità e la complessità del tema. Ciò che, invece, si può affermare con certezza sin da ora è che la ricodificazione del diritto antitrust non dovrà necessariamente comportare un ampliamento delle ipotesi di responsabilità a carico delle imprese⁷³, né tantomeno l'assoluta esclusione di un regime antitrust per Internet.

Dunque, il ragionamento sin qui sviluppato conferma che Internet pone problemi ascrivibili al diritto della concorrenza. Pertanto, si ritiene non condivisibile l'idea secondo cui l'assenza di barriere all'entrata sia concausa di una situazione connotata dalla totale assenza di ostacoli alla libera concorrenza in Internet. Inoltre, ancor meno condivisibile è la tesi che considera Internet

⁷¹ D.M. TRACER, *Overcharge but Don't Overestimate: Calculating Damages for Antitrust Injuries in Two-Sided Markets*, in *Cardozo Law Review*, 2011, Volume 33, 839.

⁷² Ex multibus, si veda la posizione di P. SABBATINI, *Sulla (ir)rilevanza del mercato rilevante*, in *Mercato concorrenza regole*, 2012, 3, 510: «l'individuazione del potere di mercato nei casi di abuso di posizione dominante è tema ancora ampiamente controverso. Da una parte è proprio in questa area che il paradigma del mercato rilevante mostra le maggiori debolezze. Nel contempo però non vi sono alternative affidabili e robuste. L'indice di Lerner e gli altri metodi impiegati per l'accertamento diretto del potere di mercato non si rivelano particolarmente informativi sulle relazioni economiche da cui esso scaturisce. Il riferimento alla capacità di controllare le regole del gioco rimane ancora allo stadio di intuizione e richiede una più rigorosa esposizione metodologica».

⁷³ Si confronti la posizione riportata nel testo con il caso specifico preso in considerazione da C.S. YOO, *When antitrust met Facebook*, in *George Mason Law Review*, 2012, Volume 19, 1147.

non già alla stregua di un mercato ma come mero strumento tecnologico⁷⁴, come tale assolutamente irrilevante per il diritto antitrust. Semmai, ad avviso di chi scrive, è proprio partendo dall'analisi delle innegabili connessioni tra le varie piattaforme – originariamente separate e oggi sempre più integrate tra loro – a mostrare quale ruolo debba essere affidato alla *competition* nel mondo digitale. D'altronde, l'esperienza del mercato delle telecomunicazioni insegna che i mercati emergenti spesso hanno molte caratteristiche in comune con i c.d. mercati tradizionali: quale ruolo attribuire allo Stato, quale disciplina predisporre con riguardo ai monopoli pubblici e quali modalità seguire per ridurre gli alti costi connessi all'innovazione sono, per esempio, questioni comuni ai nuovi e ai vecchi mercati, oggetto di un vivace dibattito politico e di un'attenta riflessione dottrinale sul tema⁷⁵. Ed è proprio la centralità che dovrebbe essere attribuita alla decisione politica a fornire un valido argomento per criticare la tendenza della *Federal Trade Commission*⁷⁶ americana, la quale, in più occasioni, ha manifestato la volontà di incentivare forme di *self regulation* degli operatori economici in merito alle questioni inerenti il diritto della concorrenza⁷⁷, riguardanti, tra i vari aspetti, anche l'individuazione del mercato rilevante. Come evidenzieremo nel prosieguo, la soluzione proposta non è

⁷⁴ G. ROSSI, *Cyber-antitrust. Internet e tutela della concorrenza*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2003, 2, 247, il quale, tuttavia, ritiene comunque determinante sviluppare una sensibilità antitrust per il caso specifico di Internet.

⁷⁵ V. FRANCESCHELLI, *Digital platforms in a competition law context. A new function of competition law in the digital era?*, in *Rivista di diritto industriale*, 2012, 6, 289, il quale ritiene che il *cyberspace* non rappresenti un nuovo mercato. L'Autore si sofferma anche sulla individuazione della funzione propria del diritto antitrust.

⁷⁶ D'ora in poi ricordata nel testo con l'acronimo FTC.

⁷⁷ G. GÜRKAYNAK – D. DURLU – M. HAGAN, *Antitrust on the Internet: a Comparative Assessment of Competition Law Enforcement in the Internet Realm*, in *Business Law International*, 2013, Volume 14, 1, 51. Gli Autori sviluppano tre interessanti considerazioni. In primo luogo, si osserva che il mercato della pubblicità dovrebbe essere diviso in due aree, rispettivamente in grado di fotografare la situazione *online* e la situazione *offline*. Il tema è di grande attualità e, almeno per quanto riguarda la situazione italiana, ha immediate ripercussioni sul calcolo del c.d. SIC (il sistema integrato delle comunicazioni posto a fondamento della disciplina antitrust speciale delineata nella legislazione più recente). La seconda osservazione riguarda i *social network* e, in linea generale, tutti i servizi che non trovano alcuna alternativa nel mondo *offline*. Infine, gli Autori osservano che per Internet non valgono i criteri di identificazione territoriale che, invece, valgono per tutti gli altri mercati.

condivisibile, dal momento che l'autoregolamentazione potrebbe porsi in contraddizione con i diritti degli utenti e degli altri *competitors*, interessati al riconoscimento di un accesso alla rete che sia ampio e neutrale⁷⁸.

3. *Le prime riflessioni sul tema: il caso Microsoft*

Sin qui abbiamo affrontato questioni generali riguardanti il diritto antitrust e questioni specifiche riguardanti il rapporto tra *competitor* e *information communication technology*⁷⁹. D'ora in poi verificheremo quale influenza abbiano (o abbiano avuto) le varie ricostruzioni sulla soluzione dei casi portati all'attenzione delle varie autorità di settore. Dunque, in questo paragrafo faremo un cenno alla vicenda che ha avuto come protagonista Microsoft; nel successivo paragrafo, invece, descriveremo il contenuto dei provvedimenti adottati nei confronti di Google, accusato di aver abusato della propria posizione di dominanza nel mercato della ricerca *online*.

Chiunque utilizzi le tecnologie informatiche ha avuto modo di imbattersi in prodotti realizzati dalla Microsoft, una delle più grandi società operanti nel settore delle ICT, ideatrice, ad esempio, del diffusissimo sistema operativo Windows. Tuttavia, l'offerta commerciale di Microsoft non si riduce

⁷⁸ Torneremo sulle molteplici interferenze tra diritto antitrust e neutralità della rete nei capitoli successivi. Tuttavia, in questa sede pare ricordare che per G. ROSSI, *Cyber-antitrust. Internet e tutela della concorrenza*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2003, 2, 247, il positivo riconoscimento del diritto d'accesso non rappresenta una panacea contro tutti i problemi di concorrenza.

⁷⁹ La terminologia ricordata nel testo – spesso sostituita dall'acronimo ICT – viene utilizzata per riferirsi all'insieme dei metodi e delle tecnologie che realizzano i sistemi di trasmissione, ricezione ed elaborazione di informazioni (comprese le tecnologie digitali). Per una definizione di ICT utile ai fini del diritto antitrust si vedano gli ampi lavori di N.T. NIKOLINAKOS, *EU Competition Law and Regulation in the Converging Telecommunications, Media and IT Sectors*, Alphen aan den Rijn, 2006 (si veda, in particolare, la descrizione del processo di transizione dal regime monopolistico al regime di liberalizzazione del mercato riportata a partire da pag. 19) e L. GARZANITI – M. O'REGAN (eds), *Telecommunications, Broadcasting and the Internet EU Competition Law and Regulation*, Londra, 2010: in particolare, per quel che qui rileva pare interessante citare l'elaborazione del principio della neutralità tecnologica (si veda, in particolare, il ragionamento a pag. 126).

alla sola commercializzazione del sistema operativo: nel corso degli anni, infatti, la società ha ampliato la propria offerta con la (pre)installazione di ulteriori applicazioni sui *personal computer* venduti in tutto il mondo. Gli elevati investimenti e la conseguente innovazione tecnologica hanno permesso alla società di imporsi, in breve tempo, nella commercializzazione dei prodotti informatici, con quote molto vicine al 100%⁸⁰ del mercato di riferimento. In particolare, questo risultato è stato conseguito grazie alla scelta aziendale di legare il destino del sistema operativo all'applicazione Internet Explorer, a lungo considerata dagli utenti della rete l'unica via di accesso al *web*⁸¹.

Entriamo subito nel merito della questione verificando se la condotta di Microsoft ponga un problema di diritto antitrust. A ben vedere, Microsoft è riuscita a conquistare il mercato dei *browser* grazie al potere economico detenuto nell'ambito del mercato dei sistemi operativi: in particolare, Microsoft è riuscita, per un lungo periodo, a impedire lo sviluppo da parte di terzi di quelle applicazioni che sarebbero potute entrare in competizione con le proprie. Per raggiungere questo obiettivo, è stato sufficiente tener nascosto⁸² il

⁸⁰ Alcuni dati statistici vengono riportati da A. FRIGNANI, *La concorrenza nella disciplina radiotelevisiva*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2006, 6, 1005. L'elevata quota di mercato detenuta spiega la ragione per cui i procedimenti a carico di Microsoft si siano chiusi con sanzioni economiche molto dure. Sul punto, si veda S. CRESPI, *Spunti di riflessione a margine dei nuovi orientamenti in materia di calcolo delle ammende per violazione degli artt. 81 e 82 del Trattato CE*, in *Rivista italiana di diritto pubblico e comunitario*, 2006, 5, 811, che quantifica in 497,20 milioni di euro l'importo della sanzione inflitta.

⁸¹ Nel testo limiteremo la nostra indagine alla sola questione riguardante Internet Explorer. Tuttavia, per completezza del discorso non possiamo non ricordare che anche altre applicazioni hanno posto il problema di comprendere se il comportamento di Microsoft fosse coerente con i principi propri del diritto antitrust. In questa sede pare utile ricordare la vicenda riguardante i lettori audio e video (i c.d. *media player*). Per la specifica ricostruzione di questa vicenda si rimanda al contributo di F. MORANDO, *Principi tecnici ed economici per l'analisi del mercato delle piattaforme software: il caso Microsoft europeo*, in *Concorrenza e mercato*, 2004, 1, 185.

⁸² La segretezza del codice sorgente interessa anche il delicato tema della tutela del diritto di privativa intellettuale avente ad oggetto l'elaborazione del software. Sul punto, sia consentito il rinvio a S. MONTALDO, *Internet e commons: le risorse della rete nella prospettiva dei beni comuni*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2013, 2, 287. In particolare, si veda la parte in cui l'Autore afferma che la rete Internet è basata su standard non proprietari che assicurano il funzionamento della sua architettura *end-to-end*. Per esempio, «i protocolli HTTP e il linguaggio HTML sono stati elaborati come beni comuni, in quanto mantenuti accessibili dall'inventore Tim Berners-Lee allo scopo

c.d. codice sorgente, una sorta di chiave d'accesso al linguaggio impiegato da un sistema operativo per funzionare correttamente, la cui conoscenza è indispensabile per lo sviluppo di applicazioni che aspirino a funzionare correttamente con quel determinato sistema operativo. L'elevata diffusione di Windows, dunque, impediva il reale sviluppo di un'offerta concorrente e consentiva a Microsoft di blindare il mercato delle applicazioni con l'erezione di una sorta di barriera all'ingresso artificiale posta a suo esclusivo vantaggio.

La scelta di Microsoft è giustificabile solo alla luce di egoistiche valutazioni economiche; infatti, in alternativa alla decisione presa, la società avrebbe potuto aprirsi al mercato, per esempio, sottoscrivendo accordi

di permettere a terzi di apportare miglioramenti e svilupparne le potenzialità. Al contrario, standard tecnici sui quali poggiano, ad esempio, molti formati di *files* come .doc e le altre estensioni Microsoft, sono oggetto di diritti di proprietà intellettuale, quale strumento essenziale per poterne valorizzare le potenzialità commerciali. In questo caso si tratta dunque di beni privati, che possono essere condivisi solo mediante concessione di una licenza e che possono dunque essere classificati come *club goods*. Elementi chiave del livello funzionale sono anche gli indirizzi IP ed i nomi a dominio. Da un punto di vista tassonomico, essi possono essere classificati come beni privati, poiché sono gestiti in via esclusiva dalla Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), un'organizzazione legittimata a conferire il diritto all'utilizzo di un determinato nome a dominio, sulla base della regola *first come – first served*, quale espressione della formale struttura gerarchica della comunità di internet. Un ulteriore gruppo di risorse di particolare importanza in questo contesto è quello dei *software* e delle applicazioni, che consentono ai computer di esercitare le più svariate funzioni. La natura di queste risorse è alquanto controversa. Invero, l'impulso originario allo sviluppo della rete è stato impartito dal principio dell'*open access*, che ha consentito alla struttura globale di internet di rafforzarsi grazie agli utenti stessi. L'accessibilità di molti *software* consentiva altresì una più agevole soluzione a possibili loro problematiche ed accordava altresì la possibilità di individualizzare la configurazione dei terminali, a seconda delle esigenze di utilizzo degli utenti. Tuttavia, il promettente valore commerciale di questi beni determinò l'insorgere di posizioni diametralmente opposte, come quella espressa da Bill Gates nella sua "Open letter to Hobbyists" del 1976. In quel documento, Bill Gates espresse le linee ispiratrici della futura industria dei *software*, evidenziando l'opportunità di limitare l'accesso ai codici sorgenti e gli effetti negativi dell'*open access* sulle imprese fornitrici di servizi informatici. Da quel momento, il livello funzionale si è sviluppato da un lato grazie ad iniziative delle imprese operative nel settore informatico e dall'altro lato mediante gli sforzi per mantenere la libertà di accesso a taluni *software*. Per queste ragioni, la categoria in questione può essere ricondotta ai beni comuni o privati, a seconda della situazione: i *software* sono teoricamente beni a consumo non rivale, ma la loro qualificazione come beni comuni o privati dipende dagli effettivi margini di accessibilità, a loro volta dettati dalle esigenze di sfruttamento commerciale».

economici⁸³ con gli altri soggetti interessati a sviluppare applicazioni per il *web*. In particolare, così come è stato giustamente osservato, Microsoft avrebbe potuto seguire tre diversi modelli di comportamento, schematizzabili nel modo che segue: «un atteggiamento favorevole all'apertura, che imponga la visibilità del software, richiedendo la comunicazione del sorgente (e della relativa documentazione); un atteggiamento neutrale, che ammetta la liceità del tentativo di conoscere il software (risalendo dall'eseguibile al sorgente), ma senza imporre l'obbligo di fornire tale conoscenza (il cui disvelamento verrebbe a dipendere dall'esito dello scontro tecnologico tra chi vuole nascondere e chi vuole svelare); un'attiva tutela della chiusura, che non solo accetta che il software possa essere inaccessibile ma usa le sanzioni del diritto a garanzia di tale inaccessibilità»⁸⁴.

Il comportamento di Microsoft è stato ben presto portato all'attenzione delle autorità chiamate a vigilare sulla concorrenza e sul mercato, le quali, pur seguendo approcci diversi, hanno manifestato la comune volontà di sanzionare la società. Quale sia stato l'impatto di tali interventi è questione che, ancora oggi, divide gli studiosi della materia⁸⁵. Tuttavia, in questa sede, si può

⁸³ F. MORANDO, *Principi tecnici ed economici per l'analisi del mercato delle piattaforme software: il caso Microsoft europeo*, in *Concorrenza e mercato*, 2004, 1, 185, è molto critico sul contenuto di tali accordi. L'Autore, in particolare, ricorda che «l'atteggiamento di Microsoft nei confronti di produttori di *middleware* quali Netscape o di Real Networks conferma che la società di Bill Gates sarebbe stata disposta a collaborare con altri produttori di browser o riproduttori multimediali (media player) qualora essi si fossero impegnati a non sviluppare le potenzialità di piattaforma dei loro prodotti, limitandoli difatto a particolari software applicativi».

⁸⁴ G. SARTOR – G. SCORZA, *L'accesso al codice sorgente: alcune considerazioni su libertà, conoscenza e concorrenza in margine al caso Microsoft*, in *Diritto dell'Internet*, 2006, 4, 329.

⁸⁵ Un'esaustiva ricostruzione dei principali aspetti riguardanti la vicenda Microsoft, interessante anche per la distanza temporale tra il giudizio formulato e i fatti osservati è presente in C. BUTTS, *The Microsoft Case 10 Years Later: Antitrust and New Leading 'New Economy' Firms*, in *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, 2010, Volume 8, 275: «(a) retrospective evaluation of the Microsoft antitrust case reveals that much value was gained from the awareness raised regarding the difficulties of antitrust regulation in the new economy. However, it also makes clear that the Microsoft case did not provide a structure for antitrust regulation that can be rigidly or faithfully applied to antitrust analyses of all high-technology companies. As one example, it is likely that the government got some things wrong such as narrowly defining the market with respect to the underlying technology. It is clear how this could pose problems in

affermare con certezza che l'applicazione di sanzioni nei confronti di Microsoft – il cui ammontare complessivo non rappresenta un dato trascurabile – ha sicuramente alterato gli equilibri della *web economy*: infatti, gli interventi della FTC e delle istituzioni europee⁸⁶ hanno causato un arretramento di Microsoft e, conseguentemente, hanno agevolato l'entrata (o l'avanzata) di altri soggetti economici.

Proviamo ad affrontare la questione dell'opportunità dell'intervento sanzionatorio richiamando alcuni argomenti sostenuti dalla dottrina sin dalle prime fasi della vicenda.

Secondo un primo orientamento l'integrazione tra il sistema operativo e l'applicazione che consente di accedere a Internet è fonte di utilità non trascurabili per gli utenti, i quali non subiscono alcuna diminuzione del proprio potere di scelta: essi, infatti, possono disinstallare il programma⁸⁷ e utilizzare un'altra applicazione per la navigazione nel *web*. Pertanto, il comportamento di Microsoft non ha determinato alcuna lesione dei diritti dei consumatori che, anzi, godono di un regime connotato da maggiori *efficiencies* di sistema in ragione della scelta commerciale di Microsoft⁸⁸. Anzi, proprio richiamando gli

future analyses as it may have with the Google-Yahoo deal. It is clear that the Microsoft case did not even address all the potential antitrust considerations that will arise with relation to New Generation Firms. This is clear given the potential antitrust concerns related to data portability with Facebook. In conclusion, courts and regulators must be willing to recognize the way that technology can influence antitrust analyses, without losing sight of the ultimate goal: fostering competition» (in tal senso, le parole a pag. 291).

⁸⁶ I primi interventi imputabili alle autorità europee sono ben descritti nel contributo di G. MASTRANTONIO, *Tra mito ed antitrust: il caso Microsoft all'indomani dell'ordinanza del Tribunale CE*, in *Diritto industriale*, 2005, 2, 173. Per le più recenti tendenze della giurisprudenza comunitaria in materia di diritto antitrust si vedano i due contributi di L. NIVARRA, *La proprietà europea tra controriforma e «rivoluzione passiva»*, in *Europa e diritto privato*, 2011, 3, 575 e M. MAGGIOLINO, *Standard probatori: alcuni spunti di riflessione per e da il diritto della concorrenza*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2013, 1, 51.

⁸⁷ Si sofferma criticamente sulla possibilità di disinstallare le componenti *software* attivate sul *personal computer* F. MORANDO, *Principi tecnici ed economici per l'analisi del mercato delle piattaforme software: il caso Microsoft europeo*, in *Concorrenza e mercato*, 2004, 1, 185.

⁸⁸ Per maggiori argomentazioni della tesi ricordata nel testo si veda il contributo di J.E. LOPATKA – W.H. PAGE, *Antitrust on Internet Time: Microsoft and the Law and Economics of Exclusion*, in *Supreme Court Economic Review*, 2009, Volume 7, 157, in

effetti positivi conseguenti all'integrazione di più prodotti, si ritiene inopportuno e dannoso l'intervento sanzionatorio del soggetto pubblico, foriero di una possibile riduzione di investimenti da parte dell'impresa interessata⁸⁹.

La seconda impostazione è quella che riteniamo preferibile. Essa, si fonda sul recupero della distinzione tra dominanza temporanea e dominanza persistente, fattispecie che, come già ricordato, si differenziano sul piano dell'intervento sanzionatorio. In particolare, ad avviso di chi scrive, non è possibile sostenere che Microsoft si trovasse in una situazione di dominanza temporanea; da ciò discende l'impossibilità di considerare meno gravi le condotte contestate dalle autorità antitrust. Dunque, pur riconoscendo la stretta connessione tra la dominanza di Microsoft e gli investimenti posti in essere, non si ritiene conforme alla suddetta distinzione la sussunzione del comportamento di Microsoft entro i meno stringenti contorni della dominanza temporanea. D'altronde, una conferma della conclusione qui accolta può

particolare, pag. 230. Gli Autori si erano già occupati dello stretto rapporto tra concorrenza e tutela dei consumatori in un precedente contributo: ID., *Internet Regulation and Consumer Welfare: Innovation, Speculation, and Cable Bundling*, in *Hastings Law Journal*, 2001, Volume 52, 891. In particolare, si ritiene pertinente il seguente giudizio: «(t)he foundation of a sound competition policy is the welfare of consumers. A cable company's practice of bundling broadband transmission and Internet services causes consumers no immediate harm. But some argue that it will impose future consumer injury by deterring innovation. The threat of impaired innovation has become a common justification for intervention in markets. A risk to innovation should be taken seriously in the formulation of public policy, but a claim that innovation is threatened cannot become some kind of a trump card, cutting off all further play. Economists do not fully understand the process of innovation or the conditions that promote optimal invention. Stripped bare, an assertion of impeded innovation is often a claim that innovation will proceed down a path the critic disfavors, not that it will cease or even decline. That claim itself implies an uncertain trade-off in consumer welfare, and whatever its merits, the prospect of future injury must be balanced against any immediate consumer benefits. In a competitive market, where business practices hurt rivals, who are always potential innovators, uncritical deference to claims of impaired innovation can subvert consumer welfare. Though a threat to innovation from cable bundling cannot be dismissed, it is not sufficiently serious to justify regulation».

⁸⁹ Un giudizio molto negativo sugli interventi sanzionatori è formulato da V. ZENOVICH, *Legislazione, giurisprudenza e dottrina nel diritto dell'Internet*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 3, 377, al quale si rimanda anche per le complete indicazioni dottrinali sul caso analizzato nel testo (in particolare, si vedano i riferimenti in lingua italiana indicati nelle note 6 e 7).

essere rinvenuta nell'atteggiamento complessivo tenuto dalla società che, in più occasioni, ha mostrato di voler (continuare a) perseguire una politica aziendale tanto aggressiva quanto efficace rispetto all'obiettivo prefissato: raggiungere quote sempre maggiori di mercato.

Pertanto, recuperando il giudizio della dottrina americana sul caso qui esaminato, possiamo affermare che *«the durable meaning of Microsoft must also include an understanding that the use of public power to control private power is at the core of antitrust's objectives; and that employing such public power – or staying one's hand – is ultimately a political, as well as a legal, act affecting not only our economy, but also the balance of public and private power in our society»*⁹⁰. Il mancato intervento delle competenti autorità sarebbe apparso come un ingiustificato inadempimento del dovere di bilanciare gli interessi del privato – *id est*: di Microsoft – con quelli pubblici. Quindi, pur riconoscendo il diritto a recuperare gli investimenti posti in essere, non si può mai arrivare a giustificare la *monopolization* del mercato considerato: molto probabilmente, il disinteresse delle autorità avrebbe condotto a questo risultato e alle altre conseguenze negative che ad esso si ricollegano. Per questa ragione, si può concludere sul punto affermando che l'inerzia delle autorità avrebbe rappresentato una soluzione squilibrata e nettamente favorevole a Microsoft, in netta contraddizione con le finalità proprie del diritto antitrust⁹¹.

⁹⁰ H. FIRST, *Re-framing Windows: The Durable Meaning of the Microsoft Antitrust Litigation*, in *Utah Law Review*, 2006, Vol. 3, 641 (la citazione riportata nel testo si legge a pag. 761). Si veda, anche la parte in cui l'Autore descrive la c.d. tecnica del *tying*: *«(i) in its simplest form, “tying” is the sale of a product on the condition that the buyer also purchase a second product. Its anticompetitive effects can be felt by consumers, who (1) might not want to purchase the second product at all, or (2) would prefer to purchase the second product from another supplier. Exclusionary anticompetitive effects can also flow to suppliers of the second product, whose ability to sell the second product may be impaired or in extreme cases entirely precluded by the tying arrangement»*.

⁹¹ Oltre alle varie citazioni riportate nelle note precedenti, riteniamo utile ricordare in questa sede le impostazioni di S. GIUBBONI, *Solidarietà e concorrenza: «conflitto» o «concorso»?*, in *Mercato concorrenza regole*, 2004, 1, 75 e M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, 2, 1429. In particolare, quest'ultimo Autore definisce la «concorrenza effettiva» come autonomo bene giuridico.

4. *Gli Over the Top e il controllo delle autorità di settore: gli interventi americani ed europei sul caso Google*

La vicenda Microsoft rappresenta una sorta di *leading case* e ha molto influenzato il dibattito successivo, così come dimostra il c.d. caso Google⁹², oggetto delle seguenti riflessioni.

In via del tutto preliminare, dobbiamo osservare che Google è stata accusata di aver commesso due distinti illeciti antitrust. La prima contestazione ha avuto ad oggetto l'utilizzo dei brevetti sugli *smartphone* di ultima generazione e, in particolare, l'installazione di *default* del sistema operativo Android⁹³. Invece, con la seconda accusa – di particolare interesse per la tematica *de qua* – si prende in considerazione il mercato della ricerca *online* al fine di comprendere se Google abbia abusato della (innegabile) posizione di dominanza detenuta. Nelle pagine seguenti, ci occuperemo di quest'ultimo aspetto della vicenda, soffermandoci su alcune delle questioni analizzate dalle autorità di settore che sono intervenute. In particolare, cercheremo di capire se è possibile configurare un mercato della ricerca *online* e se il comportamento di Google abbia alterato gli equilibri competitivi di questo mercato. Nella seconda parte di questo paragrafo, invece, ci interrogheremo sulla natura

⁹² R. POLLOCK, *Is Google the next Microsoft? Competition, welfare and regulation in internet search*, in *Review of Network Economics*, 2010, Volume 9, 4, 1. Gli addetti ai lavori non hanno dubbi circa la qualificazione di Google alla stregua di un *Over The Top*: questa terminologia è, infatti, impiegata proprio per riferirsi alle grandi società operanti in Internet. Per richiamare questa categoria di soggetti – che include, tra gli altri, anche Facebook e YouTube – si utilizza spesso l'acronimo OTT.

⁹³ La vicenda origina dall'acquisizione di Motorola, una delle più importanti società produttrici di *devices* mobili. La questione è affrontata in un recente provvedimento della autorità antitrust americana (FTC, *Statement of the Federal Trade Commission In the Matter of Google Inc.*, n. 121-0120, 3 gennaio 2013), in cui si afferma che: «(w)e take this action pursuant to the Commission's authority under Section 5 to prohibit unfair methods of competition, which both Congress and the Supreme Court have expressly deemed to extend beyond the Sherman Act. A stand-alone Section 5 unfair methods of competition claim allows the Commission to protect consumers and the standard-setting process while minimizing the often burdensome combination of class actions and treble damages associated with private antitrust enforcement. In a society that all of us recognize is overly litigious, the judicious use of Section 5 is a sensible and practical way for the Commission to bring problematic conduct to a halt». (pagg. 2 e 3 del provvedimento).

giuridica di Google: in particolare, richiamando la dottrina americana che ha studiato il tema, cercheremo di capire se Google sia un *common carrier*, una *essential facility* oppure una *public utility*. Nei paragrafi successivi, invece, faremo alcune considerazioni sugli interventi delle autorità competenti: tuttavia, già in queste notazioni preliminari, pare opportuno sottolineare la mancata chiusura del procedimento istruttorio avviato dalle competenti istituzioni europee: queste ultime, infatti, a differenza di quelle americane⁹⁴, hanno più volte cambiato approccio e, così come dimostrano i *rumors* riportati dalla stampa specializzata⁹⁵, hanno preferito abbandonare l'approccio rigido inizialmente ipotizzato per giungere a una soluzione concordata con Google.

L'intervento delle autorità antitrust è stato sollecitato dalla campagna di sensibilizzazione avviata da alcuni *competitors* di Google, preoccupati di rimanere estromessi dalle dinamiche del mercato a causa della continua ed esponenziale crescita del motore di ricerca. In particolare, alcune società operanti in Internet hanno deciso di costituire degli enti collettivi al fine di denunciare alle autorità competenti i presunti abusi di Google. Sono così nati

⁹⁴ La FTC ha chiuso l'istruttoria con un provvedimento non pienamente condivisibile. Ci si riferisce a FTC, *Statement of the Federal Trade Commission Regarding Google's Search Practices In the Matter of Google Inc.*, n. 111-0163, 3 gennaio 2013. Il contenuto del provvedimento è ben descritto nelle seguenti parole: «*we find that the evidence presented at this time does not support the allegation that Google's display of its own vertical content at or near the top of its search results page was a product design change undertaken without a legitimate business justification. Rather, we conclude that Google's display of its own content could plausibly be viewed as an improvement in the overall quality of Google's search product. Similarly, we have not found sufficient evidence that Google manipulates its search algorithms to unfairly disadvantage vertical websites that compete with Google-owned vertical properties. Although at points in time various vertical websites have experienced demotions, we find that this was a consequence of algorithm changes that also could plausibly be viewed as an improvement in the overall quality of Google's search results. Although our careful review of the evidence in this matter supports our decision to close this investigation, we will remain vigilant and continue to monitor Google for conduct that may harm competition and consumers*» (pagg. 3 e 4 del provvedimento). Per una ricostruzione dei provvedimenti della FTC, si rinvia al documentato contributo di L. STANTON – T. GOTSCH, *FTC Moves to Force Google to Keep SEP Commitments, Declines Action on Search Practices*, in *Telecommunications Reports*, 2013, Volume 79, 2, 3.

⁹⁵ R. NATALE, *Google si allinea alle richieste Ue: indagine Antitrust verso la chiusura*, in *Key4biz*, 5 febbraio 2014. L'Autrice ricorda che le prime proposte formulate da Google sono state considerate insoddisfacenti da parte dei *competitors*.

FairSearch e Initiative for a Competitive Online Marketplace⁹⁶, enti rispettivamente operanti nel territorio americano e nei paesi europei.

Il ragionamento sviluppato dalle società denuncianti cerca di mettere in luce la connessione tra l'elevato potere detenuto nel mercato della ricerca e la deviazione degli utenti verso servizi e prodotti commercializzati da Google o da imprese riconducibili al motore di ricerca⁹⁷. In particolare, si osserva che quando l'utente avvia una ricerca su Google è orientato nella scelta del sito da visitare. Tendenzialmente, l'attenzione degli utenti ricade sui primi risultati della ricerca e, dunque, per Google è sufficiente collocare i siti favoriti all'inizio della pagina. I dati statistici, nel mostrare il sensibile aumento delle visite ai siti favoriti da Google, confermano l'utilità di questa tecnica. Nella maggior parte dei casi, i primi siti riportati tra i risultati della ricerca sono direttamente riconducibili a Google: basti pensare, per esempio, ai sistemi di navigazione offerti da Google o ai servizi di posta elettronica, offerti in via prioritaria all'utente che voglia consultare una mappa o attivare una casella di posta elettronica⁹⁸. Tuttavia, ciò non esclude che Google possa concludere accordi

⁹⁶ Sulla costituzione di FairSearch e Initiative for a Competitive Online Marketplace – nota anche con l'acronimo ICOMP – si soffermano M. AMMORI – L. PELICAN, *Competitors' proposed remedies for search bias: search "neutrality" and other proposals*, in *Journal of Internet Law*, 2012, Volume 15, 11, 1, con le seguenti parole: «Microsoft, Expedia, Foundem, and a host of other companies have formed coalitions devoted to pursuing an antitrust investigation, called FairSearch in the United States and Initiative for a Competitive Online Marketplace (ICOMP) in Europe. These coalitions have issued several white papers, sections of which propose a large number of remedies. Their consultants have also elaborated on these remedies and proposed others. The executives of Google's complaining competitors testified at a US Senate hearing on Google and antitrust, in September of 2011, with the opportunity to propose remedies. It can be assumed that these competitors and their consultants have already put forward their most persuasive remedies, rather than putting forth their least persuasive proposals. Almost all of the proposed remedies target search bias».

⁹⁷ A tal proposito è molto chiaro il giudizio di J.G. HAZAN, *Stop Being Evil: A Proposal for Unbiased Google Search*, in *Michigan Law Review*, 2013, Volume 111, 789: «Google possesses a dominant position in the market for core internet search and uses its power to direct consumers to Google's other proprietary services. This conduct violates § 2 of the Sherman Act and, alternatively, constitutes "unfair competition" under § 5 of the FTC Act» (pagg. 801-802).

⁹⁸ L'esempio riportato nel testo riguarda tutti i settori di attività di Google. Per un'ulteriore esemplificazione, si veda il contributo di K.H.F. KWOK, *A Rule of Reason Approach to the Antitrust Issues of the Google Book Search Settlement*, in *DePaul Business & Commercial Law Journal*, 2011, Volume 10, 1, 401.

commerciali con altri soggetti, interessati proprio a comparire tra i primi risultati della ricerca. Tali accordi – osservano le società concorrenti – realizzerebbero una sorta di sponsorizzazione del sito, della quale, però, l'utente non avrebbe alcuna conoscenza.

La *deep integration* opera anche su un altro versante. Le società denunciati osservano che l'acquisto di un telefono su cui sia installato il sistema operativo Android induce automaticamente il proprietario del prodotto ad utilizzare le applicazioni sviluppate da Google, immaginate proprio per quel sistema operativo e, dunque, perfettamente compatibili con esso. In questo modo, Google riesce a escludere che l'iniziativa dei *competitors* possa realmente porsi come una valida alternativa alla propria offerta.

Sicure di aver subito gli effetti pregiudizievoli di una situazione non conforme ai principi e agli istituti del diritto antitrust, le società interessate si sono fatte parte attive della vicenda, presentando alcune proposte volte a garantire la neutralità della ricerca *online*⁹⁹. In particolare, esse hanno subito evidenziato l'esigenza di rendere noto l'algoritmo impiegato da Google per selezionare i risultati della ricerca: ad oggi, infatti, una minima parte dell'algoritmo è stata resa nota e, conseguentemente, è molto limitata la possibilità di un controllo diretto sull'operato del motore di ricerca. Per questa ragione, si è proposto di implementare forme di *continuous disclosure* delle

⁹⁹ La più compiuta ricostruzione dell'elaborazione del principio ricordato nel testo si rinviene nel contributo di D.A. CRANE, *Search neutrality as an antitrust principle*, in *George Mason Law Review*, 2012, Volume 19, 5, 1199. Tuttavia, non si può negare che l'Autore abbia manifestato il proprio dissenso sull'utilità del principio, così come si evince dalla seguente citazione riportata da pag. 1209: «(w)hile a broad search neutrality principle is neither feasible nor desirable this does not mean that dominant search engines should never be liable for intentionally interfering with their rivals' hits in search results. Any such liability should be narrow, carefully tailored, and predictable. Search neutrality may thus have future, not as a general principle, but as the misfitting tag line on fact-specific findings of egregious abuses by dominant search engines». Ampii cenni al tema sono presenti anche in J. JAROSCH, *Novel 'neutrality' claims against internet platforms: a reasonable framework for initial scrutiny*, in *Cleveland State Law Review*, 2011, Volume 59, 537. Spunti interessanti sul principio ricordato nel testo sono sviluppati anche da G.A. MANNE – G.D. WRIGHT, *If Search Neutrality is the Answer, What's the Question?*, in *Columbia Business Law Review*, 2012, 151.

politiche di gestione della piattaforma, con il preciso obiettivo di indurre Google a comportarsi in maniera corretta nei confronti dei *competitors*.

Altri aspetti messi in luce da FairSearch e ICOMP attengono al metodo impiegato per la visualizzazione dei risultati. In primo luogo, le imprese interessate manifestano la propria preoccupazione riguardo al criterio della c.d. *universal search*: quest'ultimo, infatti, consente a Google di inserire nella pagina dei risultati non solo i *links* ai siti ma anche contenuti audio, video e fotografici. Sul punto, la critica è molto chiara e si traduce nell'idea secondo cui è necessario «*forbidding Google from presenting answers to search queries as both Google and its largest competitors have done since 2007, with results that deliver a mix of Web links, news links, places, maps, and images, rather than merely providing 10 blue links to Web sites, just as many search engines did years ago*»¹⁰⁰.

In conclusione, dunque, le imprese concorrenti affermano con molta chiarezza che Google ha assunto i tratti propri del monopolista, essendo un operatore che ha «*the power to control prices or exclude competition*»¹⁰¹. A tal proposito, inoltre, si precisa che l'offerta di servizi è solo apparentemente gratuita, dato che Google ottiene un diretto vantaggio economico dall'utilizzo dei propri servizi da parte degli utenti.

Le questioni poste hanno indotto Google ad articolare una difesa puntuale che, grazie anche al supporto della dottrina americana, ha notevolmente ridotto la portata degli argomenti sviluppati dalle società concorrenti.

¹⁰⁰ M. AMMORI – L. PELICAN, *Competitors' proposed remedies for search bias: search "neutrality" and other proposals*, in *Journal of Internet Law*, 2012, Volume 15, 11, 1, I quali ricordano altre due proposte avanzate dalle imprese concorrenti: a) «*Google-Specific Fair-Use Limits: forbidding Google from crawling and using others' Web content while forcing Google to let others crawl and use Google's content, thereby inverting the copyright fair-use doctrine, the trespass-to-chattels doctrine, and raising constitutional concerns*»; b) «*No Bidding: constraining Google's ability to compete for acquisitions and exclusive partnerships, harming acquisition targets and consumers while favoring the most deep-pocketed competitors*».

¹⁰¹ J. KAGAN, *Bricks, Mortar, and Google: Defining the Relevant Antitrust Market for Internet-Based Companies*, in *New York Law School Law Review*, 2010-2011, Volume 55, 278.

La riflessione parte dalla considerazione che «*in light of the antitrust claims arising out of innovative contractual and pricing conduct, and the apparent lack of any concrete evidence of anticompetitive effects or harm to competition, an enforcement action against Google on these grounds creates substantial risk for a false positive which would chill the innovation and competition currently providing immense benefits to consumers*»¹⁰².

In primo luogo, la linea difensiva sviluppata da Google conduce a ritenere assolutamente inopportuno il riferimento al concetto di neutralità della ricerca in assenza di una precisa indicazione dei parametri su cui fondare tale nozione. L'argomento, ad avviso di chi scrive, è pertinente e pone questioni più generali, che non si risolvono su un piano meramente economico: se, infatti, la principale preoccupazione delle imprese concorrenti è evitare che Google possa alterare i risultati della ricerca per ottenere maggiori profitti, non si deve sottovalutare il rischio connesso all'eventuale censura dei contenuti sgraditi a Google, il quale potrebbe facilmente oscurare notizie e opinioni altrui. Allo stato attuale, possiamo escludere con sicurezza questa possibilità? Posto che «*Google has the ability to direct traffic on the internet*»¹⁰³, siamo sicuri che il motore di ricerca non compia anche scelte editoriali in grado di influire sulla formazione della c.d. opinione pubblica e, dunque, sulle scelte politiche – *lato sensu* – degli utenti della rete?

Google, dunque, contesta l'idea di neutralità della ricerca, pur affermando, in altri contesti, l'esigenza di salvaguardare la neutralità della rete¹⁰⁴. Da ciò discende, ad avviso del motore di ricerca, l'inconsistenza degli altri argomenti. Per esempio, si critica molto duramente l'idea di limitare la

¹⁰² G.A. MANNE – G.D. WRIGHT, *Google and the limits of antitrust: the case against Google*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2011, Volume 34, 171 (in particolare, la citazione riportata nel testo si legge a pag. 244).

¹⁰³ J.G. HAZAN, *Stop Being Evil: A Proposal for Unbiased Google Search*, in *Michigan Law Review*, 2013, Volume 111, 794.

¹⁰⁴ È noto l'interesse di Google a imporre il principio della neutralità della rete agli Internet Service Provider, ricordati nel testo anche con l'acronimo ISP. In questi termini, si esprime J.G. HAZAN, *Stop Being Evil: A Proposal for Unbiased Google Search*, in *Michigan Law Review*, 2013, Volume 111, 819, il quale afferma testualmente che «*Google has done as much as any company to create an "open internet" with its impressive innovation and its advocacy on behalf of net neutrality*». Torneremo sul tema nei successivi due capitoli.

possibilità di fornire risultati ulteriori ai semplici *links*, dato che non è affatto dimostrata la ragione per la quale tale meccanismo determini uno svantaggio per le altre imprese operanti nel mercato della ricerca *online*. Anche l'imposizione di obblighi di trasparenza è, per Google, volta a garantire interessi riconducibili ai soli *competitors*, i quali godrebbero di un regime di favore a seguito delle limitazioni imposte a Google¹⁰⁵.

Quest'ultimo argomento ci introduce a quella che, ad avviso di chi scrive, rappresenta la questione centrale. L'esigenza di attuare la normativa antitrust può determinare l'introduzione di una *lex specialis* che si differenzi da quella generale in ragione del solo profilo soggettivo? Appare ragionevole prevedere un regime giuridico speciale che, ad esempio, alteri la normativa sul *copyright* solo per Google? Perché il motore di ricerca dovrebbe rendere noto il proprio algoritmo – elaborato, presumibilmente, a seguito di lunghe e costose ricerche – agli altri *competitors*, i quali, potrebbero trarre da tale diffusione conoscenze e utilità in misura maggiore a quanto previsto dall'attuale legislazione? Analoghe questioni, d'altronde, si pongono con riguardo all'argomento del c.d. *No Bidding*, il quale porterebbe a configurare un regime speciale in merito all'acquisizione di altre società da parte di Google: quale altra ragione sarebbe posta a fondamento del divieto in questione se non quello di limitare fortemente la crescita di Google? Ad avviso di chi scrive, questi due esempi sono sufficienti a dimostrare l'inutilità di un sistema che, per conseguire risultati generali – *id est*: il mantenimento di un elevato livello di concorrenza nel mercato di riferimento – determini la frammentazione della normativa di riferimento.

Un ulteriore argomento richiamato dai sostenitori di Google prende in considerazione le modalità tecniche di accesso al web. In particolare, per

¹⁰⁵ Entrambi gli argomenti ricordati nel testo sono presenti in M. AMMORI – L. PELICAN, *Competitors' proposed remedies for search bias: search "neutrality" and other proposals*, in *Journal of Internet Law*, 2012, Volume 15, 11, 1.

coloro i quali rifiutano «*the claim that Google is the “gateway” to the Internet*»¹⁰⁶, è sufficiente ricordare che il motore di ricerca rappresenta una mera piattaforma di intermediazione e che l'utente può autonomamente raggiungere il sito desiderato conoscendone l'indirizzo *web*. In altri termini, Google non è l'unica via per accedere a un determinato sito, anche se è innegabile che la mancata conoscenza dell'indirizzo preciso, soprattutto in un sistema caratterizzato da un numero sempre crescente di nomi a dominio, rende più difficoltosa la ricerca dell'utente.

Un ultimo argomento sostenuto dalla difesa di Google si fonda su ragioni di carattere commerciale. In particolare, si osserva che Google non ha alcun interesse a ridurre l'utilità degli utenti, i quali, infatti, potrebbero facilmente rivolgersi ad altri motori per trovare il contenuto desiderato qualora il primo motore di ricerca non dia un risultato adeguato e pienamente soddisfacente. L'eventuale allontanamento degli utenti non sarebbe irrilevante per Google, il quale si troverebbe a subire una perdita dei ricavi pubblicitari. Pertanto, si deve assolutamente escludere la possibilità che Google possa ignorare le esigenze degli utenti. Anzi, è stato da più parti messo in evidenza che gli amministratori del motore di ricerca hanno tutto l'interesse a offrire un prodotto *user-oriented*, se non fosse altro per il fatto che «*Google can ... increase the demand for advertising on its search platform by improving the end-user experiences*»¹⁰⁷.

L'elevato livello di sostituibilità tra i (servizi offerti dai) vari motori di ricerca è ampiamente comprovato dall'incidente verificatosi il 31 gennaio del 2009, richiamato dai sostenitori di Google proprio per dimostrare che gli utenti possono agevolmente rivolgersi ad altri siti per compiere una ricerca in Internet. In particolare, in quel giorno, a causa di un problema tecnico risoltosi

¹⁰⁶ R.H. BORK – J.G. SIDAK, *What does the Chicago school teach about internet search and the antitrust treatment of Google?*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 2012, Volume 8, 4, 663.

¹⁰⁷ In questi termini, R.H. BORK – J.G. SIDAK, *What does the Chicago school teach about internet search and the antitrust treatment of Google?*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 2012, Volume 8, 4, 663, i quali ricordano l'impegno, anche economico, di Google per migliorare il servizio offerto.

nel giro di poche ore, gli utenti furono posti nella condizione di non poter raggiungere il sito di Google, con la conseguenza che per una parte della giornata fu impossibile compiere ricerche *online*. Quale fu la reazione degli utenti che visualizzarono il messaggio di errore sulla *homepage* di Google? A ben vedere, la situazione descritta determinò l'immediato collegamento degli utenti ad altri motori di ricerca – *in primis* Yahoo!, ma anche altri *competitors* di Google – per completare la ricerca. L'incidente – causato da un errore umano – è qui richiamato perché dimostra, ad avviso di alcuni Autori, «*how readily and easily consumers switch to alternative sources of general search if Google fails to perform according to their expectations*». Tuttavia, ad avviso di chi scrive, è interessante ricordare anche il comportamento degli utenti a seguito del ripristino del servizio da parte di Google: se, infatti, essi «*quickly moved to other search engines*», è vero che altrettanto «*quickly switched back to Google*», il motore di ricerca in grado di fornire «*the greatest value*»¹⁰⁸. Pertanto, se, da un lato, l'incidente dimostra che è effettivamente facile per un utente di media diligenza modificare la scelta del motore di ricerca, dall'altro lato, comprova il possesso di una posizione di vantaggio nell'ambito del mercato della ricerca *online*. D'altronde, è opinione comune che il nome di Google «*has become a generic verb, synonymous with "to search the internet"*»¹⁰⁹.

Come più volte ricordato, Google ha acquisito l'attuale influenza – *rectius*: dominanza – sul mercato della ricerca grazie a investimenti che hanno contribuito allo sviluppo di Internet e alla migliore organizzazione dei contenuti *online*. Ancora una volta, è la dottrina americana a suggerire questa riflessione. In particolare, si afferma che «*(t)he advent of Google substantially improved the searchability and usability of the internet*», contribuendo allo sviluppo di accorgimenti indispensabili per migliorare la tecnologia in uso fino al 1990, anno in cui Google inizia ad affermarsi: infatti, prima del 1990, Internet «*was*

¹⁰⁸ M.A. JAMISON, *Should Google be Regulated as a Public Utility?*, in *Journal of Law, Economics & Policy*, 2013, Volume 9, 223.

¹⁰⁹ J.G. HAZAN, *Stop Being Evil: A Proposal for Unbiased Google Search*, in *Michigan Law Review*, 2013, Volume 111, 790.

*extremely disorganized*¹¹⁰ e l'attività di Yahoo! – il principale motore di ricerca operante all'epoca – risultava assolutamente insufficiente rispetto alla crescente richiesta dell'utenza. Perciò, l'offerta di un servizio realmente innovativo giustificava la rapida crescita a danno di Yahoo! e l'attribuzione della prima posizione nell'ambito della classifica dei motori di ricerca preferiti dagli utenti già nel 2002¹¹¹.

Gli argomenti sin qui esposti ci permettono di concludere sul punto affermando che la ricerca *online* costituisce un mercato rilevante, in relazione al quale sarà possibile descrivere sia posizioni di dominanza che abusi da parte degli operatori economici. Per questa ragione, riteniamo che l'attuale orientamento delle autorità antitrust non contraddica la correttezza dell'approccio secondo cui «*the competition authorities and courts will have a challenging set of issues to deal with concerning the Web-based economy in the years to come*»¹¹². A ben vedere, casi analoghi a quello qui analizzato confermeranno

¹¹⁰ Si sofferma su questi aspetti J.G. HAZAN, *Stop Being Evil: A Proposal for Unbiased Google Search*, in *Michigan Law Review*, 2013, Volume 111, 792.

¹¹¹ È interessante ricordare la posizione di R.H. BORK – J.G. SIDAK, *What does the Chicago school teach about internet search and the antitrust treatment of Google?*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 2012, Volume 8, 4, 663: «*Google was not the incumbent search provider. Search engines existing before Google included Yahoo, Infoseek, Lycos, Excite, AltaVista, Webcrawler, About, Looksmart, and Ask.com (previously Ask Jeeves). Yahoo entered the search market in 1994 and became the dominant search engine, with approximately 34 percent of the search market (consisting of 14.8 million unique users) in August 1997. Google entered in 1998, four years after Yahoo had begun operating. If scale were a barrier to entry, then Yahoo would have maintained its market dominance because it entered the market before Google. Yahoo would have had the first-mover advantage. Yet, Google surpassed Yahoo in terms of monthly active users by late 2002. Google's ability to enter the market after Yahoo "got there first" – and eventually to surpass Yahoo in only four years – is real-world evidence that an entrant in search need not "catch up" to Google's current number of searches to provide competitive search results*».

¹¹² In questi termini depongono le conclusioni di D.S. EVANS, *Antitrust issues raised by the emerging global internet economy*, in *Northwestern University Law Review*, 2008, Volume 102, 1987, il quale prosegue il discorso affermando che «*(t)he future will bring merger cases, as firms seek to consolidate to achieve economies of scale and indirect network effects; refusal-to-deal cases, as closed platforms deny others access to their communities; predation cases, as rivals complain about free offerings that foreclose or destroy them; tying cases, as platforms use software platform technologies to add features and functions, which in some cases will foreclose their rivals; and exclusive dealing cases, as platforms lock up traffic to achieve indirect network effects. Courts and competition authorities should exercise care in balancing the need to protect long-run*

l'esigenza di rivedere alcuni concetti tradizionali del diritto antitrust: per esempio, l'elaborazione di una nuova nozione di mercato rilevante potrà rappresentare l'occasione per prendere nella giusta considerazione le ipotesi in cui la dominanza su un mercato venga a riflettersi su altri mercati. La dominanza nella ricerca *online* – che costituisce, si badi bene, un mercato distinto rispetto a quello degli altri servizi offerti – consente a Google, che è operatore orizzontalmente integrato¹¹³, di incrementare il proprio potere anche in quei mercati in cui, allo stato attuale, non ha raggiunto una posizione di dominanza. Il rischio più evidente è rappresentato dal fatto che la dominanza nel mercato della ricerca *online* – oggi considerata non particolarmente rilevante dalle autorità antitrust – possa, in futuro, interessare anche altri servizi, attualmente caratterizzati da un buon livello di concorrenzialità.

In conclusione, affrontiamo la seconda questione indicata in apertura del paragrafo, avente ad oggetto l'individuazione della natura giuridica di Google. La dottrina ha studiato questo tema con l'obiettivo di verificare la possibile soggezione del motore di ricerca a regole più stringenti rispetto a quelle normalmente riguardanti un'impresa operante in Internet. In particolare, si è prospettato il richiamo alle figure del *common carrier*, dell'*essential facility* e della *public utility* per configurare un regime speciale giustificante l'imposizione a carico di Google di «*a special obligation to evolve in a nondiscriminatory manners*»¹¹⁴.

social welfare against the need to stop anticompetitive strategies in this highly dynamic and complex part of the economy». L'Autore è tornato a ribadire questa impostazione in un lavoro più recente: ID., *The Antitrust Economics of Free, in Competition Policy International*, 2011, Volume 7, 71.

¹¹³ Come è noto, l'operatore orizzontalmente integrato è in grado di offrire più servizi distinti e autonomi tra loro. Per quanto riguarda Google, l'attribuzione di tale qualifica si evince con chiarezza dall'ampia offerta commerciale: infatti, oltre al diffusissimo servizio di ricerca *online*, Google offre altri prodotti, inclusi un affidabile servizio di posta elettronica, un sicuro sistema di archiviazione dati e servizi, *lato sensu*, informativi. Torneremo sulla nozione di operatore orizzontalmente integrato nel prossimo capitolo, in particolare, nella paragrafo dedicato al caso Comcast.

¹¹⁴ D.A. CRANE, *Search neutrality as an antitrust principle*, in *George Mason Law Review*, 2012, Volume 19, 5, 1199, il quale ricorda la tesi secondo cui «*Google might be subject to special obligations of neutrality and transparency because it has long marketed its search engine as a neutral algorithmic platform*».

Ad avviso di chi scrive, tutte le figure richiamate – ampiamente impiegate dagli studiosi dell’ICT – non descrivono la reale posizione di Google, che è e resta un operatore economico sottoposto allo statuto generale dell’imprenditore.

Per quanto riguarda il richiamo al c.d. *common carrier* è sufficiente ricordare che «(a) *common carrier, such as a railroad or a telecommunications carrier, offers its service to the public, and the service consists of moving someone’s goods or content from one place to another*»¹¹⁵. Dunque, è sufficiente precisare che Google non compie alcuna attività di trasporto di soggetti o di contenuti per escludere l’applicazione del relativo regime giuridico, essenzialmente ispirato all’obbligo di non discriminazione¹¹⁶: la piattaforma di Google, infatti, permette all’utente della rete di raggiungere un contenuto, la cui posizione non muta in virtù dell’avvio della ricerca *online*. Pertanto, sul punto è condivisibile l’idea secondo cui «*Google search is not a common carrier service since Google is not transporting someone else’s information on that person’s behalf, and Google’s rivals do not give over control of their services to Google*»¹¹⁷.

È ancor più facile negare il riferimento alla teoria delle *essential facilities*, nata per agevolare l’ingresso di operatori diversi dall’*incumbent* nel mercato dei fornitori di accesso. Nel caso di Google mancano gli elementi costitutivi della fattispecie, la quale «*is provided by a vertically integrated, monopolistic firm to a downstream rivab*»¹¹⁸. Pertanto, pur precisando che la mancata esclusione dei concorrenti debba essere intesa alla luce delle considerazioni svolte in precedenza in merito al criterio impiegato nell’organizzazione dei risultati della ricerca *online*, pare condivisibile l’idea secondo cui «*Google search does not qualify as an essential facility because Google search is not monopolistic, there are reasonable substitutes*

¹¹⁵ M.A. JAMISON, *Should Google be Regulated as a Public Utility?*, in *Journal of Law, Economics & Policy*, 2013, Volume 9, 223.

¹¹⁶ Torneremo sul regime giuridico proprio dei *common carriers* nel secondo capitolo.

¹¹⁷ M.A. JAMISON, *Should Google be Regulated as a Public Utility?*, in *Journal of Law, Economics & Policy*, 2013, Volume 9, 223.

¹¹⁸ M.A. JAMISON, *Should Google be Regulated as a Public Utility?*, in *Journal of Law, Economics & Policy*, 2013, Volume 9, 223.

for making customers aware of rivals' services, and Google does not refuse to include rivals in its search»¹¹⁹.

Infine, anche le considerazioni svolte sulla possibile qualificazione del servizio offerto da Google alla stregua di una *public utility* sembrano assolutamente condivisibili. In questo caso, è sufficiente ricordare che la teoria delle *public utilities* si fonda sulla presenza di un monopolio naturale che, a sua volta, deve essere oggetto di un esplicito riconoscimento da parte della pubblica autorità. Quindi, pur sottolineando la grande utilità del servizio offerto da Google, sembra assolutamente irragionevole ritenere che esso abbia addirittura «*an extraordinary impact on social and economic functioning*»¹²⁰. La totale assenza di un «*public franchise or certificate of public convenience and necessity*»¹²¹ conferma quest'idea e, dunque, offre un altro argomento per escludere l'assimilazione di Google ai servizi di *public utility*.

In base a quanto sin qui detto, si ritiene che Google debba essere sottoposto alla disciplina ordinaria dell'imprenditore commerciale e, dunque, anche alla normativa antitrust vigente, la cui applicazione non è affatto esclusa dal mero riferimento alla realtà di Internet¹²².

¹¹⁹ M.A. JAMISON, *Should Google be Regulated as a Public Utility?*, in *Journal of Law, Economics & Policy*, 2013, Volume 9, 223.

¹²⁰ In questi termini, M.A. JAMISON, *Should Google be Regulated as a Public Utility?*, in *Journal of Law, Economics & Policy*, 2013, Volume 9, 223, il quale giustamente osserva che «(w)hile Google search is clearly popular, it is not essential to our social and economic functions in the way that electricity and water are».

¹²¹ M.A. JAMISON, *Should Google be Regulated as a Public Utility?*, in *Journal of Law, Economics & Policy*, 2013, Volume 9, 223.

¹²² Il caso Google potrà contribuire allo sviluppo di una nuova sensibilità tra gli studiosi di diritto antitrust. Tuttavia, è innegabile che esso abbia indotto a recuperare alcuni principi formulati con riguardo ad altre vicende. Per esempio, P.J. HOYT, *Developing Antitrust Policy on the Internet: Lessons from the Airline Industry*, in *Transportation Law Journal*, 2001, Volume 28, 315, richiama un caso verificatosi nel mercato del trasporto aereo (il c.d. caso Apollo) per affermare l'importanza del diritto antitrust in Internet. L'attualità del caso qui trattato è confermata dai molti contributi che, anche indirettamente, ne parlano: A.M. FERRILL – L.S. HYMAN – S. VALENCIANO, *Antitrust and Consumer Protection*, in *SMU Law Review*, 2010, Volume 63, 291; W. GEE, *Internet tracking: stalking or a necessary tool for keeping the internet free?*, in *CommLaw Conspectus*, 2011, Volume 20, 223; D.A. GOTTARDO, *Commercialism and the downfall of internet self governance: an application of antitrust law*, in *The John Marshall Journal of Computer & Information Law*, 1997,

5. *Globalizzazione dei mercati e territorialità delle normative: una concorrenza tra operatori economici o tra ordinamenti giuridici?*

Le vicende descritte nelle pagine precedenti confermano l'idea esposta nella parte iniziale di questo capitolo secondo cui tutti i nuovi mezzi di comunicazione necessitano di una regolazione antitrust che permetta agli operatori economici e agli utenti di esercitare i diritti costituzionali loro attribuiti. In particolare, lo sviluppo di Internet non altera quest'esigenza, anche se è innegabile che i caratteri della rete impongono un'attenta riflessione sul tipo di regolazione da introdurre per garantire in termini di effettività l'obiettivo appena indicato. Pertanto, nelle pagine seguenti cercheremo di individuare i principali problemi posti dall'attuale situazione normativa, riservandoci di formulare le nostre conclusioni nell'ultimo paragrafo.

Gli Autori che si sono occupati di Internet e della sua regolazione hanno dovuto necessariamente confrontarsi con il carattere dell'aterritorialità, attributo che sinteticamente descrive la naturale aspazialità della rete¹²³. Esso rappresenta una costante che è stata bene messa in luce, ad esempio, da chi si è occupato di ricostruire il regime giuridico della libertà di manifestazione del pensiero sulla rete: «*First Amendment is more cosmopolitan today than perhaps any other time in the nation's history. Speech, press, and associational liberties are far less territorially constrained. Legal and regulatory liberalization, combined with modernizing forces such as globalization and digitization, have pulled back the "nylon curtain" that once*

Volume 16, 125; H.F. KAISER, *Are 'Closed Systems' an Antitrust Problem?*, in *Competition Policy International*, 2011, Volume 7, 91; A. KIRSCH – W. WEESNER, *Can Antitrust Law Control E-commerce? A Comparative Analysis in Light of U.S. and E.U. Antitrust Law*, in *U.C. Davis Journal of International Law & Policy*, 2006, Volume 12, 297; M. LAO, *Internet retailing and "free-riding": a post-leegin antitrust analysis*, in *Journal of Internet Law*, 2011, Volume 14, 9, 1; J.B. SPETA, *FCC Authority To Regulate the Internet: Creating It and Limiting It*, in *Loyola University Chicago Law Journal*, 2004, Volume 35, 15; M.E. STUCKE, *Toward a Better Competition Policy for the Media: The Challenge of Developing Antitrust Policies that Support the Media Sector's Unique Role in Our Democracy*, in *Connecticut Law Review*, 2009, Volume 42, 101; C. TUCKER – A. MARTHEWS, *Social networks, advertising, and antitrust*, in *George Mason Law Review*, 2012, Volume 19, 1211.

¹²³ G. DE MINICO, *Internet. Regola e anarchia*, Roma, 2012, 27.

served as a hard content and ideological barrier at the nation's borders. The gradual softening of U.S. borders has opened new markets for information exchange, decreased reliance on ideological exclusion, and facilitated cross-border expression and association. Regulatory de-territorialization of the First Amendment has not resulted in a loss of U.S. sovereignty, nor has it threatened our domestic security»¹²⁴. Questa citazione – interessante anche per l'implicito riferimento al principio precauzionale e alla sua esplicazione nell'ambito delle nuove tecnologie – è qui riportata perché ci permette di formulare due idee, particolarmente utili ai fini del nostro discorso. In primo luogo, il carattere dell'aterritorialità di Internet è strettamente collegato al fenomeno della globalizzazione dei mercati¹²⁵ e risente di una nuova organizzazione delle attività imprenditoriali: come è stato giustamente osservato anche in tempi meno recenti, la globalizzazione dell'economia mondiale rappresenta il futuro dell'umanità; essa è in grado di coinvolgere il destino delle società moderne in un'unica strategia economica, che trascende ogni nazionalismo continentale e proietta il mondo in una sfida per la continuità e l'esistenza. Alla luce di queste considerazioni, «si comprendono gli andamenti dei mercati internazionali in un'ottica sempre più reale di globalizzazione dell'economia mondiale e la necessità di creare a livello mondiale in ogni continente una stabilità monetaria, capace di sopperire a qualsiasi contraccolpo derivante da eventuali crisi dei mercati»¹²⁶. Dunque, la globalizzazione rappresenta una realtà con la quale il giurista deve confrontarsi senza pregiudizi, con lo spirito di chi è consapevole che i fenomeni vanno

¹²⁴ T. ZICK, *Territoriality and the First Amendment: Free Speech at – and beyond – our borders*, in *Notre Dame Law Review*, Volume 85, 2010, 1627.

¹²⁵ Sempre in T. ZICK, *Territoriality and the First Amendment: Free Speech at – and beyond – our borders*, in *Notre Dame Law Review*, Volume 85, 2010, 1579, si legge che «(g)lobalization, digitization, and other social and political forces have called into question some longstanding suppositions about the First Amendment's territorial scope or domain».

¹²⁶ L. SILVESTRE, *Aspetti di globalizzazione dell'economia mondiale*, in *Impresa*, 1999, 5, 791, il quale si sofferma anche sulla stretta correlazione che sussiste tra i vari mercati, così come dimostra la seguente affermazione: la crisi di un mercato influisce inesorabilmente sugli altri mercati, assodata l'interdipendenza degli stessi, collegati da flussi finanziari di interscambio, i cui effetti sono più sentiti dai mercati meno assistiti da forti istituzioni pubbliche di supervisione.

orientati e non contrastati¹²⁷. Il secondo dato da prendere in considerazione è rappresentato dal fatto che un comportamento posto in essere in una determinata zona geografica è in grado di produrre effetti anche in altri ordinamenti; il medesimo fatto, dunque, può sollecitare l'applicazione di normative divergenti dal punto di vista contenutistico. La questione non è nuova ed è stata analizzata, in modo particolare, da coloro i quali si sono occupati di regolazione della rete e rapporto tra giurisdizioni con l'obiettivo di evidenziare i tanti elementi di contiguità tra le due tematiche¹²⁸.

Pertanto, possiamo sicuramente affermare che la globalizzazione, lungi dall'essere un fenomeno meramente economico, investe sia il piano del riconoscimento dei diritti che quello della relativa tutela¹²⁹. Anzi, è stato giustamente messo in luce che l'attuale sistema economico impone di tener conto della pluralizzazione delle posizioni soggettive, la cui affermazione non può essere contrastata dalla presenza di una normativa risalente nel tempo, non modificata da un legislatore inerte e, pertanto, non perfettamente corrispondente all'attuale situazione fattuale. A chi debba essere attribuito il

¹²⁷ Per B. ROMANO, *Filosofia del diritto e possibilità*, in F. D'AGOSTINO (a cura di), *Ontologia e fenomenologia del giuridico. Studi in onore di Sergio Cotta*, Torino, 1995, 193, il diritto, se non orientato nella prospettiva del fenomeno, nell'eccedenza dell'accadere fattuale, nella dimensione istitutiva della controfattualità, si propone nella mera condizione di visione funzionale, di una visione dell'uomo frammentata nei diversi sistemi qualificati dal fondamentalismo funzionale della contemporaneità. In questa sede, non si può non ricordare che i filosofi e i sociologi del diritto sono stati tra i primi ad occuparsi del tema della globalizzazione. Senza alcuna pretesa di esaustività, in questa sede sia consentito il rinvio alle principali opere sul tema: ID., *Globalizzazione del commercio e fenomenologia del diritto. Saggio su diritto e identità*, Torino, 2001; D. HELD – A. MCGREW, *Globalismo e antiglobalismo*, Bologna, 2001; U. BECK, *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Roma, 1999; Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione*, Roma-Bari, 2001. Spunti interessanti sul tema *de qua* sono formulati anche da N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001.

¹²⁸ B. CAROTTI, *Google books, o di Alessandria d'Egitto ai tempi della globalizzazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, 11, 1236, interessante anche per i principi formulati in merito alla tutela del diritto d'autore in Internet. Accenni al tema sono presenti anche in D. GERVAIS, *The Google Book Settlement and the TRIPS Agreement*, in *Stanford Technology Law Review*, 2011, 1.

¹²⁹ La situazione descritta nel testo consente a V. CARBONE, *I giudici e la globalizzazione dei diritti e delle tutele*, in *Corriere giuridico*, 2010, 5, 676, di affermare il superamento del rapporto tra giurisdizione e territorio nazionale: pertanto – osserva l'Autore – la regola di diritto di Hans Kelsen prevale sulla regola di governo di Carl Schmitt.

compito di occuparsi della regolazione di questi nuovi diritti è questione che, almeno *prima facie*, non può prescindere dal precipuo riferimento all'ordinamento considerato: per questa ragione, se per i sistemi di *common law* è condivisibile l'idea di chi ha affermato che «*the judiciary has the power to create new law when existing law is incomplete*»¹³⁰, riteniamo preferibile affermare che nei sistemi di *civil law* sia ancora centrale il ruolo del legislatore, inteso come soggetto formalmente e sostanzialmente inserito nella tradizionale dinamica della rappresentanza politica. D'altronde, le specificità del processo di positivizzazione dei diritti sono state implicitamente riconosciute anche da chi si è occupato del complesso tema della costituzionalizzazione dei diritti: per esempio, è stato sostenuto che l'apertura del nostro ordinamento al diritto comunitario non esclude la politicità dei soggetti chiamati a occuparsi dei diritti globali, anche laddove essi assumano la forma di istituzioni adeguate al nuovo assetto globalizzato¹³¹.

Quest'ultima considerazione evidenzia le molteplici interferenze tra globalizzazione e sovranità: infatti, è innegabile che fenomeni economici di portata transnazionale, aventi portata paragonabile a Internet, stimolino la tendenza a spostare l'esercizio di poteri storicamente appartenenti allo Stato in una dimensione sovranazionale. Tuttavia, per quanto riguarda Internet, questa tendenza presenta un rischio non secondario: ci si riferisce, in particolare, alla possibilità che tale spostamento determini un beneficio per i soli operatori economici privati, soprattutto nell'ipotesi in cui questi ultimi possano trarre nuovi e ingiustificati vantaggi in ragione di un attivismo decisionale in grado di sovvertire il normale modo di atteggiarsi della decisione politica. Il rischio di

¹³⁰ R. ZÄCH – A. KÜNZLER, *Freedom to Compete or Consumer Welfare: The Goal of Competition Law according to Constitutional Law*, in R. ZÄCH – A. HEINEMANN – A. KELLERHALS (eds), *The Development of Competition Law*, Cheltenham-Northampton, 2010, 76.

¹³¹ Chiare in tal senso sono le parole di G. AZZARITI, *Il futuro dei diritti fondamentali nell'era della globalizzazione*, in *Politica del diritto*, 2003, 3, 341. Ciò non sminuisce il compito della giurisprudenza, soprattutto con riguardo ai diritti sociali (per un approfondimento della questione, si veda il riferimento al diritto al lavoro sviluppato in ID., *Verso un governo dei giudici? Il ruolo dei giudici comunitari nella costruzione dell'Europa politica*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2009, 3.

assistere all'accentramento di potere nelle mani di poche «*corporations* informatiche» non è affatto trascurabile. Gli effetti del protagonismo degli operatori economici sarebbero deleteri per l'intero sistema: la concentrazione del potere informatico nelle mani di pochi soggetti, economicamente potenti, infatti, influirebbe negativamente sulla configurazione di una cittadinanza elettronica democratica, intesa come reale presidio posto a tutela dei diritti fondamentali dell'individuo. Per questa ragione, si ritiene di condividere la tesi che guarda le forme di normazione ispirate al dominio dei regimi privati globali con lo sfavore proprio di chi confida nella tenuta delle «garanzie “costituzionali”»¹³² vigenti. Dunque, il pur auspicabile spostamento delle competenze regolatorie verso l'alto dovrebbe (*rectius*: potrebbe esclusivamente) tradursi in un vigoroso intervento della comunità internazionale, unico soggetto realmente posto nella condizione di fronteggiare il carattere «senza confini» di Internet¹³³. Il riferimento ad alcune norme costituzionali – *in primis*, all'art. 11 Cost. – consente di affrontare questo fenomeno con maggiore tranquillità: infatti, l'interprete che voglia fornire un'adeguata risposta ai problemi emersi nella prassi potrà trovare in questa – ma anche in altre norme – un valido punto di riferimento per contribuire alla costruzione di un sistema che si apra alla regolazione sovranazionale nel pieno rispetto dei principi fondamentali del nostro ordinamento. Infine, non possiamo non osservare che la questione della sovranità è rilevante anche per lo specifico tema che qui ci impegna. Come avremo modo di argomentare nelle conclusioni di questo capitolo, l'idea di regolare il medesimo fenomeno con un *corpus* complesso e articolato di regole che, operando su un piano sovranazionale, permetta di superare gli angusti confini territoriali delle legislazioni vigenti, influenza anche la specifica tematica della *governance* del diritto antitrust.

¹³² Si devono a G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Costituzionalismo*, 2011, 2, sia la prima formulazione di questa teoria che la terminologia riportata nel testo.

¹³³ G. DE MINICO, *Internet. Regola e anarchia*, Roma, 2012, 29.

Ad avviso di chi scrive, Internet dimostra che la globalizzazione può influire sulla (applicazione della) normativa vigente. Il carattere transnazionale della rete si pone in aperto contrasto con l'attuale sistema fondato sulla territorialità delle discipline antitrust. Ciò è particolarmente evidente allorché si analizza il problema dal punto di vista degli operatori economici, i quali potrebbero subire conseguenze diverse per la medesima condotta. Se quest'ultima fosse ritenuta violatrice del diritto antitrust solo in alcuni ordinamenti giuridici, si dovrebbe concludere circa l'impossibilità di configurare un regime giuridico unitario: è innegabile, infatti, che l'intervento sanzionatorio attuato in un preciso contesto ordinamentale non possa travalicare i confini geografici. Il medesimo fatto, dunque, potrebbe essere considerato *contra legem* in un determinato contesto e, *secundum legem*, in altre ipotesi. A ciò si aggiunga che anche gli utenti finali subiscono gli effetti di questa evidente discrasia tra i vari ordinamenti. In particolare, l'attuale scenario potrebbe determinare un'evidente differenziazione – in punto di tutela – tra gli utenti della rete in virtù di quel criterio di collegamento territoriale che si cerca di superare con l'impiego di Internet.

La frammentazione normativa genera una situazione di incertezza che non contribuisce allo sviluppo della *web economy*. Un'impresa che voglia operare in Internet si troverà dinanzi a uno scenario complesso, costellato da scelte non irrilevanti ai fini del successivo sviluppo dell'attività intrapresa. Per esempio, nel caso specifico di Internet, già la scelta del luogo in cui radicare la sede legale dell'impresa assume una valenza non secondaria, dato che ciò influisce sulla normativa applicabile a quell'iniziativa: tale decisione, infatti, si ripercuote su aspetti rilevanti della vita dell'impresa, inclusi l'applicazione di un determinato regime fiscale e i meccanismi autorizzatori richiesti per l'avvio dell'attività. Per quanto riguarda il sistema tributario applicabile, è nota la preoccupazione di perdere risorse economiche connesse allo svolgimento di attività economiche in Internet manifestata dagli Stati: le grandi *web company*, in molti casi, riescono a sottrarre al fisco dei paesi in cui operano una

considerevole parte dei propri ricavi, sottoposta poi all'applicazione delle aliquote più convenienti previste nelle legislazioni di altri Stati. Definire con precisione il *discrimen* tra elusione ed evasione fiscale è compito che prescinde dalla nostra analisi. L'ipotesi, tuttavia, è qui ricordata perché mostra quanto rilevante sia l'interesse degli Stati con riguardo alle questioni meramente economiche. Invece, minore è l'interesse della comunità internazionale nei confronti di altri temi, così come dimostra il caso specifico della tutela dei diritti fondamentali in Internet. Per esempio, in merito alla previsione di meccanismi autorizzatori previsti per l'apertura di un sito Internet, non possiamo non sottolineare lo stretto legame che c'è tra le nuove forme di censura introdotte in alcuni ordinamenti giuridici e lo scarso interesse della comunità internazionale: quest'ultima, infatti, avrebbe sicuramente potuto contribuire al mantenimento di un adeguato livello di tutela dei diritti fondamentali in Internet, ostacolando lo sviluppo di quelle politiche restrittive lesive delle libertà dei *netcitizens*.

Quanto sin qui detto vale anche per il diritto antitrust. Allo stato attuale, è innegabile che le valutazioni compiute da un soggetto che voglia svolgere un'attività economica in Internet considerino attentamente le regole in materia di concorrenza: infatti, anche in questo caso, la territorialità delle discipline consente all'operatore di individuare quale ordinamento assicuri il regime meno oneroso per lo svolgimento dell'attività di impresa. Per questa ragione, si ritiene che le legislazioni antitrust debbano adattarsi al mutato scenario¹³⁴, anche laddove ciò spinga il *conditor jus* ad abbandonare l'impostazione posta a fondamento della disciplina vigente. Alla tradizionale concezione secondo cui la concorrenza deve contribuire alla riduzione dei costi, alla diversificazione dell'offerta, allo sviluppo dell'innovazione e alla distribuzione della ricchezza, riteniamo, dunque, di dover imporre la via obbligata della configurazione di una normativa unitaria, in grado di assicurare realmente la parità di trattamento tra i vari *competitors*. Solo in questo modo, si

¹³⁴ V. ZENO-ZENCOVICH – F. MEZZANOTTE, *Le reti della conoscenza: dall'economia al diritto*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2008, 2, 141.

potrà evitare che le imprese e i consumatori subiscano gli effetti negativi causati dalla mutevolezza delle politiche perseguite in materia di regolamentazione dei mercati, tanto variabili da poter essere qualificate come imprevedibili¹³⁵.

Tutte le esemplificazioni sin qui riportate chiariscono ed evidenziano la portata del c.d. *forum shopping*, terminologia impiegata in ambito economico e giuridico per descrivere quanto influente sia il potere di scelta attribuito agli operatori economici dall'attuale quadro normativo. Tuttavia, per completezza del discorso, non si può dimenticare che anche l'utente finale potrebbe lucrare vantaggi ingiustificati in ragione del potere di scelta del foro competente a conoscere di una determinata controversia. A tal proposito, è sufficiente ricordare quanto siano contraddittorie tra loro le normative che si occupano di fissare la competenza giurisdizionale con riguardo alla repressione delle fattispecie di concorrenza sleale. Posto che per la dottrina maggioritaria, non sussiste alcuna ragione che porti a escludere l'applicazione della normativa che riconosce forme di risarcimento nei confronti degli utenti nell'ipotesi di illeciti compiuti dai soggetti che agiscono – a titolo professionale o, comunque, a fronte di un guadagno economico – in Internet¹³⁶, si pone il problema di individuare il giudice competente a conoscere della controversia. Possono i tradizionali criteri dettati dalla disciplina processualcivile del valore, della materia e, soprattutto, del territorio essere impiegati anche nel caso *de qua*? In particolare, qualora si ritenga di poter fare applicazione del criterio territoriale, a quale *locus* si dovrà fare riferimento per radicare la competenza del giudice? La criticità delle questioni appena poste non opera solo sul piano processuale. A ben vedere, la presenza di rapporti giuridici transfrontalieri evidenzia la

¹³⁵ In questi termini, A. STAZI, *L'Antitrust nell'era della comunicazione multimediale: i "mercati emergenti" e la loro disciplina*, in *Concorrenza e mercato*, 2006, 1, 517.

¹³⁶ Ampi riferimenti alla giurisprudenza di merito e di legittimità sono presenti in G.M. RICCIO, *Concorrenza sleale e tutela dei consumatori nelle reti telematiche*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2006, 3, 307, il quale si sofferma sulla questione riconoscendone la complessità. Si occupano del problema anche S. SANZO, *La concorrenza sleale*, Padova, 1998, 451 e U. DRAETTA, *Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*, Milano, 2001, 199.

possibilità di condizionare l'applicazione della disciplina sostanziale alla scelta compiuta sul piano processuale: infatti, l'utente che ritiene di aver subito gli effetti di una condotta vietata potrebbe optare, tra i tanti criteri formulati nelle varie legislazioni, per quello più conveniente, che gli permetta, per esempio, di rivolgersi al giudice che, presumibilmente, in base alla legislazione vigente nel suo ordinamento, gli riconoscerà il risarcimento maggiore¹³⁷.

Alla luce di queste considerazioni, si comprende perché le autorità americane ed europee chiamate ad occuparsi delle vicende riguardanti Microsoft e Google abbiano potuto adottare provvedimenti divergenti sia per l'approccio seguito che per il tipo di sanzione applicata: la situazione descritta, infatti, permette di affermare che l'attuale sistema sia caratterizzato da un regime di concorrenza tra gli ordinamenti giuridici piuttosto che da un'effettiva competizione tra gli operatori economici.

Il *forum shopping* è, dunque, un fenomeno che non può essere più considerato secondario e deve condurre a rivedere, in termini generali, i rapporti tra diritto internazionale e diritti nazionali. Il tema interessa direttamente Internet; anzi, ad avviso di chi scrive, il carattere transnazionale della rete può contribuire a superare l'attuale situazione, caratterizzata da un'eccessiva frammentazione della normativa vigente. Pertanto, i contenuti del nuovo diritto antitrust globale potrebbero trarre dall'esperienza qui considerata

¹³⁷ Si confronti la ricostruzione sviluppata nel testo con i principi affermati da TRIBUNALE DI MESSINA, Sezione II, sentenza 7 luglio 2010, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2011, 1, 120, annotata da I.P. CIMINO, *Sospensione dell'account di vendita nel marketplace di eBay, tutela del contratto e della libertà di impresa nel commercio elettronico*. Sul punto, sono molto interessanti le affermazioni di V. DE ROSA, *La formazione di regole giuridiche per il "cyberspazio"*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2003, 2, 361, con riguardo ai meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie: in particolare, per l'Autore la duplicità delle fonti normative che ispirano la disciplina dell'attività in rete sembra delineare uno schema ibrido di regolamentazione della rete nel quale cioè le legislazioni nazionali e/o derivanti da accordi internazionali, si limitano a fornire unicamente un quadro generale all'interno del quale vengono, dagli operatori della rete, fissate le regole di dettaglio.

alcuni insegnamenti, indispensabili per assicurare l'uniformità di trattamento con riguardo a tutti gli operatori economici operanti su scala globale¹³⁸.

6. *La global governance del diritto della concorrenza*

Le considerazioni esposte nel paragrafo precedente ci lasciano propendere per l'avvio di un (serio) processo di rifondazione delle regole, che

¹³⁸ La centralità delle questioni riguardanti l'individuazione di quale diritto antitrust applicare a Internet è oggetto di un vivace dibattito in dottrina. Oltre ai contributi segnalati in precedenza, si segnalano anche: L. AMMANNATI – A. CANEPA – V. CARFÌ, *La tutela della concorrenza nei mercati regolati: le decisioni dell'Agcm in materia di servizi di interesse economico generale (secondo semestre 2009 e 2010)*, in *Concorrenza e mercato*, 2011, 197; B. BRANCOLI BUSDRAGHI, *La regolazione di una rete che non c'è: il caso delle NGN*, in *Concorrenza e mercato*, 2012, 803; V. FRANCESCHELLI, *Digital platforms in a competition law context. A new function of competition law in the digital era?*, in *Rivista di diritto industriale*, 2012, 06, 289; F. GRAZIADEI – G. RIZZO – A. STAZI, *Reti e contenuti nella prospettiva della convergenza: scenari ed opzioni aperte dallo sviluppo del digitale*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2005, 3, 539; A. MONTANARI, *Contratto di AdWords e profili di responsabilità. Osservazioni a margine di Corte di giustizia 23 marzo 2010, cause riunite da C-236/08 a C-238/08*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2011, 2, 524, in nota a CORTE GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, Grande Sezione, sentenza 23 marzo 2010, n. 236; F. POLVERINO, *Hunting the wild geese: competition analysis in a world of "free"*, in *Concorrenza e mercato*, 2012, 545; G. ROSSI, *Cyber-antitrust. Internet e tutela della concorrenza*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2003, 2, 247; S. SICA – V. ZENO-ZENCOVICH, *Legislazione, giurisprudenza e dottrina nel diritto dell'Internet*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 3, 377; M. SIRAGUSA, *A selection of recent developments in EU competition law*, in *Concorrenza e mercato*, 2011, 7; A. STAZI, *"Marketplace of ideas" e "accesso pluralistico" tra petizioni di principio e ius positum*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2009, 4-5, 635; A. VITERBO – A. CODIGNOLA, *La rete: tecnologia di libertà?*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2003, 2, 219; V. ZENO-ZENCOVICH, *Internet e concorrenza*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 4-5, 697. Sui profili generali della governance, si veda B. CAROTTI, *L'Icann e la governance di internet*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2007, 3, 681. Per alcuni riferimenti alle problematiche riguardanti le infrastrutture di rete, tematica che solo parzialmente tocca quella oggetto della nostra indagine si vedano, tra i tanti contributi, i lavori di M. FILIPPELLI, *Telecom Italia e Trinko: la dialettica tra norme antitrust generali e disciplina regolatoria delle telecomunicazioni in Europa e negli Stati Uniti*, in *Rivista di diritto industriale*, 2009, 1, 24; M. GANGI, *Prezzi predatori nel mercato dei servizi d'accesso ad internet ad alta velocità: l'orientamento comunitario*, in *Diritto dell'Internet*, 2007, 3, 231; S. MARTINO, *Il caso «Alice». Regolazione e concorrenza, nuova frontiera del giudizio amministrativo*, in *Giurisprudenza di merito*, 2007, 3, 841, in nota a T.A.R. LAZIO-ROMA, III Sezione, sentenza 16 novembre 2006, n.12515.

conduca la comunità internazionale all'unificazione delle normative antitrust. Si auspica, dunque, un'armonizzazione che, pur rispettando le singole tradizioni giuridiche nazionali, sia in grado di assicurare un quadro normativo retto da principi comuni¹³⁹.

Prima di argomentare la conclusione appena formulata, pare importante ricordare che fenomeni di unificazione del diritto antitrust non sono del tutto sconosciuti all'esperienza più recente. Senza voler ripercorrere l'evoluzione storica che ha riguardato questo specifico settore, riteniamo sufficiente ai fini del nostro discorso il riferimento all'ordinamento irlandese. Il 10 aprile 2002, il Parlamento della Repubblica d'Irlanda ha approvato il *Competition Act* con il dichiarato intento di armonizzare e modernizzare la frammentaria legislazione nazionale in tema di concorrenza. Prima di questo atto, gli atti normativi che si occupavano della materia *de qua* erano ben tre: il *Mergers, Takeovers and Monopolies (Control) Act* del 1978, il *Competition Act* del 1991 – volto a dare esecuzione agli obblighi scaturenti dalla partecipazione dell'Irlanda all'esperienza comunitaria – e il *Competition (Amendment) Act* del 1996¹⁴⁰. Con la legge del 2002, dunque, si segna una forte discontinuità rispetto all'esperienza precedente. Gli effetti dell'innovazione normativa non hanno tardato a manifestarsi: infatti, la certezza del quadro normativo di riferimento (unitamente a un regime fiscale particolarmente vantaggioso) ha indotto alcuni operatori economici – e, tra questi, anche alcuni soggetti operanti in Internet – a (scegliere di) fissare la propria sede legale in Irlanda.

Una conferma dell'esigenza di affrontare la tematica *de qua* in una dimensione sovranazionale si rinviene nell'ambito del recente dibattito sulla

¹³⁹ Una posizione del tutto sovrapponibile a quella formulata nel testo è espressa nelle conclusioni del contributo di G.M. RICCIO, *Concorrenza sleale e tutela dei consumatori nelle reti telematiche*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2006, 3, 307.

¹⁴⁰ Un'ampia e documentata ricostruzione dell'esperienza irlandese è presente in N. LANDI, *Il nuovo regime della concorrenza nella Repubblica d'Irlanda: il Competition Act 2002*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2004, 2, 297.

proposta di regolamento avanzata in ambito europeo per la configurazione del c.d. mercato unico delle telecomunicazioni¹⁴¹.

Il ragionamento delle istituzioni comunitarie prende le mosse dall'idea secondo cui l'attuale quadro normativo non è stato in grado di raggiungere pienamente il suo obiettivo (*id est*: istituire un mercato unico delle comunicazioni elettroniche). Le differenze tra le norme nazionali, pur compatibili con il quadro normativo comunitario, creano ostacoli nell'offerta e nella fruizione di servizi tra un paese e l'altro, limitando la libertà di fornire comunicazioni elettroniche, come previsto dal diritto europeo, con conseguenze dirette sul funzionamento del mercato interno. Gli Stati membri non possiedono né le competenze né gli incentivi per modificare l'attuale quadro normativo, terminologia tanto ampia da ricomprendere anche il riferimento alla disciplina della concorrenza. Dal punto di vista contenutistico, il regolamento introduce misure uniformi per affrontare le cause sottostanti al problema. In primo luogo, con l'introduzione dell'autorizzazione unica si contrasta l'attuale frammentazione derivante dalla dimensione nazionale dei sistemi di autorizzazione generale: infatti, ad avviso della Commissione¹⁴², il meccanismo dell'autorizzazione unica, allineato al controllo esercitato dal paese d'origine sulla revoca e/o sulla sospensione dell'autorizzazione, faciliterebbe la registrazione degli operatori comunitari e il coordinamento delle misure di esecuzione più gravi ad essi applicabili. La proposta garantisce a tali imprese una maggiore coerenza e prevedibilità, attribuendo alla Commissione il potere di imporre alle Autorità nazionali di regolamentazione la revoca delle misure correttive incompatibili con il diritto dell'Unione europea. La proposta garantisce una maggiore convergenza nelle condizioni regolamentate di accesso agli input per le reti fisse e senza fili, rendendo più agevole l'erogazione di servizi paneuropei. Tutto ciò si ripercuote positivamente anche sugli utenti, dato che la piena armonizzazione dovrebbe

¹⁴¹ Ci soffermeremo sui contenuti di questa bozza di regolamento nel capitolo III, § 1.

¹⁴² Il giudizio riportato nel testo è espresso in maniera chiara nella relazione di accompagnamento alla bozza di regolamento consultabile al seguente *link*: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0627:FIN:IT:PDF>.

garantire diritti e doveri omogenei a tutti i cittadini comunitari. In particolare, norme comuni in materia di qualità dei servizi garantiranno la libertà degli utenti di accedere in tutta l'Unione europea a servizi e applicazioni scelti sulla base di condizioni contrattuali chiare, senza indebiti blocchi o strozzature nell'accesso a Internet. Tali norme – ad avviso della Commissione – dovranno al tempo stesso garantire la possibilità di acquistare servizi specializzati per la fornitura di contenuti, applicazioni e servizi specifici con un'elevata qualità del servizio¹⁴³. Dunque, una maggiore trasparenza e diritti contrattuali rafforzati garantiranno l'interesse dei consumatori a ricevere servizi affidabili di elevata qualità e rafforzeranno la dinamica competitiva del mercato. In quest'ultimo passaggio si legge, ad avviso di chi scrive, tutta l'utilità di una trattazione sovranazionale del tema che qui ci impegna: le istituzioni comunitarie, infatti, esplicitano l'idea secondo cui la riflessione *de jure condendo* dovrebbe aumentare sia la prevedibilità giuridica che la trasparenza, nel modo più efficiente e tempestivo possibile.

Il tema ha suscitato un certo interesse nella dottrina italiana¹⁴⁴ e straniera, la quale, in particolare, è giunta ad affermare che «*the overall convergence may give a reason for hope the creation of rules of competition law on an International level*»¹⁴⁵. D'altronde, non sono mancati contributi che, ripercorrendo anche l'esperienza storica, sono riusciti a dimostrare che «(l)a cooperazione internazionale in materia di disciplina della concorrenza non è un fenomeno recente»¹⁴⁶. Anzi, in alcune fasi storiche, sono stati proprio gli Stati a manifestare l'interesse a coordinare gli interventi in questo specifico settore, al fine di rafforzare la tutela dei propri cittadini: in questo modo, per esempio,

¹⁴³ Quanto tale previsione sia in grado di influire sulla c.d. neutralità della rete è argomento di cui ci occuperemo nei due successivi capitoli.

¹⁴⁴ Oltre ai riferimenti bibliografici indicati nelle note precedenti, si veda anche il contributo di D. AGUS, *Una global governance della concorrenza?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2007, 2, 345.

¹⁴⁵ D. ZIMMER, *Competition law de lege ferenda*, in R. ZÄCH – A. HEINEMANN – A. KELLERHALS (eds), *The Development of Competition Law*, Cheltenham-Northampton, 2010, 319 (la citazione riportata nel testo è a pag. 320).

¹⁴⁶ D. AGUS, *Una global governance della concorrenza?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2007, 2, 345.

potrebbe essere intesa l'influenza che, sin dalle origini, il diritto comunitario ha esercitato sulle legislazioni degli Stati membri con riguardo all'introduzione di adeguate normative antitrust nazionali.

L'idea qui accolta ha ovviamente delle ricadute di notevole interesse sul piano sistematico. Una reale *global governance* del diritto antitrust, ad esempio, dovrebbe ridefinire il ruolo delle autorità di settore, la tipologia delle sanzioni e, ovviamente, la tipologia di controlli aventi ad oggetto i provvedimenti adottati¹⁴⁷. Tuttavia, *rebus sic stantibus*¹⁴⁸, tale impatto dovrà necessariamente essere circoscritto entro i limiti dei principi costituzionali e, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, entro le garanzie fissate nell'art. 41 Cost., norma che ha già dimostrato di sostenere il «peso della conciliabilità

¹⁴⁷ Belle riflessioni sul ruolo dell'autorità giudiziaria sono formulate da R. ZÄCH – A. KÜNZLER, *Freedom to Compete or Consumer Welfare: The Goal of Competition Law according to Constitutional Law*, in R. ZÄCH – A. HEINEMANN – A. KELLERHALS (eds), *The Development of Competition Law*, Cheltenham-Northampton, 2010, 61.

¹⁴⁸ Come è noto, si è più volte presentata la possibilità di modificare l'art. 41 Cost. con l'introduzione di disposizioni il cui contenuto spesso è stato criticato dalla dottrina. Per un commento alle proposte di riforma avanzate in merito all'art. 41 Cost. nel corso degli ultimi anni, si veda il già citato contributo di F. ZATTI, *Riflessioni sull'art. 41 Cost.: la libertà di iniziativa economica privata tra progetti di riforma costituzionale, utilità sociale, principio di concorrenza e delegificazione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, a cui si rimanda anche per gli ulteriori riferimenti dottrinali sul tema. Spunti interessanti sono formulati da G. AZZARITI, *Contro l'art. 41, Costituzione stravolta*, in *Costituzionalismo*, 2011, particolarmente interessante perché permette all'Autore di spiegare «anche il fatto – altrimenti incomprensibile – del fallimento politico del governo di centro-destra nell'attuale legislatura: sebbene abbia ottenuto la più ampia maggioranza parlamentare mai registrata in Italia, è nato “morto”, perché privato di ogni reale prospettiva di sviluppo. La crisi economica e l'assenza di ogni alternativa politica hanno fatto il resto. Oggi cominciamo ad accorgercene. Anche se “morto” il centro-destra continua però a governare, e vista l'assenza di strategie alternative “vive” non c'è da stupire. E così ci riprova, auspicando la riscrittura dell'articolo 41 della nostra costituzione. Il senso “ideologico” complessivo che si vuole assegnare appare chiaro: stravolgere il compromesso costituzionale, modificando l'equilibrio che in materia d'iniziativa economica ha definito la costituzione pluralista italiana. Si vorrebbe rendere assoluta la libertà degli imprenditori privati e cancellare i contrappesi dell'utilità sociale, del rispetto della dignità umana che la nostra costituzione invece impone. Soprattutto escludere, così come prevede il terzo comma, la possibilità di un coordinamento dell'iniziativa economica pubblica e privata dettata dall'interesse generale della collettività. Eliminare insomma ogni diversa ragione che non sia quella dell'impresa. Un disegno eversore del sistema costituzionale. Un disegno che si pone per questo governo ormai fuori tempo massimo».

costituzionale del processo di integrazione comunitario fondato sui principi di libera concorrenza e dell'economia di mercato aperta»¹⁴⁹.

Per questa ragione, si ritiene che Internet possa rappresentare un valido laboratorio per chi sarà chiamato ad occuparsi, in generale, di regolazione del mercato: infatti, ad avviso di chi scrive, la giusta considerazione delle caratteristiche della più importante rete globale oggi esistente potrà contribuire all'elaborazione di un valido modello di riferimento che, a sua volta, potrà essere utilmente applicato in altri settori dell'economia.

¹⁴⁹ F. ANGELINI, *Costituzione ed economia al tempo della crisi...*, in *Rivista dell'associazione italiana dei costituzionalisti*, 2012, 4, 5.

Capitolo II

«La neutralità della rete nell'esperienza americana»

Sommario: 1. Una premessa definitoria – 1.1. Presupposti economici della *net neutrality* – 1.2. I diritti interessati dalla *net neutrality* – 2. Le origini del *debate* e la codificazione dell'*Internet Policy Statement* – 3. Il caso Comcast – 4. L'*Open Internet Preserving Act*: quali sviluppi per l'ordinamento americano?

1. Una premessa definitoria

Come più volte ricordato nelle pagine precedenti, la struttura aperta di Internet rischia di essere seriamente compromessa da alcuni comportamenti degli operatori economici che operano sulla rete, titolari di interessi privati che potrebbero entrare in contrasto con le finalità di Internet, così come individuate dalla dottrina che si è occupata di regolazione e architettura della rete¹.

Il problema della *network neutrality* – o, più semplicemente, della *net neutrality* – si inserisce a pieno titolo nell'ambito di questo dibattito, caratterizzato da correnti di pensiero che, pur prospettando soluzioni diametralmente opposte, sono animate, almeno in apparenza, dalla medesima

¹ Il tema della regolazione di Internet è stato ampiamente studiato dalla dottrina americana già a partire dagli anni novanta: in questo periodo, ad esempio, si colloca l'importante testimonianza di uno dei fondatori dell'*Electronic Frontier Foundation*, P. BARLOW, *Declaration of the Independence of Cyberspace*, 8 febbraio 1996. Il documento – consultabile al seguente link: <https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html> – riconosce un ruolo assai limitato alla potestà regolamentare degli Stati in ragione del carattere libero del *cyberspace*; non a caso, l'Autore prende in considerazione alcune legislazioni nazionali – compresa quella italiana – per affermare che «(i)n China, Germany, France, Russia, Singapore, Italy and the United States, you are trying to ward off the virus of liberty by erecting guard posts at the frontiers of Cyberspace. These may keep out the contagion for a small time, but they will not work in a world that will soon be blanketed in bit-bearing media». Il dibattito successivo è stato animato da voci di grande spessore tra cui primeggia quella di L. LESSIG, *Code and other law of Cyberspace*, New York, 1999; ID., *The Code, version 2.0.*, New York, 2006. Per quanto riguarda la dottrina italiana, si segnala che il tema è stato affrontato in maniera organica per la prima volta da G. DE MINICO, *Internet. Regola e anarchia*, Roma, 2012.

intenzione: garantire che lo sviluppo di Internet prosegua in maniera armoniosa, al pari di quanto è avvenuto durante i primi anni di storia del *web*.

La prima difficoltà che si incontra nello studio della *net neutrality* è di ordine definitorio²: i vari studi sul tema, infatti, non sono giunti a una definizione univoca di cosa sia la *net neutrality*, limitandosi nella maggior parte dei casi a mettere in luce aspetti specifici, secondo uno schema che ha contribuito non poco a polarizzare il dibattito ideologico e politico³.

In termini generali, si può affermare che la *net neutrality* rimanda a un modello di gestione dei dati veicolati su Internet in cui il traffico non subisce differenziazioni in ragione del tipo, dell'origine, della destinazione o del volume. Quindi, la *net neutrality* rappresenta un principio di architettura⁴ rispettoso dell'idea secondo cui una rete informativa pubblica – quale è Internet – è veramente utile quando aspiri a trattare tutti i contenuti, siti, applicazioni e piattaforme senza alcuna forma di discriminazione⁵. Da ciò

² La terminologia ricordata nel testo è stata impiegata per la prima volta da T. WU, *Network Neutrality and Broadband Discrimination*, in *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, 2003, Volume 2, 141. Anche R. HAHN – S. WALLSTEN, *The Economics of Net Neutrality*, in www.aeibrookings.org/publications/abstract.php?pid=1067, 2006, pongono in luce le denunciate difficoltà terminologiche laddove affermano «*net neutrality has no widely accepted precise definition*». Per quanto riguarda la dottrina italiana, si segnala che la definizione di neutralità della rete è data da G. NAVA, *Net neutrality, tra tutela del consumatore e della concorrenza*, in G. CASSANO – G. VACIAGO – G. SCORZA (a cura di), *Diritto dell'Internet. Manuale operativo*, Padova, 2012, 81.

³ K. ZHU, *Bringing Neutrality to Network Neutrality*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2007, Volume 22, 615, afferma testualmente «*the network neutrality debate focuses on a technical question that has great economic significance, although the exact meaning of the term has received different and confusing interpretations*». La posizione di questo Autore è sostanzialmente condivisa anche dall'Ofcom che, con specifico riguardo al dibattito sviluppatosi sul tema nel mondo delle imprese, sostiene «*(v)iews on traffic management have been polarised*» (OFCOM, *Traffic Management and 'net neutrality'*. *A discussion document*, 24 giugno 2010, 24).

⁴ I concetti di neutralità e architettura della rete sono considerati in maniera unitaria da V. BERTOLA, *Una visione globale della neutralità della rete*, in *Quaderni dell'Internet italiano*, 2010, 5, 33. Il tema è ampiamente studiato dalla dottrina americana: *ex multibus*, si vedano i contributi di M.R. PATTERSON, *Non-network barriers to network neutrality*, in *Fordham Law Review*, 2011, Volume 78, 2843 e Z. STIEGLER, *Regulating the Web: Network Neutrality and the Fate of the Open Internet*, Lanham, 2013.

⁵ Si sofferma sul concetto di discriminazione C.T. MARSDEN, *Net neutrality: towards a co-regulatory solution*, Londra, 2010, 30, come si evince dall'affermazione secondo cui l'operatore che fornisce connettività non deve porre in essere misure in favore di un

discende un corollario di non poco rilievo in virtù del quale si afferma che le reti informative hanno maggior valore quando è minore la loro specializzazione⁶ (*id est*: quando rappresentano una piattaforma utile da impiegare per usi diversi, presenti e futuri).

Pertanto, il blocco di siti e applicazioni – in termini generali: dei dati trasmessi sulla rete – è la peggiore deviazione dal paradigma della neutralità, in grado di alterare i rapporti tra gli operatori economici interessati e realizzare una distorsione della concorrenza tra le imprese sottoposte al blocco e quelle che non lo subiscono.

Dal punto di vista tecnico, i sostenitori della *net neutrality* affermano che è necessario rifarsi al modello caratterizzante i primi anni dello sviluppo di Internet, essenzialmente ispirato al criterio del *first come, first served*, per orientare il futuro sviluppo di Internet. Per alcuni Autori, il legame tra Internet e *net neutrality* è tanto forte da non poter essere interrotto, con la conseguenza che ci non può essere Internet in assenza di *net neutrality*⁷.

La nozione appena enucleata si contrappone a quella di *broadband discrimination*, descrittiva di un modello che qualifica in termini di legittimità le pratiche di *traffic management* tese a differenziare i contenuti trasmessi via Internet.

La centralità della questione risulta di immediata evidenza se si considera che Internet rappresenta la rete globale maggiormente utilizzata per le comunicazioni digitali, in grado di offrire una elevata quantità di servizi:

content provider rispetto ad altri. In termini sostanzialmente analoghi si esprime J. ZITTRAIN, *The Future of the Internet and How to Stop It*, New Haven, 2009.

⁶ T. WU, *Network Neutrality FAQ*, in http://timwu.org/network_neutrality.html, si sofferma in modo particolare sul rapporto che sussiste tra utilità e specializzazione della rete. Oltre ai vari scritti dedicati al tema, l'Autore cura un blog interamente dedicato alla tematica *de qua*.

⁷ Il legame genetico tra Internet e *net neutrality* è ben descritto da N. ECONOMIDES – J. TAG, *Network neutrality on the Internet: A two-sided market analysis*, in *Information Economics and Policy*, 2012, Volume 24, 2, 91, laddove si afferma «(s)ince the inception of the Internet, information packets are transported on the Internet under “network neutrality”. This is a regime that does not distinguish in terms of price between bits or packets depending on the services for which these bits and packets are used or on the identities of the uploader and downloader».

scambio di e-mail, navigazione via *browser*, servizi *peer-to-peer*⁸, telefonia via Internet⁹, oltre ai servizi di informazione, visualizzazione di immagini e trasmissione di contenuti multimediali. Ogni forma di blocco o di ritardo nella trasmissione di questi dati, dunque, diminuisce o azzerava completamente l'utilità finale degli utenti.

Per meglio comprendere la portata di questo principio, è indispensabile individuare i soggetti coinvolti e il contenuto preciso degli obblighi loro imposti. Come si vedrà anche nel prosieguo, per i sostenitori della *net neutrality* i proprietari-gestori della rete sono tenuti a garantire un accesso equo e un trattamento non discriminatorio in favore dei *content (e service) provider*¹⁰ e degli *end user*: i primi operano acquistando l'accesso dagli Internet Service Provider¹¹ e, a loro volta, offrono contenuti, prodotti e servizi ai secondi, i consumatori finali della rete.

In particolare, le varie impostazioni seguite dalla dottrina sulla configurabilità della *net neutrality* hanno in comune tra loro l'imposizione di alcuni divieti in capo agli ISP, tra i quali rientrano quello di:

- a) controllare il tipo di utilizzo che i consumatori fanno della rete;
- b) discriminare l'accesso di uno specifico *content provider* alla rete¹².

I divieti appena ricordati mirano all'instaurazione di un regime che non distingua in termini di prezzo e di velocità della trasmissione dati tra bit o pacchetti in ragione dell'identità dell'*uploader* e del *downloader*, considerati in

⁸ Ricordati nel testo anche con l'abbreviazione p2p.

⁹ Meglio nota con l'acronimo VoIP, che sta per *Voice over Internet Protocol*.

¹⁰ D'ora in poi, nel testo ci riferiremo genericamente ai *content provider*, avvertendo il lettore che il ragionamento svolto può essere utilmente riferito anche ai *service provider*.

¹¹ D'ora in poi ricordati nel testo con l'acronimo ISP.

¹² CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE, *Net Neutrality: Background and Issues*, 16 settembre 2008, in cui, dopo aver affermato che la *net neutrality* si sostanzia nel riconoscimento di un «*equal access*» e un «*nondiscriminatory treatment*», si legge testualmente «*most agree that any such definition should include the general principles that owners of the networks that compose and provide access to the Internet should not control how consumers lawfully use that network; and should not be able to discriminate against content provider access to that network*». L'ufficio studi del Congresso americano si è occupato del tema in altre occasioni. Tra i documenti interamente dedicati alla *net neutrality*, si ricordano: ID., *Access to Broadband Networks: The Net Neutrality Debate*, 25 aprile 2011; ID., *The FCC's Authority to Regulate Net Neutrality After Comcast v. FCC*, 27 ottobre 2011.

maniera ugualitaria dall'ISP. In particolare, quest'ultimo non può porre in essere pratiche di controllo come quella della *deep packet inspection*¹³, una forma di filtraggio dei pacchetti dati in transito sulla rete che esamina i contenuti dei pacchetti stessi al fine di ricercare quelli difformi dai criteri stabiliti dall'operatore. Si tratta, a ben vedere, di una pratica ben più invasiva della semplice *packet inspection*, in virtù della quale l'operatore può controllare la sola intestazione dei pacchetti e, conseguentemente, gli indirizzi IP dei mittenti e dei destinatari e il protocollo di rete utilizzato (il c.d. numero di porta).

Il ricorso alla *deep packet inspection* consente all'operatore di conoscere il contenuto della comunicazione veicolata sulla rete. Volendo utilizzare come termine di paragone il tradizionale mezzo di comunicazione della posta cartacea, si potrebbe dire che con la *deep packet inspection* l'operatore è in grado, non solo di conoscere il momento in cui viene inoltrato il messaggio e i soggetti coinvolti nella comunicazione, ma anche di aprire la busta e leggere il contenuto della comunicazione stessa. In questo modo, dunque, l'ISP può qualificare il tipo di dato trasmesso e offrire un tipo diverso di servizio all'utente: da ciò discende che dati indesiderati potrebbero essere scartati, reindirizzati o subire sensibili abbassamenti della velocità di trasmissione.

La pericolosità insita in questo tipo di controllo appare di tutta evidenza se si considera che il relativo processo può essere fatto sia sul singolo pacchetto che su un flusso di pacchetti simili. Dunque, almeno potenzialmente gli ISP sono in grado di controllare tutti i dati trasmessi sulla rete, senza alcun tipo di esclusione.

Nelle pagine seguenti affronteremo in maniera specifica due questioni che si ripercuotono sulla definizione di neutralità della rete: quella relativa agli equilibri economici e quella dell'individuazione dei diritti costituzionalmente rilevanti interessati dalla prima.

¹³ Per una buona descrizione della *deep packet inspection*, si veda C.J.K. SANDOVAL, *Disclosure, deception, and deep-packet inspection: the role of the Federal Trade Commission Act's deceptive conduct prohibitions in the Net neutrality debate*, in *Fordham Law Review*, 2009, Volume 78, 641.

1.1. Presupposti economici della net neutrality

Il tema della *net neutrality* ci permette di fare alcune considerazioni di carattere generale sulla struttura delle relazioni economiche e giuridiche che si instaurano sulla rete, recuperando alcune delle cose dette con riguardo alla nozione di mercato rilevante che abbiamo formulato nel capitolo precedente. Pur essendo convinti che l'analisi dei profili economici esuli dalla nostra competenza, riteniamo comunque necessario offrire un breve quadro sulle principali questioni in quanto presupposto della *regulation*, oggetto questa della nostra indagine.

Internet presenta una struttura perfettamente sovrapponibile al modello del *two-sided markets*, terminologia impiegata dalla dottrina economica¹⁴ per descrivere l'ipotesi in cui il mercato, complessivamente inteso, si articola in due aree autonome che sono, tuttavia, strettamente collegate tra di loro. Nel

¹⁴ Il modello è ben spiegato nei suoi tratti caratterizzanti da N. ECONOMIDES – J. TÅG, *Network neutrality on the Internet: A two-sided market analysis*, in *Information Economics and Policy*, 2012, Volume 24, 2, 91. Per ricostruzioni più risalenti del tema, si vedano: J.C. ROCHET – J. TIROLE, *Platform competition in two-sided markets*, in *Journal of the European Economic Association*, 2003, 1, 4; J. FERRANDO – J.J. GABSZEWICZ – D. LAUSSEL – N. SONNAC, *Two-Sided Networks Effects and Competition: an Application to Media Industries*, in *Lucarnes bleues*, 2004, 9; M. BOURREAU – N. SONNAC, *Competition in two-sided markets: Application to information and communication industries*, in *Communications & Strategies*, 2006, 61; T. EISENMANN – G. PARKER – M.W. VAN ALSTYNE, *Strategies for Two-Sided Markets*, in *Harvard Business Review*, 2006, 10; S.P. ANDERSON – J.J. GABSZEWICZ, *The media and advertising: a tale of two-sided markets*, in V.A. GINSBURGH – D. THROSBY (eds), *Handbook of Cultural Economics*, Amsterdam 2005, *passim*. A. PRETA, *Network neutrality. Teoria economica e ruolo della regolamentazione: il modello USA*, in *Astrid*, sintetizza il modello in esame con le seguenti parole: «(c)io che rende tutti questi settori, mercati a due (o più) versanti è che una (o più) piattaforma unisce due (o più) gruppi di consumatori e le relazioni che instaura con ciascuno di loro influenza anche il comportamento dell'altro gruppo. L'esempio classico è quello delle carte di credito, dove i ricavi da un lato dipendono dagli esercizi commerciali convenzionati, che pagano un fee alle società emittenti (Visa, Amex, ecc.) per le transazioni effettuate con i clienti, in proporzione o comunque in relazione al numero di carte diffuse tra i clienti, che a loro volta decidono di acquistare la carta in rapporto alla sua usabilità, cioè alla quantità di esercizi convenzionati. A seconda della rilevanza attribuita all'uno o all'altro dei gruppi, vi sarà da parte della piattaforma una politica di prezzo differenziato (in molti casi volta a favorire il cliente, in modo da allargare la base e poter caricare i costi maggiori sugli esercizi). Il fatto che due gruppi siano attratti l'uno dall'altro non è un fenomeno recente e nella teoria economica è conosciuto come effetto di rete».

caso di Internet, queste due aree sono costituite, da un lato, dalle relazioni che si instaurano tra fornitori di connettività e utenti finali e, dall'altro, dai rapporti giuridico-economici che legano i fornitori di connettività con i fornitori di contenuti. Dunque, appare evidente che l'ISP costituisce una sorta di anello di congiunzione tra questi due segmenti – *id est*: tra questi due sub-mercati – e svolge, in buona sostanza, un'attività di intermediazione, grazie alla quale gli utenti finali riescono a fruire dei servizi offerti sulla rete da parte dei *content provider*.

La prima particolarità di questo modello è rappresentata dal fatto che si creano fenomeni di esternalità di rete incrociate, dato che l'utilità di una categoria di utenti dipende anche dalle scelte effettuate dall'altra. I due segmenti si influenzano reciprocamente, con la conseguenza che un ampliamento dei servizi offerti dai fornitori di contenuti (riguardante, dunque, il c.d. mercato a monte) crea un beneficio per gli utenti finali (attori economici del c.d. mercato a valle); correlativamente, un incremento del numero di utenti finali connessi alla rete è elemento di grande interesse per i fornitori di contenuti, i quali saranno maggiormente propensi a incrementare i servizi offerti. Il compito dell'ISP consiste nel creare l'interazione tra i vari soggetti, agevolando le transazioni tra i due versanti del mercato: è suo interesse, infatti, garantire che entrambi i versanti del mercato siano interessati a partecipare a questo ciclo economico.

A tal fine, l'ISP deve prestare particolare attenzione alla fissazione dei prezzi – il c.d. *pricing* – onde evitare di alterare le relazioni appena descritte. In particolare, è bene ricordare che l'operatore fissa sia i corrispettivi pagati dagli utenti finali sia il prezzo pagato dai *content provider* per poter offrire il proprio servizio sulla rete.

Qual è, dunque, la scelta ottimale che deve compiere l'ISP che voglia massimizzare i propri profitti?

A lungo, i fornitori di connettività hanno deciso di praticare prezzi tendenzialmente nulli in relazione ai servizi offerti dai fornitori di contenuti, in

ragione delle già ricordate esternalità incrociate di rete. Si tratta di un modello che ha contribuito allo sviluppo di Internet e al mantenimento di un elevato livello di investimenti¹⁵, garantendo, nel contempo, un'elevata soddisfazione di tutti i soggetti coinvolti: a ben vedere, infatti, in questo modo il profitto dell'operatore è garantito dal pagamento del prezzo da parte degli utenti finali e i fornitori di contenuti sono incentivati a impiegare parte dei profitti nello sviluppo di nuovi servizi, in grado a loro volta di generare una nuova domanda da parte degli utenti finali. Tutti sostengono un costo e, correlativamente, traggono un beneficio, come dimostra l'inesistenza nel modello teorico appena esaminato del c.d. *free rider*, ovvero di colui il quale gode di un servizio senza alcuna forma di contribuzione economica.

Tuttavia, la più recente esperienza si caratterizza per un'inversione di tendenza, dovuta, in particolare, all'introduzione di un sistema di *pricing* intercorrente tra l'ISP e il *content provider*, che aspiri ad avere un accesso prioritario e una maggiore disponibilità di banda: in questo modo, l'ISP si garantisce una (ulteriore) fonte di profitto da parte del fornitore di contenuti, il quale, però, si potrebbe trovare nella condizione di dover limitare i propri investimenti in ragione dei maggiori costi sostenuti per garantirsi una corsia preferenziale nella fornitura dei propri servizi.

Quale è, in concreto, l'impatto di questa scelta costituisce uno degli interrogativi di fondo della tematica della *net neutrality*. Ad avviso di chi scrive, sarà l'analisi dei dati statistici dei prossimi anni a consentire una corretta valutazione di questa politica, anche se una prima considerazione può essere fatta già in questa sede: partendo dalla considerazione che non tutti i *content provider* sono nelle stesse condizioni economiche, è innegabile che il *pricing*

¹⁵ La preoccupazione di un calo negli investimenti è affrontata in molti scritti con alterne soluzioni: G. SHRIMALI, *Surplus extraction by network providers: Implications for net neutrality and innovation*, in *Telecommunications Policy*, 2008, Volume 32, 545; J.P. CHOI – B.C. KIM, *Net neutrality and investment incentives*, in *Journal of Economics*, 2010, Volume 41, 3, 446; R.D. ATKINSON, *Economic doctrines and network policy*, in *Telecommunications Policy*, 2011, Volume 35, 413; H. GUO – H.K. CHENG – S. BANDYOPADHYAY, *Net Neutrality, Broadband Market Coverage, and Innovation at the Edge*, in *Decision Sciences*, 2012, Volume 43, 1, 141.

abbia un impatto minore sui grandi fornitori di contenuti Più preoccupante è invece, la situazione riguardante gli operatori emergenti – le c.d. *start-up* – poste, nella maggioranza dei casi, dinanzi alla scelta tra maggiori investimenti e accesso prioritario.

Inoltre, la descritta struttura del mercato ci segnala che un'alterazione del c.d. mercato a monte – ad esempio: una riduzione dei fornitori di contenuti causata dal meccanismo di *pricing* – si riflette anche sul mercato a valle e, dunque, sulle utilità degli utenti finali. Anche in quest'ultimo passaggio, dunque, è evidente la stretta connessione che il tema *de qua* ha con la tutela dell'iniziativa economica, dell'impresa fornitrice di contenuti e dell'ISP.

1.2. *I diritti interessati dalla net neutrality*

Come detto in premessa, il secondo profilo si risolve nell'individuazione dei diritti costituzionalmente rilevanti interessati dalla *net neutrality*. Si tratta, da un lato, della libertà di manifestazione del pensiero, della libertà di comunicazione, della riservatezza e tutela della privacy e, dall'altro, dell'iniziativa economica.

In primo luogo, si deve osservare che queste due contrapposte categorie di diritti possono entrare in conflitto, con la conseguenza che si renderà necessario procedere al bilanciamento tra le stesse per ricondurre il sistema ad unità. Secondo una prima tesi, il bilanciamento è un'operazione che deve essere compiuta necessariamente dal legislatore, unico soggetto legittimato a individuare il punto di equilibrio nell'ipotesi di conflitto tra due o più diritti. Secondo questa impostazione, eventuali errori e mancanze del legislatore potranno essere oggetto di accertamento da parte della Corte costituzionale, soggetto che può essere chiamato a pronunciarsi sulla legittimità e sulla ragionevolezza delle scelte compiute dal legislatore. Una seconda tesi configura il bilanciamento in maniera diversa nella misura in cui

attribuisce al giudice il compito di procedere alla composizione di contrapposti interessi e diritti: si afferma, infatti, che il bilanciamento è un'operazione che non può prescindere dall'analisi del caso concreto, attività che, secondo i principi generali del nostro ordinamento, corrisponde proprio alle funzioni demandate all'autorità giudiziaria¹⁶.

¹⁶ Entrambi gli orientamenti sono sostenuti da autorevoli costituzionalisti. Inoltre, la dottrina che si è occupata del tema del bilanciamento afferma che questa operazione deve rispondere a un criterio di necessità, nel senso che la scelta di limitare o postergare un diritto o un interesse costituzionale deve essere giustificato dalla necessità di dare attuazione a un altro diritto o interesse di pari rango. A ciò si aggiunga che con riferimento ai diritti inviolabili vi sarebbero valori obiettivi, originari, assolutamente primari tali da determinarne l'intangibilità nel loro nucleo assiologico sia da parte di qualsiasi soggetto privato (incluso il titolare) sia da parte di qualsiasi potere costituito (pubblico o privato), compreso quello di revisione costituzionale. Per questa ragione, alcuni Autori configurano per queste situazioni giuridiche soggettive una sorta di garanzia super-costituzionale, con conseguente sottrazione al bilanciamento; da ciò discende il generale divieto di interferire con questi diritti (o principi) e, in particolare, il divieto per il legislatore di pregiudicarne il contenuto essenziale tratteggiato dalla norma costituzionale. Tra i tanti riferimenti bibliografici, si consenta il rinvio a G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica & Politica*, 2006, 1, 13; P. GROSSI, *Inviolabilità dei diritti*, in *Enciclopedia del diritto*, Volume XXII, 1972, 712-731; M. LUCIANI, *I diritti fondamentali come limiti alla revisione costituzionale*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1992, 121-129; F.P. CASAVOLA, *I principi supremi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Foro italiano*, 1995, V, 153-161; F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995, 101-107; F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo.it*, 2005, 3; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2002, 93 e 141; A. PACE, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici «comuni»*, in AA.VV., *Nuove dimensioni dei diritti di libertà. Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, 1990, 109; M. TROPER, *La nozione di principio sovra-costituzionale*, in P. COMANDUCCI – R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 1996. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 1997, 255-274; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, 379-385; sulla giurisprudenza costituzionale in tema di bilanciamento, si veda A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, Volume II, Tomo 2, Milano, 2008, 185 (in particolare, pagg. 196 e ss. sul c.d. test di necessità). Particolarmente radicale la tesi sostenuta da S. MANGIAMELI, *Il contributo dell'esperienza costituzionale alla dogmatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milano, 2006, 516 e ss., secondo il quale il bilanciamento operabile dalla Corte si riduce ai soli casi in cui siano ravvisabili pretese assolute, cioè costituzionalmente non organizzabili gerarchicamente, né legislativamente risolte o rispetto alle quali la legislazione vigente non è decisiva. Infine, sul caso specifico dell'introduzione di un nuovo diritto e dei costi che tale operazione ha in termini di bilanciamento si veda M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della costituzione repubblicana*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2013, 1, 25, secondo cui l'allungamento del catalogo dei doveri altera la posizione relativa dei diritti preesistenti nel contesto del reciproco

Le considerazioni sin qui svolte ci permettono di giungere a una prima conclusione: la tematica della *net neutrality* non copre il solo aspetto degli equilibri economici, dato che altri valori costituzionali vengono direttamente influenzati dall'attuazione della *net neutrality*. Dunque, libertà costituzionali e principio di uguaglianza in Internet saranno fortemente influenzati dai futuri sviluppi della tematica qui analizzata, così come precisato nella condivisibile impostazione di chi fonda il «*free speech market*» di Internet sul I emendamento della Costituzione americana¹⁷.

Da ciò discende che il dibattito sulla *net neutrality* ha come principale oggetto di indagine i diritti e non può essere limitato alla sola analisi delle problematiche tecniche concernenti la trasmissione dei dati in Internet, pur rilevanti in un orizzonte culturale di tutela e garanzia reale dei diritti al tempo di Internet.

Pur ricordando la distinzione formulata da una parte della dottrina¹⁸ secondo cui gli aspetti tecnici e quelli attinenti alla tutela dei diritti sono sussumibili entro due diverse aree di indagine rispettivamente ricordate con i nomi di *net neutrality* e *net freedom*, nelle pagine seguenti si seguirà un approccio diverso, caratterizzato dall'analisi congiunta dei due profili: infatti, ad avviso di chi scrive, lo stretto legame tra tecnica e diritti suggerisce un metodo volto a

bilanciamento). Il bilanciamento è potenzialmente applicabile in tutte le branche del diritto. Per un'applicazione in ambito privatistico, si vedano F. DELL'AVERSANA, *Il "regime patrimoniale" della famiglia di fatto*, in *Vita notarile*, 2012, 2, 989 e ID., *Segregazione patrimoniale e famiglia di fatto*, in *Gazzetta forense*, 2012, 3, 24. Torneremo sul tema del bilanciamento nel Capitolo IV, § 2.

¹⁷ C.R. SUNSTEIN, *The first Amendment in Cyberspace*, in *Yale Law Journal*, 1995, Volume 104, 1757. Lo stretto legame tra libertà di espressione e *net neutrality* è presente anche in D.C. NUNZIATO, *Virtual freedom. Net Neutrality and Free Speech in the Internet Age*, Stanford, 2009, 136, ove si ricorda che «(t)he Supreme Court has emphasized that each medium of expression requires its own First Amendment inquiry». Per completezza, si riporta il testo integrale del I emendamento della Costituzione americana: «(c)ongress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances».

¹⁸ J. KULESZA, *Freedom of information in the global information society – the question of The Internet Bill of Rights*, in *University of Warmia and Mazury in Olsztyn Law Review*, 2008, Volume I, 81 (si veda, in particolare, il ragionamento sviluppato a partire da pag. 90 in merito alla possibilità di inserire il principio della *net neutrality* in una carta dei diritti per Internet).

evitare conclusioni frammentarie, in grado di analizzare gli aspetti tecnici della neutralità della rete¹⁹ in vista del conseguimento di un risultato in punto di diritto. Solo in questo modo, ad avviso di chi scrive, si potrà ovviare al rischio di addivenire a risultati scarsamente utili, frutto dell'impiego di un metodo non corretto²⁰.

A ben vedere, sin da queste notazioni introduttive è evidente che il pericolo di configurare un Internet non egualitario e chiuso – cioè non protetto dalla regola della *net neutrality* – non è affatto trascurabile. Lo dimostra il fatto che le forze economiche in gioco hanno accresciuto sensibilmente il proprio potere di mercato nel corso degli ultimi anni, con operazioni che spesso sono andate a discapito delle imprese di ridotte dimensioni e, in generale, di tutti i soggetti che hanno iniziato a operare su Internet proprio convinti di non incontrare quegli ostacoli che ancora oggi, nonostante l'accresciuta sensibilità anticompetitiva delle legislazioni vigenti, caratterizzano l'economia *off line*. Il rischio è, ancora una volta, di chiudere ciò che per natura e vocazione originaria nasce aperto, proprio come è avvenuto

¹⁹ Per una buona sintesi dei principali problemi tecnici posti dalla *net neutrality*, sia consentito il rinvio a J. CROWCROFT, *Net Neutrality: The Technical Side of the Debate: A White Paper*, in *Computer Communication Review*, 2007, Volume 37, 1, 49.

²⁰ Sempre chiare le parole di M. VILLONE, *Conclusioni. La Costituzione e il "diritto alla tecnologia"*, in G. DE MINICO (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti. Banda larga e servizi a rete*, Napoli, 2010, 261, secondo cui, soprattutto con riguardo ai diritti emergenti, è evidente che la struttura del diritto si intreccia con la tecnologia: l'Autore riporta, in particolare, il caso del diritto di partecipazione democratica per giungere alla configurazione di un diritto alla tecnologia, inteso come parte integrante della garanzia costituzionale della situazione soggettiva protetta. Il metodo di ricerca a cui ci si riferisce nel testo è condiviso dalla migliore dottrina che da anni studia le tematiche connesse al fenomeno dell'ICT. Per un riferimento, si veda P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Bologna, 2013, 209; G. DE MINICO, *Regulation, banda larga e servizio universale. Immobilismo o innovazione?*, in *Politica del diritto*, 2009, 4, 531; ID., *Tecnica e diritti sociali nella regulation della banda larga*, in G. DE MINICO (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti. Banda larga e servizi a rete*, Napoli, 2010, 3. Ad avviso di chi scrive, anche settori diversi dall'ICT rendono necessaria l'analisi dei profili concernenti la tecnica per la configurazione di una buona legislazione: in tal senso si esprime A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Padova, 2011, il quale dedica molte pagine alla ricostruzione del rapporto tra scienza e fonti del diritto (Capitolo II).

nell'ordinamento italiano con riguardo alle regole limitative delle posizioni dominanti nell'audiovisivo introdotte con la legge 3 maggio 2004, n. 112²¹.

L'esempio appena riportato ci permette di richiamare alcune conclusioni formulate dalla giurisprudenza costituzionale sul tema del pluralismo informativo che, *mutatis mutandis*, possono essere impiegate con riguardo alla problematica qui esaminata. Si tratta, ad avviso di chi scrive, di indicazioni importanti, in grado di segnare una strada sicura per il legislatore che voglia seriamente occuparsi della regolazione di Internet.

In particolare, la Corte costituzionale ha avuto modo di affermare in più di una occasione che il principio del pluralismo informativo rappresenta un imperativo ineludibile, in virtù del quale si deve assicurare l'accesso al sistema radiotelevisivo del «massimo numero possibile di voci diverse»²²; pertanto, non è conforme all'esposto principio la mera coesistenza di un polo pubblico e di un polo privato²³, anche nell'ipotesi in cui la loro offerta si caratterizzi per la presenza di più canali.

La necessità di consentire l'accesso al maggior numero di opinioni ha permesso alla Corte costituzionale di intervenire nel corso degli anni sulla disciplina antitrust posta a presidio del settore radiotelevisivo, con modalità

²¹ Legge 3 maggio 2004, n. 112 recante “Norme di principio in materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della RAI-Radiotelevisione italiana S.p.a., nonché delega al Governo per l’emanazione del testo unico della radiotelevisione”. Per un’esaustiva analisi dell’evoluzione della disciplina antitrust speciale nel settore della radiotelevisione (*rectius*: dell’audiovisivo), si veda G. DE MINICO, *L’«affaire» audiovisivo tra legislatore e giudice: una storia infinita?*, in *Politica del diritto*, 2008, 2, 317 e in AA. VV., *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Tomo II, Napoli, 2008, 907. L’Autrice chiude il contributo ricordando che «una mera moltiplicazione numerica dei mezzi di trasmissione, alla quale non corrisponderà né un effettivo arricchimento dell’offerta informativa da parte di operatori indipendenti, né un aumento delle reali possibilità di scelta per gli utenti» è assolutamente inidonea a garantire il principio del pluralismo così come formulato dalla Corte Costituzionale.

²² In questi termini, CORTE COSTITUZIONALE, sentenza 26 marzo 1993, n. 112 in *Giurcost*.

²³ CORTE COSTITUZIONALE, sentenza 14 luglio 1988, n. 826 in *Giurcost*.; CORTE COSTITUZIONALE, sentenza 7 maggio 2002, n. 155 in *Giurcost*.

che non sempre sono state effettivamente sufficienti a garantire la finalità perseguita²⁴.

La normativa antitrust che viene in rilievo in questo settore rappresenta una deroga alla fattispecie generale di illecito antitrust; essa prende in considerazione la sola «forza di mercato, oggetto di valutazione *ex ante* del legislatore, che quantifica una volta per tutte la percentuale massima di risorse economiche detenibili da un unico operatore e con presunzione assoluta la equipara alla dominanza dello stesso»²⁵. Dunque, considerata come male in sé, la dominanza è sanzionata perché nega la molteplicità delle fonti informative, bene diverso dal mero equilibrio competitivo tutelato con la disciplina antitrust generale.

Da ciò discendono conseguenze non secondarie in punto di diritto: infatti, la disciplina speciale accorda una protezione anticipata e rafforzata rispetto alla mera tutela repressiva della normativa antitrust generale e copre situazioni che non sarebbero punibili in altro modo realizzando una «tutela cautelare del bene affidato alle sue cure»²⁶.

Infine, la più recente evoluzione della giurisprudenza costituzionale precisa i contorni del principio del pluralismo informativo alla luce del dato normativo comunitario, rappresentato, in particolare, dalle direttive riguardanti il settore delle comunicazioni elettroniche succedutesi nel corso degli anni²⁷.

L'esperienza del settore radiotelevisivo ci insegna che il solo pluralismo tecnico è insufficiente rispetto all'obiettivo di garantire il pluralismo

²⁴ Lo stretto legame che si instaura tra tutela del pluralismo e controllo di legittimità della normativa antitrust è già esplicitato in CORTE COSTITUZIONALE, sentenza 7 dicembre 1994, n. 420, in *Giurcost*.

²⁵ G. DE MINICO, *L'«affaire» audiovisivo tra legislatore e giudice: una storia infinita?*, in *Politica del diritto*, 2008, 2, 323 e in AA. VV., *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Tomo II, Napoli, 2008, 914.

²⁶ G. DE MINICO, *L'«affaire» audiovisivo tra legislatore e giudice: una storia infinita?*, in *Politica del diritto*, 2008, 2, 323 e in AA. VV., *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Tomo II, Napoli, 2008, 914.

²⁷ CORTE COSTITUZIONALE, sentenza 20 novembre 2002, n. 466 in *Giurcost*. ove è esplicito il riferimento al pacchetto di direttive del 2002.

informativo²⁸ e che la tecnica deve essere orientata dal decisore politico che voglia realmente applicare i principi a cui si ispira.

Pertanto, ad avviso di chi scrive, Internet potrà godere di un regime realmente pluralistico se la normativa – frutto di un processo decisionale partecipato in sede internazionale²⁹ – sarà in grado di superare i rischi che hanno caratterizzato l'evoluzione dei tradizionali mezzi di comunicazione con la chiara affermazione della *net neutrality*.

2. *Le origini del debate e la codificazione dell'Internet Policy Statement*

Le riflessioni della dottrina sul tema della neutralità della rete hanno avuto una diretta influenza sull'attività regolamentare dell'Autorità di settore americana, da sempre impegnata a garantire un elevato livello di soddisfazione degli utenti nella fruizione dei servizi di comunicazione³⁰, e sulla

²⁸ Sollecitata dalla giurisprudenza costituzionale, la dottrina ha contribuito non poco alla definizione di pluralismo informativo. Senza pretesa di esaustività, si ritiene opportuno ricordare alcune delle letture fatte sul tema: F. PIERANDREI, *La televisione in giudizio davanti alla Corte Costituzionale*, in *Rivista diritto comunitario*, 1961, 11, 161; C. CHIOLA, *I comandamenti della Corte per il settore radiotelevisivo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1974, 2191; S. FOIS, *La natura dell'attività radiotelevisiva alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1977, 437; P. CARETTI, *La Corte in difesa del pluralismo informativo*, in *Diritto pubblico*, 1995, 435; A. PACE, *Il discutibile avvio del «digitale terrestre» tra la sent. 466 del 2002 della Corte Costituzionale e il rinvio ex art. 74 Cost. del Presidente della Repubblica*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2004, 2, 1369; E. CHELI – P. MANACORDA, *Il sistema radiotelevisivo. Dieci proposte di riforma*, Firenze, 2006, *passim*.

²⁹ Per una ricostruzione in questi termini, sia consentito il rinvio a G. DE MINICO, *Internet. Regola e anarchia*, Roma, 2012, *passim*.

³⁰ In più di un'occasione, la dottrina ha messo in luce il rapporto tra neutralità della rete e benessere dei consumatori. In questi termini, ad esempio, si esprimono G.S. BECKER – D.W. CARLTON – H.S. SIDER, *Net neutrality and consumer welfare*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2010, Volume 6, 3, 497 (si veda, in particolare, il ragionamento sviluppato a pag. 508, sintetizzato nelle seguenti parole: «(a)ntitrust enforcement provides the standard approach to addressing the competitive concerns cited by net neutrality proponents. The FCC's NPRM (ndr, Notice of Proposed Rulemaking) recognizes that discrimination can either benefit or harm consumer welfare and acknowledges that "[t]he key issue we face is distinguishing socially beneficial discrimination from socially harmful discrimination in a workable manner." Attempting to determine when "discriminatory" business practices harm competition and lower

giurisprudenza, spesso chiamata a ricostruire il quadro normativo di riferimento e la legittimità degli interventi della prima. Spesso, questo dibattito si è spinto fino al punto di segnalare l'urgenza di un intervento del legislatore volto a modificare la normativa in materia di telecomunicazioni contenuta nel *Communications Act* del 1934, ritenuta da più parti superata e non pienamente rispondente alle finalità perseguite nonostante le innovazioni apportate nel 1996 dal *Telecommunications Act*³¹.

consumer welfare can be difficult and typically requires detailed, fact-specific analysis that attempts to account for (1) the impact of discrimination on competition in both upstream (content) and downstream (broadband access) markets, (2) the efficiency rationale for such practices, and (3) the potentially adverse impact of a remedy (such as imposing a duty to deal with a rival) on incentives for investment and innovation. Analysis of the impact of discrimination on competition is a common focus of antitrust analysis by economists and courts, and antitrust enforcement provides a mechanism for addressing competitive concerns of the type raised by net neutrality proponents». Particolarmente interessante è la posizione di B.E.L. BOLIEK, *FCC regulation versus antitrust: how net neutrality is defining the boundaries*, in *Boston College Law Review*, 2011, Volume 52, 1627: l'Autrice, infatti, si interroga sul ruolo della FTC in merito alla regolamentazione della *net neutrality*, giungendo alla seguente conclusione «(a)t the core of the net neutrality debate are concerns regarding the sufficiency of both industry competition and consumer protection safeguards. But for the dominance of the FCC in its role as regulator of telephone and cable providers, the natural overseer for such concerns in the arena of the Internet ecosystem would be the DOJ and the FTC. The concepts of market power, market failures, market definition, investment and innovation, and the costs of government intervention are prevalent throughout the net neutrality policy development. These are the types of concerns that either the FTC or DOJ have addressed in other industries since the inception of antitrust law». Per completezza del discorso, si ricorda che l'Antitrust americana si è occupata del tema della *net neutrality* in un documento del 2007: FTC, *Broadband connectivity competition policy*, giugno 2007, nel quale si legge la seguente definizione: «(t)he terms “net neutrality” and “network neutrality” have been used to identify various policy concerns and prescriptions raised by diverse parties to the larger social discussion of broadband Internet connectivity. Typically, such terms are identified with positions that recommend, at least, some legal or regulatory restrictions on broadband Internet access services that include non-discrimination requirements above and beyond any that may be implied by existing antitrust law or Federal Communications Commission (“FCC”) regulations. Particular concerns and positions are explored in some detail throughout the Report, but the terms “net neutrality” and “network neutrality” are used here, interchangeably, to refer to this larger family of views. Unless otherwise clarified, our terminological choice is not meant to endorse any particular policy position» (pag. 1). Molto interessante anche la parte dedicata all'«overview of arguments in favor of and against network neutrality regulation» (pagg. 51 e ss.). Una prospettiva diversa è sviluppata da C. VITELLO, *Network Neutrality Generates a Contentious Debate Among Experts: Should Consumers be Worried?*, in *Loyola Consumer Law Review*, 2010, Volume 22, 513.

³¹ Per una ricostruzione del dibattito, si veda il contributo di P. FIDANZA VESPERINI, *La Corte Suprema USA e i servizi “internet a banda larga”*, in *Giornale di diritto*

Analizziamo, in particolare, due vicende risalenti al 2005 che hanno permesso alla FCC di inserirsi nel dibattito riguardante il principio della neutralità della rete.

All'inizio dell'anno, la FCC mostra per la prima volta l'intenzione di sanzionare il comportamento di un operatore che ha discriminato il traffico dei propri utenti in ragione del tipo di comunicazione effettuata. L'operatore interessato dall'istruttoria è Madison River, un gestore di linee telefoniche locali accusato di aver bloccato l'accesso dei propri utenti ai servizi VoIP.

Al tempo, Madison River serviva un discreto numero di utenti con i servizi di telefonia tradizionale e con un accesso a Internet a banda larga e furono proprio gli utenti a segnalare difficoltà nell'utilizzo dell'applicazione VoIP denominata Vonage. In considerazione delle tante lamentele ricevute e a seguito degli opportuni accertamenti tecnici, il fornitore dell'applicazione riuscì a dimostrare «*that Madison River persistently blocked VoIP services not just during bursts in network traffic, but at all times*»³².

La posizione di Vonage apparve subito molto chiara e si tradusse nella tesi secondo cui «*Madison River's non-minimal blocking represents a clear case of unreasonable network management. It violated all of the net neutrality principles by chilling*

amministrativo, 2006, 1, 105. L'Autrice si sofferma sull'analisi della sentenza Brand X resa dalla Corte Suprema americana, valutandone gli effetti sia sul diritto delle telecomunicazioni, sia sulla c.d. «*Chevron doctrine*», terminologia con la quale ci si riferisce al ruolo svolto dalle corti nei settori di competenza delle *Agencies*. Quest'ultimo aspetto è osservato nei suoi tratti essenziali anche da G. AMATO, *Le Autorità indipendenti nella costituzione economica*, in AA. VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo: le autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1997, *passim*. Per una ricostruzione completa del caso Brand X, si veda A. REICHER, *Redefining Net Neutrality after Comcast v. FCC*, in *Berkeley Technology Law journal*, 2011, Volume 26, 733 (in particolare, pag. 742-743, ove si legge che «*the Supreme Court decided a challenge to the reclassification of cable internet providers under Title I. This case is important because it contains the dicta language upon which the FCC built its jurisdictional foundation to enforce net neutrality after cable and DSL broadband deregulation*»).

³² A. REICHER, *Redefining Net Neutrality after Comcast v. FCC*, in *Berkeley Technology Law journal*, 2011, Volume 26, 741, che cita articoli della stampa specializzata di quei giorni.

innovation and restraining competition in the VoIP market, without being transparent about its practices»³³.

Il caso si chiuse in tempi molto brevi – grazie anche al comportamento tenuto dall’operatore – con l’adozione di un provvedimento sanzionatorio da parte della FCC, in virtù del quale Madison River venne obbligato al pagamento di una sanzione pecuniaria; il provvedimento, inoltre, impose all’operatore di astenersi dal perpetrare le condotte contestate, ritenute lesive dei diritti e della libertà di scelta degli utenti³⁴.

L’atto è, ad avviso di chi scrive, particolarmente interessante perché, pur non contenendo un esplicito riferimento al principio della neutralità della rete, fornisce un rimedio contro le forme di discriminazione del traffico.

Il secondo atto a cui si vuole far cenno è l’*Internet Policy Statement*³⁵, documento particolarmente rilevante non solo dal punto di vista contenutistico – dato che fissa obiettivi coerenti con la regola della *net neutrality* – ma anche per il ragionamento compiuto in merito alla titolarità in capo alla FCC del potere regolatorio *in subiecta materia*.

³³ A. REICHER, *Redefining Net Neutrality after Comcast v. FCC*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2011, Volume 26, 741-742.

³⁴ Il caso Madison River si è chiuso con FCC, *Order*, 3 marzo 2005. Il provvedimento – che contiene in buona sostanza un *consent decree* – è oggetto di commento da parte di D.A. LYONS, *Net Neutrality and Nondiscrimination Norms in Telecommunications*, in *Arizona Law Review*, 2012, Volume 54, 1029. A pag. 1053, in particolare, si afferma che la condotta contesta – *id est*: il blocco dei dati – «*remains a primary concern of the Commission and of net neutrality proponents*». Inoltre, si afferma testualmente che l’attività in questione ha ripercussioni negative sul diritto antitrust, dato che si traduce in un «*anticompetitive blocking*». Il nucleo essenziale della questione è riportato anche da C.T. MARSDEN, *Net Neutrality and Consumer Access to Content*, in *Scripted*, 2007, Volume 4, 4, 407, in particolare a pag. 419, ove si legge che «*(i)if innovation is typically both user-distributed and user-driven, the implications are that innovation is encouraged by interoperability and open access: in general, ensuring that content can be freely shared between those users. This view is in some conflict with content and network owners’ desire to be recompensed for provision of local loop upgrades and has led to an animated debate in the United States. Note that content providers pay for their traffic to be carried by backbone ISPs, on a best effort basis, and the argument is about ISPs wishing to increase those payments as a result of either enhancing or blocking service, on a mandatory or opt-in basis (clearly a mandatory blocking service for those refusing to pay an extra toll is the most capricious of these possibilities, as in Madison River)*».

³⁵ FCC, *Policy Statement*, 23 settembre 2005. Il testo del documento in rassegna è stato approvato in data 5 agosto 2005.

Partendo proprio da quest'ultimo profilo, possiamo osservare che la FCC sostiene che il «*Congress states that it is the policy of the United States “to preserve the vibrant and competitive free market that presently exists for the Internet” and “to promote the continued development of the Internet”*» e che, conseguentemente, «*the Commission has jurisdiction necessary to ensure that providers of telecommunications for Internet access or Internet Protocol-enabled (IP-enabled) services are operated in a neutral manner*». Il provvedimento in esame precisa che la garanzia della neutralità della rete rientra tra i compiti istituzionali della FCC, dato che «*(t)he Communications Act charges the Commission with “regulating interstate and foreign commerce in communication by wire and radio.” The Communications Act regulates telecommunications carriers, as common carriers, under Title II. Information service providers, “by contrast, are not subject to mandatory common-carrier regulation under Title II.” The Commission, however, “has jurisdiction to impose additional regulatory obligations under its Title I ancillary jurisdiction to regulate interstate and foreign communications”*».

Ad avviso di chi scrive, l'ultimo passaggio riportato è particolarmente importante perché chiarifica il ragionamento seguito dalla FCC per fondare il proprio potere in questo specifico settore: si anticipa, per esempio, l'argomento della giurisdizione ancillare, fonte di un acceso contrasto tra l'Autorità americana e la giurisprudenza più recente.

Passando all'analisi del contenuto dello *Statement* in commento, possiamo osservare che esso non introduce in maniera chiara e netta la regola della neutralità della rete, dato che si limita a fissare alcuni obiettivi il cui raggiungimento è considerato prioritario dalla stessa Autorità: nonostante l'ampio preambolo sulla titolarità del potere, infatti, la FCC si limita a formulare alcune esortazioni, di grande valore simbolico ma, probabilmente, poco pregnanti in punto di diritto, così d'altronde dimostra la casistica degli anni seguenti all'entrata in vigore dello *Statement*. Le esortazioni sono indirizzate a vari soggetti, *in primis* alla stessa FCC che «*has a duty to preserve and promote the vibrant and open character of the Internet as the telecommunications marketplace enters the broadband age*».

In particolare, si legge che «*the Commission adopts the following principles:*

- *To encourage broadband deployment and preserve and promote the open and interconnected nature of the public Internet, consumers are entitled to access the lawful Internet content of their choice.*

- *To encourage broadband deployment and preserve and promote the open and interconnected nature of the public Internet, consumers are entitled to run applications and use services of their choice, subject to the needs of law enforcement.*

- *To encourage broadband deployment and preserve and promote the open and interconnected nature of the public Internet, consumers are entitled to connect their choice of legal devices that do not harm the network.*

- *To encourage broadband deployment and preserve and promote the open and interconnected nature of the public Internet, consumers are entitled to competition among network providers, application and service providers, and content providers».*

Il merito dell'*Internet Policy Statement* è duplice: da un lato, infatti, la FCC compie un notevole sforzo di sintesi delle tematiche affrontate dalla dottrina nella prima fase del dibattito e, dall'altro, fissa i termini delle questioni affrontate in tempi successivi, fino ai giorni nostri come dimostra la recentissima sentenza resa nel caso *Verizon vs FCC*³⁶.

Tuttavia, è innegabile che l'*Internet Policy Statement* abbia avuto un ruolo assai limitato nell'arginare forme di discriminazione su Internet, dato che, così come si evincerà dai casi analizzati nelle pagine seguenti, alcuni operatori hanno continuato a mantenere comportamenti lesivi dei diritti degli utenti.

La scarsa effettività dello *Statement* dipende dalla natura politica delle dichiarazioni in esso contenute. Ad avviso di chi scrive, è evidente che lo *Statement* fissa obiettivi e principi di cui si sarebbe dovuto occupare in prima battuta il legislatore, magari con una normativa generale sulla neutralità della rete: come è noto, infatti, una giusta ripartizione dei compiti tra il soggetto politicamente responsabile e le Autorità amministrative indipendenti postula che spetta al primo indicare la via che dovrà essere poi perseguita dall'azione

³⁶ Su cui vedi *infra*, § 4.

istituzionale delle seconde³⁷. Nel caso dello *Statement*, pur essendo condivisibile la finalità perseguita dalla FCC, è indubbio che l'Autorità si sostituisce, almeno parzialmente, al ruolo del legislatore, fissando delle finalità che, nonostante le varie argomentazioni in merito alla titolarità del potere, non erano desumibili dal quadro normativo vigente a quel tempo. Forse, anche per questa ragione, la FCC avverte l'esigenza di soffermarsi con particolare attenzione sul tema della legittimità dell'intervento, quasi a voler giustificare l'attività compiuta agli occhi dell'opinione pubblica e degli organi di controllo.

In conclusione, quale insegnamento possiamo trarre dall'analisi dello *Statement* del 2005?

L'esperienza appena riferita suggerisce un ruolo attivo del legislatore nella regolazione del principio della *net neutrality*. Questa conclusione non solo discende da una corretta impostazione dei rapporti tra Autorità Indipendenti e soggetto politico ma è anche rispettosa delle situazioni giuridiche soggettive interessate dalla neutralità della rete: come già ricordato, infatti, dovrebbe essere il legislatore a occuparsi del bilanciamento tra contrapposti diritti e del pieno rispetto del principio di uguaglianza anche con riguardo ai nuovi mezzi di comunicazione; e ciò è ancor più evidente con riguardo alla *net neutrality* che,

³⁷ La questione è ben affrontata con specifico riguardo alla gerarchia delle fonti e alla riserva di legge da G. DE MINICO, *Regole. Comando e consenso*, Torino, 2005, 18 laddove si afferma che l'attività delle Autorità indipendenti – e, in modo particolare, l'attività normativa – deve intrattenere un rapporto di accessorietà sostanziale rispetto alla legge. Sui limiti al potere normativo, *ex multibus* si vedano E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967; S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2002; S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Padova, 2002; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007; M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, Bari-Roma, 2007; A. VALASTRO, *Le autorità indipendenti in cerca di interlocutore*, Napoli, 2008; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009; R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2012.

per definizione, rimanda a un modello fondato su scelte di chiara natura politica. Pertanto, sarebbe stato auspicabile un intervento del Parlamento americano, chiarificatore dei termini del problema e risolutore delle principali questioni. Tuttavia, nonostante alcuni tentativi del Congresso e la posizione favorevole del Presidente della Repubblica Barack Obama³⁸, il legislatore americano continua a disinteressarsi del tema, con la conseguenza che il coraggio e la buona volontà della FCC sono, ancora oggi, destinati a scontrarsi con la rigida interpretazione dei giudici.

2.1. *Segue: il caso Comcast*

Nelle pagine seguenti analizzeremo la vicenda che ha visto protagonista Comcast, uno dei più noti operatori americani del settore dell'ICT. Si tratta di un caso particolarmente rilevante che avuto importanti ripercussioni sul dibattito non solo teorico ma anche e soprattutto istituzionale, come dimostrano gli interventi della FCC e dell'autorità giudiziaria.

Comcast, al pari di molti suoi *competitors*, offre agli utenti una pluralità di servizi che vanno dall'accesso a Internet alla ricezione di canali televisivi trasmessi via cavo, modalità di diffusione dei contenuti audiovisivi molto diffusa negli Stati Uniti; inoltre, l'operatore offre anche il tradizionale servizio

³⁸ Una buona ricostruzione dei tentativi di regolare la *net neutrality* da parte del Congresso americano è contenuta in M. KIM – C.J. CHUNG – J.H. KIM, *Who shapes network neutrality policy debate? An examination of information subsidizers in the mainstream media and at Congressional and FCC hearings*, in *Telecommunications Policy*, 2011, Volume 35, 314. Non sono mancati tentativi di segno contrario, orientati a limitare il principio della *net neutrality* nell'ordinamento americano. Il Presidente Obama si è espresso in più occasioni a favore della *net neutrality*. In questa sede, sia consentito il solo rinvio a un interessante commento della stampa specializzata in cui si ricorda la centralità del tema per la presidenza di Obama (E. WYATT, *House Votes Against 'Net Neutrality'*, in *The New York Times*, 8 aprile 2011, consultabile al seguente link: http://www.nytimes.com/2011/04/09/business/media/09broadband.html?_r=0, in cui si ricorda che Obama espresse la propria insoddisfazione nei confronti del disegno di legge che metteva in discussione il potere di intervento della FCC nella regolazione di Internet; l'Autore ricorda che il Presidente rappresentò la possibilità di esercitare il potere di veto). Alcune riflessioni sul punto si rinvengono anche in D.C. NUNZIATO, *Virtual freedom. Net Neutrality and Free Speech in the Internet Age*, Stanford, 2009, 131.

telefonico. I servizi sono offerti tramite la medesima infrastruttura e raggiungono un'elevata percentuale della popolazione americana.

Dall'analisi della variegata offerta commerciale di Comcast si evince che siamo in presenza di un operatore verticalmente integrato, terminologia utilizzata dagli economisti per descrivere la scelta strategica dell'impresa produttrice o assemblatrice di un certo prodotto di integrare all'interno della propria filiera il maggior numero possibile di processi produttivi intermedi necessari per ottenere il prodotto finito. Si tratta di un modello alternativo a quello dell'integrazione orizzontale, politica aziendale che invece consente all'impresa di ampliare le proprie attività attraverso l'unione, l'acquisto o altra forma alleanza con imprese che svolgono le stesse attività. Entrambe le nozioni, inizialmente adottate con specifico riferimento alla produzione di beni, vengono ormai riferite anche all'impresa fornitrice di servizi: non sono rari, infatti, i casi in cui l'impresa decida di offrire servizi intermedi oltre a quello finale con il preciso intento di incrementare la propria forza di mercato. La tematica è stata affrontata anche dalla dottrina giuridica³⁹, preoccupata, in

³⁹ I casi di integrazione, verticale e orizzontale, hanno stimolato le riflessioni della migliore dottrina. Tra le varie letture fatte sul tema, sia consentito il rinvio a J. FARREL – P.J. WEISER, *Modularity, vertical integration and open access policies: towards a convergence of antitrust and regulation in the Internet age*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 2003, Volume 17, 1, 86, soprattutto per le interessanti conclusioni sul piano del diritto antitrust. Gli Autori, impiegando il metodo sviluppato in seno alla Scuola di Chicago, giungono ad affermare a pag. 134 che «(c)hanges in the telecommunications market and the emergence of the Internet have created both a challenge and an opportunity for regulators. In dynamic markets governed by both telecommunications regulation and antitrust oversight, there is considerable uncertainty about which regulatory strategy can best protect competition. Nevertheless, the FCC has an opportunity to adopt a coherent approach to information platform regulation that takes account of ICE and would facilitate convergence between antitrust and regulatory policy. Such an approach would be welcomed by the courts and would help steer a steady course on open access policies for the years to come». L'acronimo ICE sta per «*internalizing complementary efficiencies*», concetto che è meglio definito dai due Autori con le parole riportate a pag. 89: «*ICE claims that even a monopolist has incentives to provide access to its platform when it is efficient to do so, and to deny such access only when access is inefficient. ICE is often a persuasive argument, yet its logic admits several cogent exceptions. Unfortunately, regulators and commentators seldom do justice to the nuances of this principle: some ignore ICE, while others embrace it and underestimate its exceptions. Only by addressing both ICE and its exceptions can regulators make full use of economics in analyzing open access requirements*». Il tema dell'integrazione ha interessato molti studiosi di ICT. Senza pretesa di esaustività, si vedano: C. YOO, *Vertical*

modo particolare, dalla possibilità di alterazioni degli equilibri competitivi conseguenti all'incremento del potere di mercato degli operatori integrati. L'interesse è cresciuto nel corso degli ultimi anni anche in ragione della maggior sensibilità mostrata dalle istituzioni poste a tutela del mercato: in tempi recenti, infatti, queste ultime sono dovute intervenire con maggiore frequenza con provvedimenti sanzionatori nei confronti di imprese integrate verticalmente o orizzontalmente, responsabili di condotte violative della vigente normativa antitrust.

In base alle considerazioni sin qui svolte, possiamo affermare che Comcast è in grado di offrire ai propri utenti quella pluralità di servizi rilevante ai fini della qualificazione dell'operatore come verticalmente integrato. Ognuno dei servizi offerti ha un proprio mercato di riferimento e Comcast ha interesse a mantenere un elevato potere relazione a ogni singola partizione del mercato. Proprio questo obiettivo ha indotto l'operatore a sfruttare la propria posizione, spingendo Comcast a comportarsi in maniera non conformi alla disciplina vigente.

Integration and Media Regulation in the New Economy, in *Yale Journal on Regulation*, 2002, Volume 19, 171; B.M. OWEN, *Antitrust and Vertical Integration in "New Economy" Industries with Application to Broadband Access*, in *Review of Industrial Organization*, 2011, Volume 38, 363; M. SIEFFERT, *Conception to Distribution: Vertical Integration in the Television Production and ISP Industry*, in *Business, Entrepreneurship & the Law*, 2012, Volume 6, 1, 157. Per il riferimento specifico al caso Comcast, si veda la posizione di C. YOO, *Network Neutrality after Comcast: Toward a Case-by-Case Approach to Reasonable Network Management*, in R.J. MAY (ed), *New Directions in Communications Policy*, Durham, 2009, 55-83, il quale, una volta sintetizzate le posizioni della dottrina sul fenomeno dell'integrazione verticale, descrive l'azione della FCC nel caso Comcast con le seguenti parole: «(o)n the one hand, economic theories exist that demonstrate circumstances under which vertical integration and exclusivity arrangements can harm consumers. On the other hand, the scholarly consensus recognizes that those circumstances are quite limited and that vertical integration and exclusivity arrangements often benefit consumers. A case-by-case approach offers the promise of allowing regulatory authorities to redress the potential anticompetitive harms without preventing the realization of the potential benefits. The FCC's recent order sanctioning Comcast for its network management practices embraced the type of ex post, case-by-case approach described above». Sul punto, si veda anche il contributo di H. GUO – S. BANDYOPADHYAY – H.K. CHENG – Y.C. YANG, *Net Neutrality and Vertical Integration of Content and Broadband Services*, in *Journal of Management Information Systems*, 2010, Volume 27, 2, 243.

La vicenda prende le mosse dalla denuncia di un'associazione che lamenta l'impiego di sistemi di filtraggio da parte di Comcast, con specifico riferimento alle applicazioni che consentono il *file sharing*. Questa situazione è ben descritta dai risultati dei test compiuti da parte dell'associazione denunciante ed è il frutto di un comportamento attivo⁴⁰ posto in essere dall'operatore teso a limitare l'accesso alla banda larga da parte dei propri utenti: questi ultimi, infatti, possono utilizzare tutti i servizi offerti sulla rete ad eccezione di quelli qualificati come indesiderati dall'operatore. Questo comportamento – reso possibile dall'impiego della *deep packet inspection* – ha colpito applicazioni molto diffuse al tempo come Gnutella e BitTorrent™ e ha fortemente limitato le possibilità di scelta degli utenti, non informati dell'applicazione di tali sistemi di filtraggio.

Dunque, Comcast ha posto in essere politiche di gestione della rete al fine di limitare l'impiego da parte dei consumatori delle applicazioni che, almeno potenzialmente, possono entrare in contrasto con la propria offerta. In particolare, l'operatore è riuscito a sfruttare lo stretto collegamento che sussiste tra i vari servizi offerti, limitando la concorrenza in alcuni specifici settori del mercato.

Ricordando quanto detto in precedenza in merito all'offerta commerciale di Comcast, nella denuncia si sottolinea che la limitazione del *file sharing* è intenzionalmente voluta dall'operatore proprio per estromettere operatori concorrenti nella fornitura di questi servizi. In questo modo, l'utente perde la possibilità di ottenere il medesimo bene – *id est*: il contenuto audiovisivo – attraverso un canale diverso da quello proposto da Comcast, titolare di un interesse economico contrapposto a quello degli utenti: se, infatti, i primi vogliono mantenere la possibilità di scegliere il canale da impiegare per vedere filmati *online*, Comcast trae un evidente vantaggio dal

⁴⁰ Per un commento ragionato alle posizioni espresse nella denuncia ricordata nel testo, si veda K.A. RUANE, *The FCC's Authority to regulate Net Neutrality After Comcast v. FCC*, in A.C. FIRTH – N.H. PIERSON (eds), *The Open Internet, Net neutrality and the FCC*, New York, 2011, 4, dove si sottolinea il fatto che l'operatore ha posto in essere condotte attive per raggiungere l'obiettivo ricordato nel testo.

limitare la fruizione delle applicazioni di *file sharing* da parte degli utenti, con la conseguenza che questi ultimi saranno costretti a sottoscrivere l'offerta commerciale di Comcast per visionare detti contenuti.

Comcast dispone degli strumenti tecnici necessari per porre in essere queste limitazioni. In particolare, le prestazioni di connessione delle applicazioni interessate vengono continuamente azzerate con l'invio non previsto di pacchetti di dati non conformi al protocollo, in grado di interrompere immediatamente la connessione del terminale da cui si sta scaricando quella particolare risorsa. Comcast, dunque, ispeziona il contenuto delle trasmissioni, qualifica come indesiderate alcune comunicazioni e permette l'immediata disconnessione dell'utenza dalla rete⁴¹.

La denuncia anima il dibattito tra gli operatori e suscita il primo intervento sanzionatorio della FCC in merito all'applicazione del principio della *net neutrality*. Si tratta di un provvedimento molto contestato che l'Autorità ha potuto adottare grazie a un'insolita maggioranza in cui sono confluiti i voti del presidente K.J. Martin, un esponente del partito repubblicano, e dei due commissari di estrazione democratica⁴².

⁴¹ I meccanismi tecnici della disconnessione sono ben spiegati in un interessante report della ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION, *Packet Forgery By ISPs: A Report On The Comcast Affair*, 28 novembre 2007. Dopo aver affermato che Comcast opera in regime di monopolio o duopolio, il documento sintetizza gli aspetti tecnici del problema. In particolare, si afferma che «RST packets, also known as “reset” packets, are a kind of TCP message that is normally sent when a computer receives TCP packets that it believes it should not have received, or when it thinks it has closed a connection but keeps receiving traffic from the other side. When received, RST packets will generally cause ordinary networking software to close its side of the connection in response». Gli aspetti tecnici sono in larga parte comuni con quelli strettamente collegati con la tutela del diritto d'autore *online*. Questa prospettiva è, ad esempio, seguita da L. CHANG, *The Red Flag Test for Apparent Knowledge Under the Dmca § 512(C) Safe Harbor*, in *Cardozo Arts & Entertainment*, 2010, Volume 28, 195, che, in particolare, si sofferma sulla funzione di controllo affidata in merito al c.d. *red flag test* al giudice dal legislatore. Ad avviso di chi scrive, sussiste uno stretto legame tra *net neutrality* e tutela del *copyright* in Internet, così come dimostra anche il contributo di J.A. POWELSE – P. GARBACKI – D. EPEMA – H. SIPS, *Pirates and Samaritans: A decade of measurements on peer production and their implications for net neutrality and copyright*, in *Telecommunications Policy*, 2008, Volume 32, 701.

⁴² FCC, *Memorandum opinion and order*, 20 agosto 2008. Il provvedimento è accompagnato da due documenti in cui sono espresse le posizioni dei commissari

L'Autorità si sofferma su vari aspetti, tutti analizzati alla luce della tesi secondo cui «*Comcast's practice as an unreasonable form of network management*», dato che «*Comcast's practice selectively blocks and impedes the use of particular applications*»⁴³.

La base giuridica di riferimento per l'intervento sanzionatorio dell'Autorità è rappresentata dallo *Statement* del 2005, unica normativa di riferimento in tema di neutralità della rete che, come visto, consente il ricorso alle pratiche di gestione della rete solo laddove si persegua l'obiettivo di una migliore allocazione delle risorse tecniche disponibile.

Nel provvedimento, si afferma chiaramente che il comportamento contestato rappresenta un'evidente minaccia sul piano del diritto antitrust dato che agli utenti è preclusa la possibilità di visualizzare video di alta qualità con Gnutella e BitTorrent™; la concorrenza tra la trasmissione di filmati via cavo e la condivisione degli stessi contenuti tramite programmi p2p è falsata dal comportamento di Comcast che, abusando del potere detenuto nel mercato dell'accesso alla banda larga, lucra un (ingiusto) vantaggio economico anche nell'offerta dei contenuti audiovisivi. Il blocco del *file sharing* impone all'utente di acquistare il video da Comcast, ai prezzi praticati e secondo le modalità tecniche offerte dall'operatore.

Dunque, l'Autorità afferma molto chiaramente che nel caso di specie l'unico intento perseguito è limitare la concorrenza tra gli operatori del settore: il blocco, infatti, non persegue altro fine e non può essere giustificato alla luce dell'esigenza di salvaguardare altri interessi. La FCC analizza la vicenda qualificando come legittime le applicazioni sottoposte al blocco e, in particolare, osserva che il blocco non si giustifica in ragione dell'esigenza di salvaguardare il diritto degli autori dei video condivisi tramite le applicazioni p2p.

Per argomentare la propria posizione, la FCC individua tre ragioni giuridiche, espresse in maniera chiara dalle seguenti parole: «*Comcast's practice is*

repubblicani contrari all'approvazione (R.M. McDowell, autore di una vera e propria *dissenting opinion*, e T. Tate).

⁴³ FCC, *Memorandum opinion and order*, 20 agosto 2008, 28.

overinclusive for at least three independent reasons. First, it can affect customers who are using little bandwidth simply because they are using a disfavored application. Second, it is not employed only during times of the day when congestion is prevalent: “Comcast’s current P2P management is triggered . . . regardless of the level of overall network congestion at that time, and regardless of the time of day.” And third, its equipment does not appear to target only those neighborhoods that have congested nodes — evidence suggests that Comcast has deployed some of its network management equipment several routers (or hops) upstream from its customers, encompassing a broader geographic and system area. With some equipment deployed over a wider geographic or system area, Comcast’s technique may impact numerous nodes within its network simultaneously, regardless of whether any particular node is experiencing congestion. Furthermore, Comcast’s practice suffers from the flaw of being underinclusive. A customer may use an extraordinary amount of bandwidth during periods of network congestion and will be totally unaffected so long as he does not utilize a disfavored application»⁴⁴.

Il caso in esame, dunque, si colloca al di fuori dell’eccezione tecnica della congestione di rete e segnala che il comportamento posto in essere è frutto di un abuso della posizione giuridico-economica detenuta, particolarmente pericolosa per le libertà in Internet se si tiene presente che riesce a limitare contemporaneamente l’iniziativa economica dei *competitors* – *id est*: i fornitori di contenuti e servizi che offrono servizi concorrenziali rispetto alla trasmissione via cavo realizzata da Comcast – e la libertà di scelta degli utenti. Questi ultimi, in modo particolare, sono stati tenuti all’oscuro circa l’applicazione dei descritti sistemi di controllo, sia in fase di conclusione del contratto, sia in fase di esecuzione del rapporto contrattuale. Si tratta di un’omissione intenzionale, così come dimostra anche il contegno tenuto dall’operatore dinanzi all’Autorità: Comcast, infatti, ha negato il ricorso alle pratiche di gestione della rete durante l’istruttoria della FCC, mostrando un atteggiamento contrario alla buona fede e irrispettoso del ruolo istituzionale affidato all’Autorità.

⁴⁴ FCC, *Memorandum opinion and order*, 20 agosto 2008, 29-30.

Inoltre, si può osservare che l'ordine in esame pone particolare attenzione alla tutela del consumatore. Per questa ragione, il comportamento di Comcast viene qualificato come fraudolento, lesivo dei principi di buona fede e in grado di alterare gli equilibri del mercato⁴⁵, «(a)lthough Comcast and certain other commenters contend that competition among broadband Internet access providers is sufficient to address any concerns regarding network management practices, they do not address the effects of this information asymmetry between the broadband Internet access provider and its customers and competitors»⁴⁶. D'altronde, «Comcast's lack of disclosure about its network management practices compounded the harm. Customers that experience unexpected problems with their connections may blame the connection or application. This is particularly troubling when the application is used to provide services that compete with the broadband operator's own services. Indeed, when faced with a similar situation with Internet telephony, we took quick action to stop a telecommunications carrier from blocking competitive VoIP providers»⁴⁷.

La gravità dei fatti e il rilievo delle posizioni interessate dal comportamento di Comcast giustifica il tipo di sanzione adottato, descritto nel paragrafo 54 del provvedimento con le seguenti parole:

«Remedy. — We finally turn to the issue of what action the Commission should take in this adjudicatory proceeding. Section 4(i) of the Act authorizes us to tailor a remedy to “best meet the particular factual situation before [us].” Our overriding aim here is to end Comcast's use of unreasonable network management practices, and our remedy sends the unmistakable message that Comcast's conduct must stop. We note that Comcast has committed in this proceeding to end such practices by the end of this year and instead to institute a protocol-agnostic network management technique. We also recognize the need for a reasonable transition period. In light of Comcast's past conduct, however, we believe that the Commission must take action to ensure that Comcast lives up to its promise and will

⁴⁵ Solo parzialmente deve sorprendere il fatto che in un successivo documento, l'Autorità manifesti la propria soddisfazione per il buon livello di concorrenza instauratosi tra i vari fornitori di accesso alla banda larga su Internet (sul punto, si veda FCC, *Connecting America: The National Broadband Plan*, 16 marzo 2010, *passim*).

⁴⁶ FCC, *Memorandum opinion and order*, 20 agosto 2008, 32, alla nota 242.

⁴⁷ FCC, *Memorandum opinion and order*, 20 agosto 2008, 39-40.

therefore institute a remedy consistent with President Reagan's famous maxim "trust but verify." Specifically, in order to allow the Commission to monitor Comcast's compliance with its pledge, the company must within 30 days of the release of this Order: (1) disclose to the Commission the precise contours of the network management practices at issue here, including what equipment has been utilized, when it began to be employed, when and under what circumstances it has been used, how it has been configured, what protocols have been affected, and where it has been deployed; (2) submit a compliance plan to the Commission with interim benchmarks that describes how it intends to transition from discriminatory to nondiscriminatory network management practices by the end of the year; and (3) disclose to the Commission and the public the details of the network management practices that it intends to deploy following the termination of its current practices, including the thresholds that will trigger any limits on customers' access to bandwidth. These disclosures will provide the Commission with the information necessary to ensure that Comcast lives up to the commitment it has made in this proceedings⁴⁸.

Dunque, la FCC afferma di essere titolare del potere di intervenire con una sanzione nei confronti di Comcast e che tale potere è conforme alla norma secondo cui «(t)he Commission may perform any and all acts, make such rules and regulations, and issue such orders, not inconsistent with this Act, as may be necessary in the execution of its functions»⁴⁹. Pertanto, l'Autorità ritiene di poter legittimamente imporre a Comcast il divieto di astenersi dalle pratiche di gestione della rete lesive degli interessi di utenti e *content provider* e l'obbligo di comunicare alla Commissione e all'utenza i dettagli delle eventuali pratiche che l'operatore volesse introdurre a seguito della cessazione di quelle attuali, anche al fine di agevolare i controlli da parte della FCC.

Nel provvedimento si fa cenno al problema della corretta qualificazione giuridica dell'operatore, il quale, in base alla normativa statunitense, potrebbe assumere i connotati del *common carrier*⁵⁰ o dell'*information service*. In particolare, il

⁴⁸ FCC, *Memorandum opinion and order*, 20 agosto 2008, 32.

⁴⁹ Sec. 4. lett. i), *Communications Act*.

⁵⁰ Sec. 3, n. 10), *Communication Act*: «The term "common carrier" or "carrier" means any person engaged as a common carrier for hire, in interstate or foreign communication by wire or radio or in interstate or foreign radio transmission of energy, except where

common carrier è il soggetto che si impegna a trasportare delle comunicazioni via radio o via cavo, in ambito locale, nazionale o sovranazionale; invece, l'*information service*⁵¹ è un soggetto in grado di generare, acquisire, memorizzare, trasformare, trattare e recuperare informazione utilizzando mezzi di telecomunicazioni.

Quale tra le due definizioni appena ricordate meglio descrive la posizione di Comcast tenuto presente il principio che riguarda l'azione della FCC secondo cui «(o)ur rules mandate that formal complaints apply only to common carriers»⁵²? In che modo questa tesi si combina con la giurisprudenza della Corte Suprema secondo la quale «cable modem service is not common carriage but, rather, an information service under Title I of the Act»⁵³?

A ben vedere, la FCC analizza il tema al fine di affermare ancora una volta la legittimità del proprio intervento sanzionatorio: in una parte molto importante del provvedimento, infatti, l'Autorità ricorda che «exercising authority over the complaint is reasonably ancillary to our authority under section 201 of the Act. That section provides that “[a]ll charges, practices, classifications, and regulations for and in connection with [common carrier] service, shall be just and reasonable, and any such charge, practice, classification, or regulation that is unjust or unreasonable is hereby declared to be unlawful.” Exercising jurisdiction over the complaint is reasonably ancillary to our section 201 authority in several ways. When Comcast interferes with its users’ ability to upload content, the computer attempting to download that content will look for another source. In

reference is made to common carriers not subject to this Act; but a person engaged in radio broadcasting shall not, insofar as such person is so engaged, be deemed a common carrier».

⁵¹ Sec. 3, n. 20), *Communication Act*: «The term “information service” means the offering of a capability for generating, acquiring, storing, transforming, processing, retrieving, utilizing, or making available information via telecommunications, and includes electronic publishing, but does not include any use of any such capability for the management, control, or operation of a telecommunications system or the management of a telecommunications service».

⁵² Le parole riportate nel testo si leggono nella versione breve della *dissenting opinion* formulata da R.M. McDowell (FCC, *Memorandum opinion and order*, 20 agosto 2008, 61).

⁵³ FCC, *Memorandum opinion and order*, 20 agosto 2008, 62, ove, tuttavia, si precisa che anche la FCC ha sempre condiviso questa impostazione del problema. Una chiara indicazione in tal senso è stata formulata dalla Corte Suprema nel caso *Brand X*.

some cases, that other source will be a computer connected to a common carrier's network, such as a computer of a DSL customer. The DSL provider may be offering the broadband service itself as a common carrier service, in addition to offering other services as common carrier services. In that circumstance, Comcast's actions impose costs on the DSL provider by burdening its network with traffic it otherwise would not have carried. Depending on the amount of traffic that is shifted in this way, the DSL provider may need to purchase or build additional capacity, incurring additional costs. Thus, Comcast's actions would have implications for the DSL provider's charges and the arrangements it must make pursuant to section 201. In addition, the terms of the agreement pursuant to which the DSL provider exchanges traffic could call for increased payments by the DSL provider for the increase in traffic its users are generating — an increase caused by Comcast. Consequently, Comcast may be able to lower its own costs by diverting this traffic, and thereby potentially lower the costs of its retail broadband Internet access service, while increasing the costs of its Title II-regulated competitors with whom it interconnects. In short, the company's conduct, which shifts the costs and burdens of carrying traffic away from Comcast and onto Title II carriers, is a practice that directly impacts Title II carriers and thus implicates our section 201 authority»⁵⁴.

Da quest'ultimo passaggio, in modo particolare, si evince che la FCC qualifica Comcast alla stregua di un *common carrier*, con conseguente richiamo della disciplina contenuta nel Titolo II del *Communications Act* e, in particolar modo, alla ragionevole giurisdizione ancillare prevista nella sezione 201⁵⁵.

Il caso Comcast si chiude con una sentenza che annulla il provvedimento della FCC⁵⁶.

L'intervento dei giudici viene sollecitato dalla società sanzionata, la quale fonda la sua azione in sede giudiziaria su tre motivi, schematizzabili nel

⁵⁴ FCC, *Memorandum opinion and order*, 20 agosto 2008, 10-11.

⁵⁵ Si tratta di una posizione che è stata, anche di recente, fortemente contestata. Oltre agli argomenti ricordati nella sentenza sul caso Comcast che verranno ricordati nel testo, si veda la schematica ricostruzione di M. SENOR, *Net or non net neutrality*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, interessante anche per la ricostruzione del quadro politico che ha portato al *Telecommunications Act* del 1996.

⁵⁶ UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA CIRCUIT, sentenza 6 aprile 2010, n. 08-1291.

modo che segue: a) la FCC non ha realmente dimostrato la sussistenza di una competenza a intervenire in merito alla gestione delle reti, con la conseguenza che il richiamo alla giurisdizione ancillare fondata sulla sezione 201⁵⁷ non è soddisfacente; b) la FCC ha violato alcuni principi fondamentali in tema di svolgimento del procedimento amministrativo; c) la FCC ha adottato un provvedimento carente sul piano delle motivazioni e della ragionevolezza, dato che «*parts of the Order are so poorly reasoned as to be arbitrary and capricious*»⁵⁸.

La Corte si sofferma a lungo sul problema della titolarità del potere, con la conseguenza che una scarsa attenzione è dedicata al profilo sostanziale della *net neutrality*. Il ragionamento parte dalla ricostruzione sistematica della giurisdizione ancillare, la cui ammissibilità è condizionata al rispetto di precisi limiti, così come dimostra la consolidata giurisprudenza secondo cui «*(t)he Commission ... may exercise ancillary jurisdiction only when two conditions are satisfied: (1) the Commission's general jurisdictional grant under Title I [of the Communications Act] covers the regulated subject and (2) the regulations are reasonably ancillary to the Commission's effective performance of its statutorily mandated responsibilities*»⁵⁹. Nel caso in cui non siano rispettate queste prescrizioni, osservano i giudici, ci si troverebbe dinanzi a un potere (tendenzialmente) illimitato⁶⁰, segno evidente di un'alterazione del modello del *checks and balances* caratterizzante l'ordinamento americano. Dunque, l'Autorità potrebbe facilmente superare ogni limite imposto dalla legislazione vigente e sarebbe pressoché impossibile

⁵⁷ Nelle motivazioni della sentenza vengono ricordate anche norme diverse da quella contenuta nella sezione 201, richiamate nel corso del giudizio dalle parti in causa per fondare o negare il potere sanzionatorio della FCC. Il ragionamento compiuto dalla Corte, tuttavia, non subisce alcuna variazione in punto di diritto. Per questa ragione, nelle pagine seguenti limiteremo il discorso all'analisi della sezione 201. La centralità della sezione 201 emerge dall'affermazione secondo cui «*the Commission argues that its exercise of authority over Comcast's network management practices is ancillary to its section 201 common carrier authority*» (UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA CIRCUIT, sentenza 6 aprile 2010, n. 08-1291, 33).

⁵⁸ UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA CIRCUIT, sentenza 6 aprile 2010, n. 08-1291, 5.

⁵⁹ UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA CIRCUIT, sentenza 6 aprile 2010, n. 08-1291, 7.

⁶⁰ UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA CIRCUIT, sentenza 6 aprile 2010, n. 08-1291, 24.

garantire il controllo da parte di altri soggetti (*in primis*, da parte dei giudici). D'altronde, sul punto ancor più chiara è l'affermazione secondo cui non è possibile fondare la giurisdizione ancillare su basi meramente politiche⁶¹, data la difficile ricostruzione dottrinale di questo concetto.

Pertanto, pur affermando che il «*Congress gave the [Commission] broad and adaptable jurisdiction so that it can keep pace with rapidly evolving communications technologies*»⁶², per i giudici della Corte d'Appello non bisogna dimenticare che «*the allowance of wide latitude in the exercise of delegated powers is not the equivalent of untrammelled freedom to regulate activities over which the statute fails to confer ... Commission authority*»⁶³. Da ciò discende che, nel caso in esame, «*the Commission has failed to tie its assertion of ancillary authority over Comcast's Internet service to any "statutorily mandated responsibility"*»⁶⁴ e che l'annullamento del provvedimento impugnato rappresenta la soluzione più adeguata al problema.

2.2. L'Open Internet Preserving Act: quali sviluppi per l'ordinamento americano?

Nonostante la bocciatura giurisprudenziale del provvedimento sanzionatorio adottato nei confronti di Comcast, la FCC ha continuato a occuparsi del tema con atti volti a garantire l'apertura e la neutralità della rete. In particolare, nelle pagine seguenti analizzeremo la vicenda dell'*Open Internet Preserving Act*⁶⁵, un corposo documento – avente, ad avviso di chi scrive, natura

⁶¹ UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA CIRCUIT, sentenza 6 aprile 2010, n. 08-1291, 29, ove si afferma che «*(i)n another case, we rejected the Commission's argument, similar to the one it makes here, that it could exercise ancillary authority on the basis of policy alone*».

⁶² UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA CIRCUIT, sentenza 6 aprile 2010, n. 08-1291, 36.

⁶³ UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA CIRCUIT, sentenza 6 aprile 2010, n. 08-1291, 36.

⁶⁴ UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA CIRCUIT, sentenza 6 aprile 2010, n. 08-1291, 36.

⁶⁵ FCC, *Report and order*, 23 dicembre 2010.

regolamentare – che disciplina in maniera assai dettagliata alcuni degli aspetti più interessanti della *net neutrality*. Ancora una volta, si tratta di un atto fortemente contestato, come dimostrano l'evidente spaccatura tra i commissari della FCC in sede di approvazione e il recentissimo intervento dell'Autorità giudiziaria.

L'Autorità precisa che il proprio intervento si fonda sul positivo riconoscimento di «*three basic rules*»⁶⁶, definite nel modo che segue:

i. Transparency. Fixed and mobile broadband providers must disclose the network management practices, performance characteristics, and terms and conditions of their broadband services;

ii. No blocking. Fixed broadband providers may not block lawful content, applications, services, or non-harmful devices; mobile broadband providers may not block lawful websites, or block applications that compete with their voice or video telephony services; and

iii. No unreasonable discrimination. Fixed broadband providers may not unreasonably discriminate in transmitting lawful network traffic»⁶⁷.

Sin dalle prime pagine del provvedimento, l'Autorità ricorda che un Internet aperto, robusto e correttamente funzionante si fonda sull'obbligo per i fornitori di banda larga di gestire ragionevolmente le reti, con la precisazione che «*(n)etwork management practices are reasonable if they are appropriate and tailored to*

⁶⁶ In altra parte del provvedimento, l'Autorità aggiunge una quarta regola fondamentale, rappresentata dalla ragionevole gestione della rete: «*(t) o preserve the Internet's openness and broadband providers' ability to manage and expand their networks, we adopt high-level rules embodying four core principles: transparency, no blocking, no unreasonable discrimination, and reasonable network management*» (FCC, *Report and order*, 23 dicembre 2010, 27).

⁶⁷ FCC, *Report and order*, 23 dicembre 2010, 2, dove è descritto anche il metodo impiegato dall'Autorità: «*we launched a public process to determine whether and what actions might be necessary to preserve the characteristics that have allowed the Internet to grow into an indispensable platform supporting our nation's economy and civic life, and to foster continued investment in the physical networks that enable the Internet. Since then, more than 100,000 commenters have provided written input. Commission staff held several public workshops and convened a Technological Advisory Process with experts from industry, academia, and consumer advocacy groups to collect their views regarding key technical issues related to Internet openness*». I risultati della consultazione sono sintetizzati a pag. 5 del provvedimento.

achieving a legitimate network management purpose. Transparency and end-user control are touchstones of reasonableness»⁶⁸.

L'intento perseguito dalla FCC è garantire il pieno sviluppo di valori di rilievo costituzionale tra cui primeggiano il libero mercato e la tutela della libertà di manifestazione del pensiero. Quest'ultima, in modo particolare, è fortemente ancorata all'idea che *«(o)penness ... is essential to the Internet's role as a platform for speech and civic engagement. An informed electorate is critical to the health of a functioning democracy, and Congress has recognized that the Internet "offer[s] a forum for a true diversity of political discourse, unique opportunities for cultural development, and myriad avenues for intellectual activity." Due to the lack of gatekeeper control, the Internet has become a major source of news and information, which forms the basis for informed civic discourse»⁶⁹.*

Per quanto riguarda gli aspetti più strettamente connessi alla tutela della concorrenza e delle libertà economiche, la FCC ricorda che i fornitori di banda larga possono far ricorso ad almeno tre modalità per ridurre l'attuale situazione di apertura di Internet⁷⁰.

In primo luogo, i fornitori di banda larga possono bloccare o comunque svantaggiare specifici fornitori di contenuti o classi di fornitori di contenuti, mediante un controllo attivo della trasmissione dei dati sulla rete. Possono, dunque, incidere sul prezzo praticato o sulla qualità di accesso per favorire la propria offerta o un'offerta affiliata a spese delle offerte non affiliate. Dunque, un fornitore di banda larga può agire a beneficio di un *content provider* che abbia pagato per escludere dal mercato i *competitors*, con evidente alterazione dell'equilibrio concorrenziale e limitazione del potere di scelta degli utenti.

⁶⁸ FCC, *Report and order*, 23 dicembre 2010, 4. In presenza di un mercato giovane, quale è quello della rete mobile, la FCC ammette un quadro regolatorio diverso, anche se ciò non esclude la necessità di monitorare lo sviluppo della banda larga mobile e di migliorare il quadro regolatorio vigente.

⁶⁹ FCC, *Report and order*, 23 dicembre 2010, 8.

⁷⁰ FCC, *Report and order*, 23 dicembre 2010, 11 e ss.

Il secondo modello esaminato postula il pagamento di un prezzo più elevato da parte del fornitore di contenuti che voglia garantirsi un accesso prioritario nello sviluppo della propria offerta commerciale. Si tratta di una tendenza abbastanza recente del mercato di Internet, comprovata dal fatto che per molto tempo i fornitori di banda larga non hanno fatto ricorso a questo meccanismo di *pricing*. Per la FCC l'innegabile vantaggio economico dei fornitori di accesso si traduce in un impatto dannoso sulla capacità innovativa dei fornitori di servizi. Dunque, anche in questo modo si contribuisce all'alterazione degli equilibri del mercato, dato che gli operatori che non hanno chiesto un accesso prioritario si trovano in una condizione rispetto a quelli che hanno pagato per ottenere questo servizio.

Infine, la FCC si sofferma sulle sorti del traffico non prioritizzato. Il terzo modello esaminato, in particolare, evidenzia che il fornitore di banda larga in grado di applicare prezzi elevati in ragione della priorità nell'accesso agli utenti finali potrebbe degradare o rifiutare di aumentare la qualità del servizio non prioritizzato. Ciò determinerebbe un aumento del divario tra l'accesso prioritario e l'accesso non prioritario, inducendo i *content provider* a pagare per l'accesso prioritario e consentendo ai fornitori a banda larga l'applicazione di prezzi ancor più elevati. Ulteriori squilibri potrebbero derivare dal totale rifiuto di espandere la capacità trasmissiva «*in order to "squeeze" non-prioritized traffic*», ipotesi particolarmente pericolosa perché «*would increase the likelihood of network congestion*»⁷¹.

La *net neutrality* rappresenta una regola generale la cui applicazione non può essere limitata a specifici servizi. Anche se la casistica ha indicato che alcune tipologie di comunicazioni sono più esposte di altre a fenomeni di blocco, per la FCC i principi di in un Internet aperto «*should protect all types of Internet traffic, not just voice or video Internet traffic*»⁷². D'altronde, non si potrebbe giungere a conclusione diversa in presenza del dichiarato obiettivo di

⁷¹ FCC, *Report and order*, 23 dicembre 2010, 18.

⁷² FCC, *Report and order*, 23 dicembre 2010, 29.

affermare la «*competition throughout the Internet ecosystem*»⁷³, sulla cui portata generale non possono essere avanzati fondati dubbi.

L'Autorità ritiene preferibile l'introduzione di un modello flessibile di regolazione⁷⁴, in grado di garantire un approccio diversificato in ragione del caso esaminato⁷⁵. Si tratta di una scelta di *drafting* normativo ben precisa, presa nella consapevolezza che «*(t)he novelty of Internet access and traffic management questions, the complex nature of the Internet, and a general policy of restraint in setting policy for Internet access service providers weigh in favor of a case-by-case approach*» e alla luce dell'esigenza «*to balance clarity with flexibility*»⁷⁶.

Per quanto concerne il fondamento del potere di intervenire nella regolazione della materia *de qua*, la FCC sostiene di essere l'unica Autorità abilitata dal quadro normativo vigente alla individuazione del migliore approccio regolatorio (o deregolatorio) alla banda larga: infatti, «*Congress created the Commission "[f]or the purpose of regulating interstate and foreign commerce in*

⁷³ FCC, *Report and order*, 23 dicembre 2010, 32, dove si afferma anche che «*(e)ffective disclosure of broadband providers' network management practices and the performance and commercial terms of their services promotes competition—as well as innovation, investment, end-user choice, and broadband adoption—in at least five ways. First, disclosure ensures that end users can make informed choices regarding the purchase and use of broadband service, which promotes a more competitive market for broadband services and can thereby reduce broadband providers' incentives and ability to violate open Internet principles. Second, and relatedly, as end users' confidence in broadband providers' practices increases, so too should end users' adoption of broadband services—leading in turn to additional investment in Internet infrastructure as contemplated by Section 706 of the 1996 Act and other provisions of the communications laws. Third, disclosure supports innovation, investment, and competition by ensuring that startups and other edge providers have the technical information necessary to create and maintain online content, applications, services, and devices, and to assess the risks and benefits of embarking on new projects. Fourth, disclosure increases the likelihood that broadband providers will abide by open Internet principles, and that the Internet community will identify problematic conduct and suggest fixes. Transparency thereby increases the chances that harmful practices will not occur in the first place and that, if they do, they will be quickly remedied, whether privately or through Commission oversight. Fifth, disclosure will enable the Commission to collect information necessary to assess, report on, and enforce the other open Internet rules. For all of these reasons, most commenters agree that informing end users, edge providers, and the Commission about the network management practices, performance, and commercial terms of broadband Internet access service is a necessary and appropriate step to help preserve an open Internet*».

⁷⁴ FCC, *Report and order*, 23 dicembre 2010, 45.

⁷⁵ FCC, *Report and order*, 23 dicembre 2010, 48.

⁷⁶ FCC, *Report and order*, 23 dicembre 2010, 48.

communication by wire and radio so as to make available, so far as possible, to all people of the United States . . . a rapid, efficient, Nation-wide, and world-wide wire and radio communication service with adequate facilities at reasonable charges, for the purpose of the national defense, [and] for the purpose of promoting safety of life and property through the use of wire and radio communication.” Section 2 of the Communications Act grants the Commission jurisdiction over “all interstate and foreign communication by wire or radio.” As the Supreme Court explained in the radio context, Congress charged the Commission with “regulating a field of enterprise the dominant characteristic of which was the rapid pace of its unfolding” and therefore intended to give the Commission sufficiently “broad” authority to address new issues that arise with respect to “fluid and dynamic” communications technologies. Broadband Internet access services are clearly within the Commission’s subject matter jurisdiction and historically have been supervised by the Commission. Furthermore, as explained below, our adoption of basic rules of the road for broadband providers implements specific statutory mandates in the Communications Act and the Telecommunications Act of 1996»⁷⁷.

Come anticipato, il provvedimento in esame ha suscitato la viva reazione di alcuni commissari della stessa FCC, preoccupati di peggiorare il sistema con l'introduzione di nuove regole per il mercato di Internet. In particolare, nelle pagine che seguono analizzeremo la posizione di R.M. MaCDowell⁷⁸, un esponente del partito repubblicano che ha svolto le funzioni di commissario nel periodo compreso tra il 1° giugno del 2006 e il 17 maggio 2013.

Il commissario parte dalla considerazione che l'intento di garantire l'apertura di Internet è considerato prioritario anche da coloro i quali hanno espresso un forte dissenso nei confronti della regola della *net neutrality*. In particolare, MaCDowell ricorda che il suo voto contrario è coerente con la volontà di (continuare a) garantire lo sviluppo di Internet e che è l'approvazione dell'*Open Internet Preserving Act* a entrare in aperto contrasto con

⁷⁷ FCC, *Report and order*, 23 dicembre 2010, 62-63.

⁷⁸ FCC, *Dissenting Statement of Commissioner Robert M. McDowell*, 23 dicembre 2010. Una sintesi della *dissenting opinion* è allegata a FCC, *Report and order*, 23 dicembre 2010, 145. Nel testo si farà riferimento alla versione estesa.

questo fine. Il giudizio è molto duro, così come dimostrano le seguenti parole: *«the United States is abandoning the long-standing bipartisan and international consensus to insulate the Internet from state meddling in favor of a preference for top-down control by unelected political appointees, three of whom will decide what constitutes “reasonable” behavior»*⁷⁹.

Tuttavia, il dissenso si fonda anche su motivazioni di ordine contenutistico, schematizzate dal commissario nel modo che segue:

- «1) Nothing is broken in the Internet access market that needs fixing;*
- 2) The FCC does not have the legal authority to issue these rules;*
- 3) The proposed rules are likely to cause irreparable harm; and*
- 4) Existing law and Internet governance structures provide ample consumer protection in the event a systemic market failure occurs»*⁸⁰.

In merito al primo punto, si osserva che il mercato di Internet si caratterizza per un elevato livello di concorrenza tra gli operatori, ad ogni livello considerato e in ogni fase di sviluppo dell'economia digitale. In particolare, quest'affermazione ben descrive la situazione negli anni successivi al 1994, anno in cui la privatizzazione di Internet ha fatto diminuire il controllo da parte delle autorità governative.

Lo sviluppo di Internet è il frutto di quella tendenza deregolatoria che ha permesso di garantire un elevato livello di competizione, investimenti, produttività e crescita dell'occupazione. A tal proposito, si ricorda che anche la FTC⁸¹, dopo aver espresso l'apprezzamento per l'elevato livello di concorrenzialità raggiunto, ha cercato di sensibilizzare i regolatori a non intervenire sulla disciplina delle pratiche di gestione della rete, che ben

⁷⁹ FCC, *Dissenting Statement of Commissioner Robert M. McDowell*, 23 dicembre 2010, 2. Molto interessante il passaggio in cui si paventa il rischio di una pandemia regolatoria di Internet, in grado di influenzare anche esperienze ordinarie diverse da quella americana: *«(b)y not just sanctioning, but encouraging more state intrusion into the Internet's affairs, the majority is fueling a global Internet regulatory pandemic. Internet freedom will not be enhanced, it will suffer»*.

⁸⁰ FCC, *Dissenting Statement of Commissioner Robert M. McDowell*, 23 dicembre 2010, 2.

⁸¹ Il documento a cui si fa riferimento è il già citato FTC, *Broadband connectivity competition policy*, giugno 2007.

potrebbe essere fonte di effetti negativi sui consumatori. La posizione della FTC è stata resa unanimemente dai suoi commissari nel 2007. Anche la Divisione Antitrust del Dipartimento della Giustizia è giunta a una simile conclusione, laddove ha affermato che è necessario limitare la regolazione di Internet se si vuole preservare il livello di investimenti raggiunti. Per tutte queste ragioni, il mercato di Internet non reclama alcun intervento e l'attivismo del regolatore può condurre solo a un peggioramento dello *status quo*.

Il secondo punto è oggetto di ampie argomentazioni. Pur riconoscendo che la FCC ha cercato di superare le obiezioni sollevate con riguardo al provvedimento finale del caso Comcast., il commissario ritiene che anche questo nuovo tentativo è destinato a fallire in ragione delle stesse motivazioni indicate nella sentenza della Corte d'Appello del Distretto della Colombia.

In particolare, il Congresso non ha modificato la normativa vigente introducendo, in particolare, una disposizione su cui fondare esplicitamente l'azione regolatoria della Commissione in materia di gestione della rete. Non a caso, si osserva che l'assenza di una base legale di riferimento è tenuta ben presente dal Congresso, intento a discutere alcune proposte di legge attraverso cui attribuire nuovi poteri alla FCC.

Ancora una volta, si potrebbe avere una pronuncia demolitrice dell'Autorità giudiziaria, dato che «*this leaky ship of an Order is attempting to sail through a regulatory fog without the necessary ballast of factual or legal substances*»⁸². Anzi, MaCDowell si compiace del ruolo svolto dall'Autorità giudiziaria nel ristabilire gli equilibri alterati, anche in passato, dagli atti della FCC.

Infine, si manifesta una certa insofferenza nei confronti del tema della giurisdizione ancillare, dato che un cattivo intendimento della *ratio* della norma di riferimento può essere fonte di atti illegittimi. Ampliare eccessivamente la giurisdizione ancillare può tradursi in un'(auto)attribuzione del potere di

⁸² FCC, *Dissenting Statement of Commissioner Robert M. McDowell*, 23 dicembre 2010, 5.

intervenire senza limiti sulle materie più disparate, compresa la regolamentazione dei *coffee shops*⁸³.

Il terzo motivo di dissenso si fonda sull'idea che le nuove regole sarebbero fonte di un'incertezza tanto grave da rendere difficile – se non addirittura impossibile – il reperimento di nuovi investimenti di capitali. Per dimostrare quanto appena affermato, si ricorda la posizione espressa dalla LARIAT, una piccola società che fornisce servizi di accesso ad Internet nel Wyoming. In particolare, l'operatore *«has told the Commission that the imposition of network management rules will impede its ability to obtain investment capital and will limit the company's "ability to deploy new service to currently unserved and underserved areas" ... LARIAT also notes that the imposition of net neutrality rules would cause immediate harm such that "[d]ue to immediate deleterious impacts upon investment, these damaging effects would be likely to occur even if the Commission's Order was later invalidated, nullified, or effectively modified by a court challenge or Congressional action." Other small businesses have echoed these concerns»*⁸⁴.

Da ciò discende che si avranno meno investimenti, un minor livello di innovazione e un incremento dei costi, soprattutto per i consumatori. Molti posti di lavoro andranno persi e, per la prima volta nella storia della *web*, si dovranno affrontare gli effetti di un ciclo economico negativo. L'azione della Commissione, dunque, è in aperto contrasto con le politiche di sviluppo della banda larga delineati nel recente *National Broadband Plan* della FCC.

Il quarto e ultimo motivo ricordato da MaCDowell guarda alla vigente disciplina antitrust per concludere circa l'inesistenza di forme di concentrazione o di abuso di potere di mercato in Internet: se ci fosse un fallimento del mercato, infatti, le leggi americane e il tempestivo intervento delle competenti Autorità sarebbero sufficienti a proteggere il consumatore.

⁸³ FCC, *Dissenting Statement of Commissioner Robert M. McDowell*, 23 dicembre 2010, 6, dove, dopo aver riportato l'esempio indicato nel testo, si afferma che *«there is no end in sight to the Commission's powers»*.

⁸⁴ FCC, *Dissenting Statement of Commissioner Robert M. McDowell*, 23 dicembre 2010, 7-8.

Il motivo qui considerato è interessante perché, oltre alla solita *pars destruens*, contiene alcune indicazioni circa il ruolo che la FCC avrebbe dovuto attribuirsi con l'approvazione dell'*Internet Open Preserving Act*: in luogo delle inutili e dannose regole introdotte, infatti, l'Autorità avrebbe dovuto assumere il compito di coordinare i vari gruppi venutisi a creare nel corso degli ultimi anni per contribuire a una migliore *governance* di Internet, composti da ingegneri, consumatori, accademici, economisti, esperti di antitrust e operatori del settore. D'altronde, sin da quando è stata privatizzata, la *governance* di Internet si è sempre fondata su un metodo collaborativo, ritenuto preferibile alla eteroregolamentazione del soggetto pubblico.

Tuttavia, nonostante le tante pagine dedicate all'esposizione dei motivi di cui sopra, ad avviso di chi scrive la parte centrale della *dissenting opinion* è rappresentata dalle riflessioni che il commissario svolge con riguardo alla compatibilità dell'atto con il I e il V emendamento della Costituzione americana, norme rispettivamente poste a tutela della libertà di manifestazione del pensiero e del diritto di proprietà⁸⁵.

In particolare, in base al primo parametro si ricorda che i «*broadband ISPs are speakers for First Amendment purposes*» e che «*the Order is too quick to rely on simplistic service labels of the past in brushing off First Amendment arguments*»⁸⁶. Il provvedimento della FCC contraddice il principio secondo cui «*the mere act of opening one's platform to a large multiplicity of independent voices does not divest the platform owner of its First Amendment rights*», con la conseguenza che nella prospettiva accolta dall'Autorità «*broadband ISPs perform no editorial function worthy of constitutional recognition*»⁸⁷.

⁸⁵ FCC, *Dissenting Statement of Commissioner Robert M. McDowell*, 23 dicembre 2010, 24, in cui vi è un paragrafo intitolato «*The Order Will Face Serious Constitutional Challenges*».

⁸⁶ FCC, *Dissenting Statement of Commissioner Robert M. McDowell*, 23 dicembre 2010, 24.

⁸⁷ FCC, *Dissenting Statement of Commissioner Robert M. McDowell*, 23 dicembre 2010, 26.

La posizione di MaCDowell è diametralmente opposta e si fonda sull'idea che «*broadband ISPs merit First Amendment protection*»⁸⁸, con la conseguenza che «*one of the underlying policy rationales for imposing Internet network management regulations effectively turns the First Amendment on its head. The Founders crafted the Bill of Rights, and the First Amendment in particular, to act as a bulwark against state attempts to trample on the rights of individuals. (Given that they had just won a war against government tyranny, they were wary of recreating the very ills that had sparked the Revolution – and which so many new Americans had sacrificed much to overcome.) More than 200 years later, our daily challenges may be different but the constitutional principles remain the same. The First Amendment begins with the phrase “Congress shall make no law” for a reason. Its restraint on government power ensures that we continue to enjoy all of the vigorous discourse, conversation and debate that we, along with the rest of the world, now think of as quintessentially American*»⁸⁹.

L'argomento fondato sul V emendamento mira a valutare se è legittima l'imposizione dell'obbligo di non discriminazione in assenza di una controprestazione economica che vada ad esclusivo vantaggio dei proprietari-gestori della rete. Dopo aver ricordato che «*(t)he Order incorrectly asserts that the new network management rules raise no serious questions about a Fifth Amendment taking of an Internet transmission platform provider's property*»⁹⁰, si precisa che i costi della costruzione, del mantenimento e dell'ammodernamento della rete sono stati interamente sostenuti dai proprietary-gestori della rete, con operazioni finanziarie assai complesse. L'introduzione della *net neutrality* rappresenta, dunque, un limite concreto alla possibilità di recuperare le somme investite, dato che comporta l'assoluta impossibilità di formulare offerte commerciali differenziate in ragione del tipo di prezzo pagato.

⁸⁸ FCC, *Dissenting Statement of Commissioner Robert M. Mcdowell*, 23 dicembre 2010, 27.

⁸⁹ FCC, *Dissenting Statement of Commissioner Robert M. Mcdowell*, 23 dicembre 2010, 28.

⁹⁰ FCC, *Dissenting Statement of Commissioner Robert M. Mcdowell*, 23 dicembre 2010, 24.

Il contrasto con la normale applicazione del V emendamento è di tutta evidenza se si tiene presente che nessun indennizzo di natura economica viene corrisposto in favore dei proprietari-gestori della rete a seguito dell'introduzione della *net neutrality*: questi ultimi, infatti, potrebbero veder vanificata «*the expectation that they would recoup their investment over future years under the deregulatory approach to broadband that the Commission first adopted for cable in 2002 and quickly extended to other types of facilities*»⁹¹. Il mutamento del quadro normativo di riferimento, dunque, incide negativamente sulle libertà economiche dei proprietari-gestori della rete e si pone in aperto contrasto con le conclusioni formulate dalla dottrina in merito al V emendamento secondo cui «*(t)he Fifth Amendment concludes with the pithy restriction, “nor shall private property be taken for public use without just compensation.” The clause imposes both a substantive and a procedural hurdle on the federal government’s eminent domain power: the government can take private property only if the taking is for a “public use” and when it does so, it must provide “just compensation” to the affected landowner. For the past 85 years, the clause has also been interpreted to place a limit on the government’s power to regulate private property. A particular regulation on the use of private property may well be within Congress’s power to adopt, but if the regulation goes “too far” it will effectively constitute a taking that requires just compensation, even if title to the property is technically left in the owner’s hands*»⁹².

Sulla scorta di questi argomenti si afferma che la regola della *net neutrality* comporta effetti giuridici analoghi a quelli prodotti dall'espropriazione, dato che determina una sensibile riduzione dei diritti dei proprietari-gestori della rete. Pertanto l'indennizzo è condizione di legittimità dell'obbligo imposto, così come dimostra la conclusione a cui giunge MaCDowell secondo cui l'assenza di contributi economici versati a titolo di controprestazione in ragione dell'imposizione dell'obbligo di non

⁹¹ FCC, *Dissenting Statement of Commissioner Robert M. McDowell*, 23 dicembre 2010, 24.

⁹² Si esprime in questi termini, D.A. LYONS, *Virtual Takings: The Coming Fifth Amendment Challenge to Net Neutrality Regulation*, in *Notre Dame Law Review*, 2010, Volume 86, 65, in particolare nel paragrafo intitolato «*Overview of Regulatory Takings Jurisprudence*». È interessante notare che l'Autore esprime il proprio dissenso nei confronti del ricorso alla teoria dei poteri impliciti.

discriminazione incide negativamente sulla coerenza sistematica dell'impianto costruito dalla FCC.

In conclusione di questo paragrafo, non si può non dar conto della recente interpretazione giurisprudenziale dell'*Open Internet Preserving Act*, ultimo atto sul tema della *net neutrality* nell'ordinamento americano⁹³.

La vicenda processuale nasce dalla tempestiva impugnativa dell'*Order* da parte di Verizon, un operatore del settore, che, in particolare, contesta «*the Open Internet Order on several grounds, including that the Commission lacked affirmative statutory authority to promulgate the rules, that its decision to impose the rules was arbitrary and capricious, and that the rules contravene statutory provisions prohibiting the Commission from treating broadband providers as common carriers*»⁹⁴.

I motivi posti a fondamento della domanda attorea potrebbero indurre il lettore a sovrapporre *sic et simpliciter* la vicenda *de qua* con la sentenza resa nel caso Comcast. In particolare, si potrebbe ritenere la questione relativa al fondamento del potere presupposto necessario e sufficiente per giungere alla medesima conclusione formulata nella sentenza del 2010.

Tuttavia, la sentenza del 2014 rappresenta un'evoluzione di indubbio interesse rispetto alla pronuncia precedente, dato che, nonostante il superamento delle obiezioni concernenti la titolarità del potere, giunge comunque ad annullare «*both the anti-discrimination and the anti-blocking rules*»⁹⁵.

I giudici rinviengono la potestà regolamentare della FCC in materia di neutralità della rete dai principi contenuti nelle sezioni 706 lett. a) e 706 lett. b) del *Telecommunications Act* del 1996. Le norme sono ispirate alla medesima *ratio* e possono essere sintetizzate nel modo che segue: la prima prevede un generale potere regolamentare in capo alla FCC al fine di promuovere e implementare sistemi avanzati di telecomunicazione; la seconda impone alla

⁹³ UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA CIRCUIT, sentenza 14 gennaio 2014, n. 11-1355.

⁹⁴ UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA CIRCUIT, sentenza 14 gennaio 2014, n. 11-1355, 16.

⁹⁵ UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA CIRCUIT, sentenza 14 gennaio 2014, n. 11-1355, 63.

Commissione di condurre regolari inchieste in relazione alla disponibilità di nuovi sistemi di telecomunicazione e, qualora necessario, adottare immediate misure per accelerare la loro realizzazione, eliminando gli ostacoli alle infrastrutture ed agli investimenti e promuovendo la concorrenza nel mercato delle telecomunicazioni.

Tenuto presente questo quadro normativo, la sentenza si sofferma su vari aspetti giungendo alla conclusione che «*(t)he Commission has provided no basis for concluding that in permitting “reasonable” network management, and in prohibiting merely “unreasonable” discrimination, the Order’s standard of “reasonableness” might be more permissive than the quintessential common carrier standard*»⁹⁶.

I primi commentatori della pronuncia, agevolati dal tenore delle parole dei giudici, hanno osservato che la Commissione avrebbe potuto cogliere l’occasione dell’approvazione dell’*Open Internet Preserving Act* per porre fine a una risalente diatriba. In particolare, la FCC avrebbe dovuto procedere alla riclassificazione dei servizi Internet a banda larga come *telecommunication services*. Invece, la FCC ha continuato a imporre ai *broadband providers* una serie di obblighi – *id est: disclosure, anti-blocking, e anti-discrimination* – propri dei *common carriers*⁹⁷, non preoccupandosi ancora una volta della coerenza della soluzione proposta.

Quanto la sentenza in esame influenzerà le successive evoluzioni del dibattito e, in particolare, la futura azione della FCC rappresenta un interrogativo a cui solo il tempo darà risposta. In questa sede, però, non si può non manifestare la preoccupazione di un arretramento nella salvaguardia dell’apertura e della libertà di Internet: ad avviso di chi scrive, infatti, le ripercussioni sulla tematica saranno non secondarie, anche se i giudici hanno voluto precisare già nelle prime pagine della sentenza che è importante «*to*

⁹⁶ UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA CIRCUIT, sentenza 14 gennaio 2014, n. 11-1355, 58-59.

⁹⁷ In questi termini, M. SENOR, *Net or non net neutrality*, in *Diritto Mercato Tecnologia*. La sentenza è stata ampiamente commentata dalla stampa specializzata, americana e non. Per un commento documentato e approfondito in italiano, si veda R. NATALE, *Net neutrality: sentenza Verizon-Netflix, una risposta al boom del traffico online*, in *Key4biz*, 15 gennaio 2014.

*emphasize that although the question of net neutrality implicates serious policy questions, which have engaged lawmakers, regulators, businesses, and other members of the public for years, our inquiry here is relatively limited. “Regardless of how serious the problem an administrative agency seeks to address, . . . it may not exercise its authority in a manner that is inconsistent with the administrative structure that Congress enacted into law”*⁹⁸.

Qual è la possibile soluzione per risolvere in via definitiva il problema?

Come già suggerito, il tema dovrebbe essere regolato in maniera espressa dal legislatore americano, con un atto dalla portata generale in grado di fornire un’adeguata risposta anche agli interrogativi posti sul piano della compatibilità costituzionale: ad avviso di chi scrive, infatti, le sentenze esaminate nelle pagine precedenti colpiscono in via immediata i provvedimenti impugnati e in via mediata l’inerzia del legislatore. Da ciò discende che solo a seguito di un intervento attivo del legislatore si potrà considerare adempiuto il compito istituzionale del *conditor jus* e si potrà finalmente scrivere una nuova pagina della *net neutrality*, in cui ai problemi di legittimazione formale si sostituisce l’analisi nel merito delle questioni poste.

⁹⁸ UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA CIRCUIT, sentenza 14 gennaio 2014, n. 11-1355, 16.

Capitolo III

«La net neutrality tra tutela dell'iniziativa economica e principio di uguaglianza: il dibattito in Europa»

Sommario: 1. Il dibattito nelle istituzioni europee: dalle consultazioni del *Body of European Regulators for Electronic Communications* al regolamento sul mercato unico delle telecomunicazioni – 2. Il quadro italiano tra proposte di legge e interventi dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni – 3. La natura giuridica della *net neutrality*: norma asimmetrica o regola di concorrenza? – 4. Il principio di neutralizzazione nel diritto delle reti.

1. *Il dibattito nelle istituzioni europee: dalle consultazioni del Body of European Regulators for Electronic Communications al regolamento sul mercato unico delle telecomunicazioni*

L'attualità dei temi ha sollecitato alcuni interventi delle istituzioni europee che hanno competenza in materia di diritto antitrust e comunicazioni elettroniche. Il dibattito è degno di particolare interesse perché, pur essendo successivo a quello americano, introduce temi nuovi che hanno contribuito non poco alla migliore definizione dell'ambito concettuale di riferimento¹.

¹ Un'originale prospettazione delle (reciproche) influenze tra ordinamento nord-americano e istituzioni europee è fornita da D.L. SIERADZKI – W.J. MAXWELL, *The FCC's Network Neutrality Ruling in the Comcast Case: Towards a Consensus with Europe?*, in *Communications & Strategies*, 2008, Volume 72, 4, 73, così come dimostra la seguente affermazione degli Autori: «(t)he rationale articulated by the FCC is particularly instructive for European regulators and network operators, and has many points in common with proposed modifications to the European Framework Directive that would deal with "net freedoms." This major U.S. decision on network neutrality inevitably will affect developments in Europe (and elsewhere) due to the globalized nature of the Internet economy, just as ongoing policy decisions in Europe will affect developments in the U.S. On both sides of the Atlantic, a consensus appears to be emerging among policymakers that discriminatory handling of different categories of Internet transmissions of applications will not be allowed unless it is narrowly tailored to achieve an important and legitimate objective. Discrimination for anti-competitive purposes would be prohibited». Un altro raffronto interessante è esplicitato da D. MAC SÍTHIGH, *Regulating the Medium: reactions to network neutrality in the European Union and Canada*, in *Journal of Internet law*, 2011, Volume 14, 8, 3.

Inoltre, gli atti che analizzeremo nelle pagine seguenti hanno fortemente influenzato anche le legislazioni interne dei singoli paesi membri dell'Unione. Pertanto, ci riserviamo di far cenno, nella conclusione di questo paragrafo, ad alcuni esempi di regolazione interna che hanno riconosciuto – in maniera più o meno intensa – il vincolo della neutralità della rete.

Partiamo con l'analisi degli atti della Commissione europea. Nel giugno 2010 è stata avviata una consultazione² sulle principali problematiche legate al concetto di neutralità della rete, tesa a individuare quali pratiche possano essere impiegate da parte dei fornitori di servizi Internet per la gestione del traffico. In particolare, con la consultazione in esame, la Commissione si interroga se tali pratiche possano creare problemi o avere effetti iniqui per gli utenti, se il livello di concorrenza tra i diversi fornitori di servizi Internet e le disposizioni del nuovo quadro per le telecomunicazioni siano sufficienti a evitare questo tipo di problemi e se le istituzioni comunitarie debbano impegnarsi ulteriormente per garantire l'equità nel mercato interno.

Nel ragionamento seguito dalla Commissione – che avrà una diretta influenza anche sulle attività del *Body of European Regulators for Electronic Communications*³ – è necessario partire dall'analisi dei problemi tecnici, in relazione ai quali acquista particolare rilievo il concetto di qualità del servizio offerto dall'operatore, il quale potrebbe, aumentare la capacità trasmissiva della rete o procedere a una discriminazione del traffico, assegnando differenti

² L'atto di avvio della consultazione ricordata nel testo è contenuto in COMMISSIONE EUROPEA, *Questionnaire for the public consultation on the open internet and net neutrality in Europe*, 30 giugno 2010. Nel testo si farà riferimento anche alla comunicazione della COMMISSIONE EUROPEA, *The open internet and net neutrality in Europe*, 19 aprile 2011.

³ Il *Body of European Regulators for Electronic Communications* – d'ora in poi ricordato nel testo con l'acronimo BEREC – è stato istituito con il regolamento 25 novembre 2009, n. 1211 del Parlamento europeo e del Consiglio. La normativa appena ricordata attribuisce al BEREC il compito di consigliare e assistere la Commissione europea nello sviluppo del mercato interno e di creare un legame fra le autorità nazionali di regolamentazione e la Commissione. Inoltre, l'Organismo dovrebbe fungere quale organismo di riflessione, dibattito e consulenza per il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione nel settore delle comunicazioni elettroniche. Pertanto, il BEREC dovrebbe fornire consulenza al Parlamento europeo, al Consiglio e alla Commissione, di sua iniziativa o su richiesta di questi ultimi. Il BEREC sostituisce il Gruppo dei Regolatori Europei (ERG).

priorità in ragione dell'origine, della destinazione o della tipologia del contenuto.

La consultazione ha avuto una certa eco tra gli addetti ai lavori, così come dimostrano le tante risposte ricevute. Gli argomenti esposti possono essere raggruppati nel mondo che segue⁴.

In primo luogo, secondo la Commissione, i partecipanti hanno espresso una certa soddisfazione nei confronti del quadro normativo comunitario in materia di telecomunicazioni, in virtù della presenza di strumenti idonei ad affrontare le principali problematiche legate alla neutralità della rete. A un esame più attento, si sottolinea che i partecipanti alla consultazione si riferiscono, nella maggioranza dei casi, alla predisposizione di strumenti di base, lasciando intendere, ad avviso di chi scrive, che ben potrebbe esserci un rafforzamento degli istituti (*id est*: un *enforcement* delle politiche *in subiecta materia*). D'altronde, in vari contributi, si legge che la reale efficacia – e, forse, anche l'efficienza – delle norme in esame potrà essere valutata solo nel momento in cui tutte le legislazioni nazionali avranno dato attuazione alle direttive comunitarie. Dunque, in merito al livello di soddisfazione della normativa comunitaria da parte degli *stakeholder* è solo parzialmente condivisibile l'entusiasmo mostrato dalla Commissione, dato che il giudizio positivo, che pure è stato espresso in alcuni casi, è sostanzialmente condizionato agli elementi appena ricordati.

⁴ Anche il Governo italiano ha partecipato alla consultazione presentando un documento intitolato *Posizione Italiana in risposta alla Consultazione Pubblica della Commissione Europea sul tema: Neutralità della Rete* in cui si legge che attualmente, in Italia si verificano casi concreti di non neutralità della rete. Per esemplificare, si citano l'esempio del servizio VoIP, il cui traffico è spesso bloccato dagli operatori mobili, e i ripetuti casi di impiego di filtri a discapito dello scambio di dati p2p allo scopo di favorire migliori prestazioni di rete ai propri abbonati e di ottimizzare lo sfruttamento della banda nelle ore di punta. Il documento prosegue ricordando che il principio di trasparenza definito nel nuovo pacchetto sulle TLC che l'Italia si appresta a recepire va, quindi, sostenuto con forza quale misura di libertà. Tuttavia, pare veramente in contraddizione con quanto appena affermato la conclusione a cui si giunge, racchiusa nelle seguenti parole: il tema della neutralità della rete deve essere affrontato, quindi, in relazione all'effettiva necessità di discriminare il traffico, che dovrà essere attentamente verificata dalle autorità competenti, sulla base di criteri univoci, oggettivi e trasparenti, definiti in sede comunitaria.

La seconda conclusione che emerge dal dibattito, per la Commissione, è racchiusa nella tesi per cui le pratiche di *traffic management* costituiscono un elemento necessario ed essenziale per gestire la rete in modo sicuro ed efficiente. Tuttavia, anche su questo specifico punto non mancano contributi che esprimono una certa preoccupazione nei confronti del fenomeno del *blocking* e del *bandwidth throttling* (inteso come strozzamento della banda in grado di generare una notevole riduzione della velocità di trasmissione): in molti documenti, ad esempio, si esemplifica questo rischio attraverso il tradizionale riferimento alle tecnologie VoIP che, non a caso, hanno rappresentato, insieme con il p2p, l'ambito di prima applicazione del principio della neutralità della rete. Su questo punto è bene ricordare che alcuni servizi richiedono una certa ampiezza di banda per essere correttamente fruiti da parte degli utenti, con la conseguenza che degradare la banda equivale, in buona sostanza, al blocco *sic et simpliciter* di quel servizio: a ben vedere, un servizio offerto con una bassa qualità sarà assolutamente insufficiente a soddisfare esigenze – siano esse vecchie o nuove – degli utenti. Per esempio, offrire una chiamata via Internet senza garantire una qualità paragonabile a quella dei mezzi tradizionali di comunicazione – come il telefono – non permette al fornitore del servizio di presentarsi sul mercato (*id est*: agli utenti) con una valida offerta commerciale, alternativa e realmente in grado di entrare in competizione con quella degli operatori tradizionali. Pertanto, questo punto analizzato in vari documenti presentati alla Commissione, è importante perché ci permette di concludere a favore dell'assoluta equivalenza tra i fenomeni di blocco e i casi di mero abbassamento della banda, almeno nelle ipotesi in cui il *bandwidth throttling* rende poco utile la fornitura del servizio.

Un altro punto molto interessante attiene al rapporto tra struttura del mercato, nuovi modelli di impresa e meccanismi di fissazione dei prezzi. La Commissione ricorda che questi elementi possono influire sul futuro livello di investimenti e, conseguentemente, sul livello dell'innovazione. In particolare, riguardo ai meccanismi di *pricing*, alcuni operatori hanno sottolineato che il

rischio di un sensibile rincaro dei prezzi potrebbe tradursi in un'imposizione occulta sugli investimenti, in grado di ingenerare un'inversione di tendenza rispetto al precedente andamento del settore.

I problemi più strettamente attinenti al diritto della concorrenza sono analizzati nell'articolata risposta fornita dal BEREC⁵, il quale ha denunciato che una degenerazione del sistema potrebbe causare problemi di discriminazione ed effetti anticoncorrenziali, con conseguenze a lungo termine assolutamente non trascurabili. A ben vedere, il BEREC paventa pericoli sia per le strutture economiche ma anche, e soprattutto, per l'esercizio di libertà costituzionali come la libertà di espressione. Su questo specifico punto, come già ricordato, è la struttura del *two-sided market* a chiarire come i problemi sottesi al tema della *net neutrality* possano essere analizzati a un doppio livello. Da un lato, abbiamo il piano delle libertà fondamentali: l'attività di bloccare un utente nelle proprie comunicazioni personali rappresenta sicuramente una lesione della libertà di cui all'art. 15 Cost. ed è qualificata allo stesso modo in cui è inquadrata l'(illecita) ispezione compiuta dall'operatore nel pacchetto di dati trasmessi dall'utente. Il secondo piano invece, attiene alle libertà economiche e riguarda principalmente gli operatori del settore: il blocco o il rallentamento nella trasmissione dei dati subiti da questi ultimi, infatti, comportano un'evidente lesione del principio di libera iniziativa economica e alterano gli equilibri competitivi del libero mercato. Il BEREC cerca di tenere insieme questi due profili e, non a caso, afferma che Internet svolge un ruolo sociale ed economico solo laddove si riescano a preservare i caratteri di apertura e neutralità che hanno contraddistinto le sue origini.

Tuttavia, la buona impostazione teorica del BEREC è destinata a cedere alla luce delle conclusioni formulate: in particolare, secondo l'Organismo i casi che sono stati risolti dalle ANR facendo ricorso – in maniera più o meno esplicita – al principio della *net neutrality* sono numericamente poco rilevanti e non inducono, dunque, a completare il quadro

⁵ BEREC, *Response to the European Commission's consultation on the open Internet and net neutrality in Europe*, 30 settembre 2010.

normativo comunitario con la normativizzazione di questo principio. Per il BEREC, dunque, non si è ancora giunti al punto di dover regolamentare la *net neutrality*, dato che l'attuale normativa consente alle Autorità nazionali di risolvere eventuali problemi che dovessero verificarsi: la disciplina vigente, infatti, garantisce sufficientemente la concorrenza dei mercati considerati, la gestione dei fenomeni di fallimento del mercato e la protezione dei consumatori⁶. Dunque, è compito delle Autorità avvalersi di tutti gli strumenti disciplinati dal diritto comunitario per garantire quel livello minimo di qualità dei servizi di cui parla l'art. 22 della direttiva sul servizio universale, così come modificata nel 2009⁷. Al quadro originario secondo cui «(l)e autorità nazionali di regolamentazione possono precisare, tra l'altro, i parametri di qualità del servizio da misurare, nonché il contenuto, la forma e le modalità della pubblicazione, compresi meccanismi di certificazione della qualità, per garantire che gli utenti finali, inclusi gli utenti finali disabili, abbiano accesso ad informazioni complete, comparabili e di facile consultazione», si deve aggiungere quanto previsto dal nuovo terzo comma che testualmente recita: «(p)er impedire il degrado del servizio e la limitazione o il rallentamento del traffico di rete, gli Stati membri provvedono affinché le autorità nazionali di regolamentazione possano imporre prescrizioni in materia di qualità minima del servizio all'impresa o alle imprese che forniscono reti di comunicazione pubbliche».

⁶ Nelle considerazioni sulla tutela dei consumatori, il BEREC ricorda il rischio non secondario di una mancanza di trasparenza nei confronti dell'utenza. Il tema è qui solo citato e si rinvia alla trattazione fatta con riguardo all'esperienza italiana al § 6 per gli opportuni approfondimenti. Tuttavia, per ragioni di completezza si deve ricordare che il BEREC ritiene che la trasparenza non debba operare solo a beneficio degli utenti finali, dovendo, invece, riguardare anche i fornitori di contenuti e applicazioni.

⁷ Direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009, recante modifica della direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche e del regolamento n. 2006/2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori.

In questa disposizione, vi è una formulazione embrionale del principio della neutralità della rete nell'ambito del diritto comunitario, anche se, ad avviso di chi scrive, è bene tener presente che la direttiva è ispirata al modello della normativa asimmetrica che, come si vedrà anche in prosieguo⁸, non può essere utilmente richiamato per inquadrare sistematicamente la regola della *net neutrality*. Nonostante ciò, il dato normativo appena ricordato è di sicuro interesse e, almeno parzialmente, giustifica la valutazione compiuta dal BEREC in merito al quadro comunitario.

Tuttavia, non è superfluo ricordare che tale norma ha come specifico oggetto il solo aspetto della qualità del servizio offerto, con la conseguenza che il riferimento alla neutralità della rete può essere tratto esclusivamente in via interpretativa.

Per questa ragione, un reale approccio lungimirante al tema – che in altre circostanze è stato impiegato dal BEREC – avrebbe dovuto spingere l'Organismo consultato a suggerire alla Commissione un intervento ben più incisivo della semplice conservazione dello *status quo*. D'altronde, l'evoluzione più recente del dibattito europeo segnala che non è bene affidare il rispetto di un principio così importante alla sola interpretazione e che, dunque, è altamente auspicabile una codificazione dello stesso.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte non ci si deve sorprendere del fatto che la Commissione abbia avuto un ruolo poco incisivo nella prima fase del dibattito, confortata in questa politica del non-intervento dalle parole del BEREC; infatti, la Commissione ha continuato ad attribuirsi un ruolo di vigilanza e di osservazione delle questioni sollevate⁹, almeno fino alle recenti

⁸ *Infra*, § 3.

⁹ Una conferma di quanto detto nel testo si rinviene nelle parole formulate dalla Commissione nell'ambito del documento che chiude la consultazione, secondo cui qualsiasi regolamentazione supplementare dovrà evitare effetti dissuasivi sugli investimenti o su modelli commerciali innovativi, dovrà portare ad un utilizzo più efficace delle reti e creare nuove opportunità commerciali a diversi livelli della catena del valore di Internet, pur salvaguardando i vantaggi della scelta di un accesso internet che meglio si attaglia alle esigenze dei consumatori (COMMISSIONE EUROPEA, *Report on the public consultation 'The open internet and net neutrality in Europe'*, 9 novembre 2010).

evoluzioni in tema di regolazione del c.d. mercato unico delle telecomunicazioni¹⁰.

Finora ci siamo occupati di quanto il BEREC ha fatto nell'ambito della consultazione avviata nel 2010 dalla Commissione. È necessario ricordare che l'Organismo europeo ha deciso di occuparsi anche autonomamente della problematica in esame, con una serie di atti non secondari.

Il primo atto risale al mese di dicembre del 2011¹¹ e si tratta, ancora una volta, di un documento che chiude una consultazione pubblica, avviata il 3 ottobre 2011. Scopo del documento è individuare buone prassi e adeguati approcci in rapporto agli interessi coinvolti.

Tra i primi elementi considerati dal BEREC si annovera la trasparenza, considerata come preconditione alla possibilità di scelta degli utenti tra offerte caratterizzate da diversi livelli di qualità dei servizi e, al tempo stesso, come fattore in grado di ridurre le asimmetrie informative tra gli utenti finali e i fornitori di servizi. Questo documento inserisce un nuovo e interessante elemento nel dibattito perché mette chiaramente in luce il fatto che l'imposizione di un regime di trasparenza deve accompagnarsi a condizioni di concorrenza effettiva e all'assenza di barriere – economiche e/o giuridiche – al passaggio da un operatore all'altro. Ancora una volta, però, le migliori aspettative sono destinate a scontrarsi con un'interpretazione restrittiva del tema che, pur affermando che la neutralità si traduce nel considerare in maniera uguale tutte le comunicazioni elettroniche che attraversano una rete,

¹⁰ Una posizione sostanzialmente analoga è contenuta in un rapporto del 2011 presentato al Parlamento europeo dalla Commissione europea. Nel rapporto si indica che l'adozione di regole ulteriori rispetto a quelle già introdotte con le direttive del 2009 in materia di comunicazioni elettroniche non soltanto non risulta necessaria, ma potrebbe altresì rivelarsi controproducente ai fini dello sviluppo della concorrenza. A fronte di informazioni non univoche sull'entità del ricorso alle tecniche di *traffic management* da parte degli operatori, o sui reali effetti che le differenziazioni di traffico possono produrre sui mercati, il rapporto segnala che non bisogna trascurare gli effetti positivi di tali pratiche ai fini dell'affermazione di nuovi modelli di business e sviluppo della concorrenza nei mercati (PARLAMENTO EUROPEO, *Network Neutrality: Challenges and responses in the EU and the US*, 26 maggio 2011).

¹¹ BEREC, *Guidelines on Transparency in the scope of Net Neutrality: Best practices and recommended approaches*, dicembre 2011.

di fatto si traduce nel riconoscere centralità al solo consenso dell'utente che, per essere considerato valido, deve essere libero, specifico e informato, alla stregua dei tradizionali principi civilistici. L'attenzione è focalizzata sugli obblighi di trasparenza così come disciplinati dalla direttiva sul servizio universale, considerati nella loro valenza strumentale rispetto alla garanzia di una effettiva libertà di scelta del consumatore. Non a caso, nello sviluppo del discorso sono fatti ampi cenni alle dinamiche contrattuali e, in particolare, si propone di differenziare le diverse modalità informative a seconda del momento di svolgimento del rapporto (distinguendo, ad esempio, l'informativa precedente alla conclusione del contratto dalla tutela accordata successivamente alla stipulazione).

Nel terzo capito delle *Guidelines* in esame, il BEREC recupera la problematica della *Quality of Service*¹² e introduce il concetto di ragionevolezza con riguardo alle restrizioni che gli operatori possono legittimamente porre in essere nelle offerte di accesso a Internet di tipo *unlimited*¹³: quest'ultimo riferimento, conferma l'importanza di analizzare congiuntamente problematiche tecniche ed economiche, posto che, come più volte ricordato, il *pricing* non è elemento insensibile rispetto alla qualità del servizio offerto. D'altronde, da tempo la dottrina economica¹⁴ osserva che molte condotte anticoncorrenziali sono fondate su discriminazioni riguardanti i prezzi, con ciò confermando l'assunto condiviso da chi scrive secondo cui il problema della neutralità della rete non è solo ed esclusivamente tecnico e richiede un continuo riferimento a parametri di natura economica

¹² Sinteticamente ricordata con l'acronimo QoS

¹³ Il tema è affrontato anche in un altro documento coevo del BEREC. Ci si riferisce a BEREC, *A framework for Quality of Service in the scope of Net Neutrality*, 8 dicembre 2011, atto di orientamento per le ANR che, come ricordato nel testo, in base alla nuova formulazione della direttiva sul servizio universale hanno importanti compiti proprio con riguardo alla fissazione dei livelli minimi di qualità dei servizi.

¹⁴ La dottrina sul punto è davvero copiosa. In questa sede sia consentito il rinvio alla modalità discriminatoria nella fissazione dei prezzi così come definita da A. BAVASSO, *Communications in EU Antitrust Law. Market Power and Public Interest*, The Hague, 2003, 207, in cui testualmente si legge: in general terms price discrimination can be defined as the sale of different units of a product at prices not corresponding to differences in the cost of supplying them.

Dunque, valutando complessivamente questa prima fase dei lavori, la Commissione europea e il BEREC mantengono un atteggiamento abbastanza neutrale; denunciano problemi ma sostanzialmente propendono per il mantenimento della disciplina vigente. Eppure, all'interno delle stesse istituzioni comunitarie non erano mancati atti ben più incisivi, volti a dare maggior rilievo applicativo al principio della *net neutrality*. A tal proposito, possiamo ricordare una proposta di risoluzione del Parlamento europeo¹⁵ che invitava la Commissione, unitamente al BEREC e in collaborazione con gli Stati membri, a controllare da vicino l'evoluzione delle pratiche di gestione del traffico e degli accordi di interconnessione, soprattutto relativamente al blocco e alla strozzatura dei servizi VoIP e di condivisione di file (*file sharing*) o ai prezzi eccessivi ad essi applicati; tale controllo avrebbe dovuto prendere in considerazione anche la commissione di illeciti antitrust e l'impatto dell'eccessivo abbassamento della qualità dei servizi offerti. Inoltre, la proposta invitava la Commissione a porre delle limitazioni ai fornitori di servizi Internet, i quali non avrebbero potuto porre in essere blocchi, discriminazioni, limitazioni o degradazioni a danno della capacità di ciascun individuo di utilizzare un servizio per accedere a contenuti, applicazioni o servizi. Secondo questa prospettiva, dunque, è compito delle istituzioni comunitarie garantire il principio di neutralità della rete, inteso come «prerequisito importante per garantire un ambiente Internet innovativo e la parità di condizioni per i cittadini e gli imprenditori europei». D'altronde, si osserva che anche storicamente il quadro normativo comunitario in materia di telecomunicazioni mira a promuovere la libertà di espressione, l'accesso non discriminatorio ai contenuti, alle applicazioni e ai servizi, nonché la concorrenza effettiva, e che quindi «ogni misura relativa alla neutralità della rete dovrebbe, unitamente alla legislazione vigente in materia di concorrenza, essere volta a contrastare tutte

¹⁵ PARLAMENTO EUROPEO, *Proposta di risoluzione B7-0572/2011 presentata a seguito dell'interrogazione con richiesta di risposta orale B7-0641/2011 sull'apertura e la neutralità della rete Internet in Europa*, 7 novembre 2011.

le possibili pratiche anticoncorrenziali, promuovere gli investimenti e agevolare i modelli di impresa innovativi per l'economia online».

Ad avviso di chi scrive, la proposta di risoluzione in esame sposta in maniera definitiva i termini della questione nella misura in cui non riduce la problematica della *net neutrality* alla sola questione della trasparenza contrattuale: qualificata quest'ultima come condizione minima, essa cede il passo all'analisi del vero problema, rappresentato dalle pratiche di gestione del traffico dati sulla rete. A tal proposito, la chiara esortazione del Parlamento europeo è indirizzata alle ANR, le quali sono i soggetti istituzionalmente preposti a «garantire che gli interventi di gestione del traffico non comportino discriminazioni anticoncorrenziali o dannose».

Come più volte ricordato, le tecniche di gestione del traffico, nella maggior parte dei casi, presuppongono il ricorso alla c.d. *deep packet inspection*, ovvero un'analisi dei dati veicolati sulla rete che permette all'operatore di qualificare come desiderata o indesiderata la trasmissione dei pacchetti dati. Con queste modalità, dunque, l'operatore è in grado di conoscere il contenuto della comunicazione, con conseguente ed evidente violazione della privacy. Questo aspetto è, in particolare, sottolineato in un parere reso dal Garante europeo della protezione dei dati¹⁶, una sorta di risposta alla precedente comunicazione del 19 aprile 2011 della Commissione europea. Il parere tocca vari punti e, partendo dalla considerazione che la Commissione ha scelto di seguire nello sviluppo dei suoi (non) interventi un approccio «*wait and see*», conclude che l'Autorità «*feels that more should be done in order to come to a satisfactory policy on the way forward*». Pertanto, dopo aver ribadito l'esigenza di controllare i futuri sviluppi del tema, l'EDPS afferma che «*(m)onitoring of the market should not go without further analysis of the effects of new practices in relation to data protection and privacy on the Internet*». In altri termini, il controllo del mercato deve essere finalizzato anche all'analisi del profilo concernente la tutela della privacy, pena

¹⁶ Ricordata nel testo con l'acronimo EDPS. Nel testo ci si riferisce a EDPS, *Opinion on net neutrality, traffic management and the protection of privacy and personal data*, 7 ottobre 2011.

l'inutilità del controllo svolto. Invero, le tecniche di gestione del traffico si pongono in aperto contrasto con le norme sulla riservatezza delle comunicazioni, di cui è indubbio il fondamento costituzionale: per questa ragione, ferma restando l'esigenza di approfondire il tema, l'EDPS denuncia che i recenti comportamenti degli operatori costituiscono già violazione delle norme vigenti in materia di tutela della riservatezza delle comunicazioni e dei dati personali da parte degli operatori. Se da un lato, si afferma che *«(u)ntil 2009, EU legislative instruments did not contain provisions explicitly prohibiting ISPs from engaging in filtering or blocking or charging extra costs to subscribers for access to services»*, dall'altro, si precisa che *«(a)t the same time, they did not contain provisions explicitly recognising this practice»*. Ad ogni buon conto, per l'Autorità, il pacchetto direttive del 2009 chiarisce i termini del problema laddove *«changed this by including provisions favouring the openness of the Internet. For example, Article 8(4) on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Framework Directive) establishes an obligation on regulatory authorities to promote the ability of end users to access content, applications or services of their choice»*. In particolare modo, *«(f)or ISP practices entailing the inspection of individuals' communications, Recital 28 of the Directive amending the Universal Service and ePrivacy Directives highlights that 'depending on the technology used and the type of limitation, such limitation may require user consent under the ePrivacy Directive'. Thus, Recital 28 recalls the need for consent pursuant to Article 5(1) of the ePrivacy Directive for any limitations based on monitoring of communications. Section IV below further analyses the application of Article 5(1) and the overall data protection and privacy legal framework»*. A tal proposito, è bene precisare che l'EDPS si riferisce a un consenso diverso da quello preso in considerazione dalla Commissione europea e dal BEREC, sia per le finalità perseguite che per gli interessi tutelati. A ben vedere, quest'ultimo opera in una dimensione privatistica ed è essenzialmente orientato a garantire una corretta informazione della parte aderente al contratto: prestare il consenso, in questo caso, è indice dell'accettazione delle condizioni di contratto applicate dall'operatore-contraente forte del rapporto. Invece, il consenso a cui l'EDPS

chiede di prestare attenzione persegue un interesse di matrice pubblicistica – *id est*: la tutela della riservatezza – e, in base alla normativa vigente, è condizione indispensabile per il trattamento dei dati da parte dell'operatore. Pertanto, ad avviso di chi scrive, fermo restando che non si può considerare la neutralità della rete un elemento nella libera disponibilità delle parti contrattuali, si deve ritenere che il consenso rilevante ai fini della normativa in tema di privacy non possa giustificare comportamenti degli operatori contrari alla regola della *net neutrality*.

Nel corso del 2012, il dibattito prosegue e si sviluppa grazie ad altri interventi della Commissione europea e del BEREC.

Il 23 luglio 2012, la Commissione avvia una consultazione pubblica¹⁷ sui temi della trasparenza, del passaggio da un operatore all'altro e sulla gestione del traffico Internet in vista di suoi futuri interventi atti a garantire il carattere aperto e neutrale di Internet. Si tratta di un procedimento che si inserisce nell'ambito del più ampio dibattito concernente la c.d. *Digital Agenda for Europe*, fortemente voluta dalla vicepresidente della Commissione europea Neelie Kroes. La consultazione è di poco seguente ad alcuni atti del BEREC che, a sua volta, avvia una consultazione sul tema¹⁸.

Sofferamoci sulla posizione del BEREC. Nel documento che chiude la consultazione, si afferma in via di principio che «*(t)he forms of traffic*

¹⁷ I documenti elaborate nell'ambito della procedura ricordata nel testo sono consultabili al seguente link: <http://ec.europa.eu/digital-agenda/line-public-consultation-specific-aspects-transparency-traffic-management-and-switching-open>.

¹⁸ I documenti posti a pubblica consultazione sono: BEREC, *Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality. Draft report for public consultation*, 29 maggio 2012; BEREC, *Guidelines for Quality of Service in the scope of Net Neutrality. Draft report for public consultation*, 29 maggio 2012; BEREC, *An assessment of IP-interconnection in the context of Net Neutrality. Draft report for public consultation*, 29 maggio 2012. La posizione dell'Organismo è sintetizzata nei seguenti documenti: BEREC, *Overview of BEREC's approach to net neutrality*, 27 novembre 2012; BEREC, *Summary of BEREC positions on net neutrality*, 3 dicembre 2012. Per completezza, si ricorda che la natura trasversale del tema della neutralità della rete, aveva spinto il BEREC ad occuparsi di alcune rilevanti questioni nell'ambito degli atti riguardanti l'accesso (in particolare, si veda la posizione espressa in BEREC, *BEREC's Review of the Common Positions on wholesale unbundled access, wholesale broadband access and wholesale leased lines. Stage 1 High Level Principles on issues of non-discrimination*, 1° marzo 2012).

management are diverse and not all are necessarily harmful»: a ben vedere, infatti, secondo l'Organismo europeo, «(t)raffic management practices do not intrinsically undermine healthy competition or cause a reduction in consumer welfare. They can be used for legitimate reasons (e.g. in order to guarantee network integrity or to improve efficiency in resource allocation and to permit specialised services when required)».

Il documento, dunque, pone in termini chiari la c.d. eccezione tecnica, ovvero riconosce la legittimità del comportamento dell'operatore teso a bloccare l'accesso o degradare la velocità in ragione di una migliore allocazione delle risorse e/o dell'esigenza di salvaguardare l'integrità della rete. Tuttavia, il BEREC riconosce che alcune prassi degli operatori potrebbero essere fonte di *«specific risks of undesirable behaviour causing harm to consumer welfare, competition in the different markets, and innovation»*, dato che *«(c)ertain practices might be used by operators to extend or maintain a position of strength in the market – affecting market competition through undue discrimination, degradation or blocking – ultimately to the detriment of consumers»*.

La soluzione prospettata dal BEREC si articola secondo quattro direttive di fondo: 1) non discriminazione tra gli operatori; 2) riconoscimento di un potere di controllo da parte dell'utente finale, definito come *«an important indicator of reasonableness when the practice is applied on the request of users at the edge, who can control and deactivate it. The level of control is deemed higher when the user does not incur costs for removing a restriction»*; 3) proporzionalità delle misure adottate e minimizzazione degli effetti collaterali; 4) adozione del modello dell'*application agnosticism*.

Per il BEREC la *net neutrality* pone (anche) un problema di diritto della concorrenza, il cui impatto *«depends, in particular, on the market power and vertical integration of the ISPs carrying out the traffic management»*: garantendo la concorrenza si garantisce anche la neutralità della rete, dato che una maggiore pressione sugli operatori in termini di incentivi alla concorrenza è in grado di influire sulla qualità dei prodotti per l'accesso e, nel contempo, scoraggiare l'ISP dall'intento di degradare la qualità dei servizi offerti. In questo senso, ad avviso

di chi scrive, recupera di importanza la problematica della trasparenza contrattuale: un utente debitamente informato, infatti, è in grado di scegliere a quale operatore rivolgersi, scegliendo sicuramente colui il quale non pone in essere condotte lesive del principio di neutralità della rete; analogo discorso vale per il fornitore di contenuti che, a ben vedere, nell'avviare la propria attività economica cercherà l'operatore che non limita in alcun modo il traffico generato. Pertanto, la trasparenza più importante è quella che riguarda il momento di formazione del contratto, quella che precede la conclusione dell'accordo tra le parti.

Con riguardo allo specifico problema della regolazione, il BEREC afferma ancora una volta che l'attuale quadro normativo è pienamente soddisfacente, confermando la propria idea secondo cui è compito delle ANR procedere all'attuazione degli istituti previsti.

Tra le istituzioni comunitarie, l'unica voce favorevole ad una regolamentazione del principio di neutralità delle rete proviene dal Comitato economico e sociale europeo che, in un parere del 2011¹⁹, sostiene la necessità di adottare un approccio proattivo, differente rispetto a quello seguito dalla Commissione e dal BEREC, essenzialmente basato sul rispetto dei principi di prevenzione e precauzione. Richiamando un suo precedente parere²⁰, il Comitato afferma che «la legislazione europea dovrebbe definire e sancire in maniera inequivocabile i principi di apertura e neutralità di Internet quale riconoscimento dei diritti dei cittadini enunciati nella Carta dei diritti

¹⁹ COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO, *Parere in merito alla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni – Apertura e neutralità della rete Internet in Europa*, 26 ottobre 2011.

²⁰ COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO, *L'approccio proattivo al diritto: un altro passo verso una migliore regolamentazione a livello dell'UE*, 28 luglio 2009, secondo cui adottare «un “approccio proattivo al diritto” significa conferire agli utenti del diritto capacità, poteri e responsabilità — un approccio realizzato da, con e per tali utenti, siano essi cittadini o imprese. L'idea è quella di una società in cui i cittadini e le imprese siano consapevoli dei propri diritti e doveri, possano accedere ai vantaggi che il diritto può offrire loro, conoscano i propri obblighi giuridici in modo da evitare i problemi laddove è possibile, e, laddove le controversie siano davvero inevitabili, possano risolverle tempestivamente e con i metodi più adatti».

fondamentali dell'UE». In particolar, pur condividendo il metodo impiegato – *id est*: la consultazione di tutte le parti interessate –, il Comitato stimola la Commissione ad elaborare i principi di apertura e neutralità della rete, secondo i seguenti principi:

«i. libertà e qualità dell'accesso a Internet

La Commissione dovrebbe concordare, in base a principi di interesse generale, una norma comune dell'UE sulla qualità minima del servizio, e assicurarsi che l'applicazione di tale norma sia efficacemente sorvegliata.

ii. non discriminazione tra i flussi di traffico Internet

In linea generale non dovrebbe essere consentito applicare ai singoli flussi di dati trattamenti differenziati in funzione del contenuto, del servizio, dell'applicazione, del dispositivo, dell'indirizzo di origine dei flussi o di quello di destinazione. Quanto sopra vale per tutti i punti situati lungo la rete, compresi i punti di interconnessione.

Sono ammesse eccezioni a tale principio, purché siano conformi agli orientamenti esposti nella raccomandazione proposta al punto iii.

iii. vigilanza sui meccanismi di gestione del traffico Internet

In deroga ai principi enunciati nelle proposte di cui ai punti i e ii, e per limitare qualsiasi possibile divergenza da essi, quando i fornitori applicano meccanismi di gestione del traffico per garantire la qualità dell'accesso a Internet, questi devono essere conformi ai principi generali di pertinenza, proporzionalità, efficacia, non discriminazione tra le parti e trasparenza.

iv. servizi gestiti

Al fine di salvaguardare la capacità di innovazione di tutti i soggetti coinvolti, gli operatori di comunicazioni elettroniche devono potere commercializzare, oltre all'accesso Internet, dei “servizi gestiti”, purché questi non pregiudichino la qualità dell'accesso a Internet rendendola insoddisfacente, e a condizione che i fornitori operino in conformità alla legislazione vigente in materia di concorrenza e alla normativa specifica del settore.

v. maggiore trasparenza nei confronti degli utenti finali e una gamma definita di informazioni normalizzate

Devono essere disponibili informazioni chiare, precise e pertinenti sui servizi e le applicazioni accessibili attraverso i fornitori, sulla qualità del servizio, sulle possibili limitazioni e sulle eventuali pratiche di gestione del traffico. La Commissione deve garantire che vi sia trasparenza per i consumatori, anche in termini di informazioni chiare sui termini e le condizioni, sul diritto a utilizzare qualsiasi applicazione conforme alla legge e sulle possibilità di cambiare gestore. La Commissione dovrebbe far sì che, sotto la propria guida, si avvii un dialogo più ampio e vengano introdotti meccanismi efficaci di coregolamentazione tra l'industria e le autorità nazionali di regolamentazione, allo scopo di concordare principi di trasparenza comuni all'intera UE e una serie normalizzata di informazioni».

In particolare, è evidente che per il Comitato la *net neutrality* è regola di concorrenza in grado di informare anche quelle offerte commerciali differenziate – per esempio, i c.d. servizi gestiti di cui al punto iv –, essenzialmente preordinata alla tutela della qualità dell'accesso a Internet.

La più recente evoluzione del dibattito nelle sedi europee sembra aver dato ragione alla appena ricordata posizione del Comitato: il tema della neutralità della rete, infatti, è affrontato nella già citata bozza di regolamento riguardante il c.d. mercato unico europeo delle comunicazioni elettroniche²¹ con spunti di grande interesse sintetizzabili nel modo che segue.

Il principio a fondamento del regolamento è introdurre un elevato livello di tutela del consumatore e regole chiare sulla neutralità della rete; l'accesso a una rete Internet aperta assurge a standard per i diritti degli utenti

²¹ COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce misure riguardanti il mercato unico europeo delle comunicazioni elettroniche e per realizzare un continente connesso, recante modifica delle direttive 2002/20/CE, 2002/21/CE e 2002/22/CE e dei regolamenti (CE) n. 1211/2009 e (UE) n. 531/2012*, 11 settembre 2013. La proposta è accompagnata da una particolareggiata comunicazione (COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni sul mercato unico delle telecomunicazioni*, 11 settembre 2013).

finali e le libertà delle imprese, finalmente armonizzati in un contesto comunitario.

Tuttavia, pur essendo la libertà di iniziativa economica più volte citata nell'ambito della relazione di accompagnamento della proposta in esame, da un'attenta analisi del testo presentato emerge che la parte più consistente della disciplina riguarderà i diritti degli utenti. Non a caso, il Capo IV è interamente dedicato ai "Diritti armonizzati degli utenti finali", ovvero di coloro i quali sono attori economici del c.d. mercato a valle: in particolare, per quel che qui rileva, è necessario citare l'art. 23, a mente del quale gli utenti finali sono liberi di consultare e diffondere informazioni e contenuti, nonché di utilizzare tramite l'accesso a Internet applicazioni e servizi da loro scelti. Gli stessi, inoltre, sono liberi di concordare con i fornitori di comunicazioni elettroniche o con i fornitori di contenuti, applicazioni e servizi l'erogazione di servizi specializzati con un livello di qualità del servizio superiore, fermo restando che l'erogazione dei servizi specializzati non deve pregiudicare in modo ricorrente o continuativo la qualità generale dei servizi di accesso a Internet. Pertanto, i fornitori di servizi di accesso a Internet non possono limitare le libertà riconosciute dall'art. 23 bloccando, rallentando, degradando o discriminando specifici contenuti, applicazioni o servizi, o specifiche categorie di essi, fatta eccezione per i casi in cui sia necessario applicare misure di gestione ragionevole del traffico, le quali devono essere trasparenti, non discriminatorie, proporzionate e necessarie a raggiungere uno dei seguenti obiettivi:

- a) attuare una disposizione legislativa o un provvedimento giudiziario, oppure impedire o ostacolare reati gravi;
- b) preservare l'integrità e la sicurezza della rete, dei servizi erogati tramite tale rete, e dei terminali degli utenti finali;
- c) impedire la trasmissione di comunicazioni indesiderate agli utenti che abbiano espresso previamente il loro consenso a tali misure restrittive;

d) minimizzare gli effetti di una congestione della rete temporanea o eccezionale, purché tipologie di traffico equivalenti siano trattate allo stesso modo.

A tutto ciò, si deve aggiungere che in ogni caso l'elaborazione dei dati deve essere necessariamente limitata a quanto necessario e proporzionato rispetto alla realizzazione degli obiettivi appena menzionati, pena l'ingiustificata violazione dell'art. 23.

Il compito di vigilare sul rispetto dei diritti sanciti nell'art. 23 spetta alle ANR, le quali devono monitorare la costante disponibilità di servizi di accesso a Internet non discriminatori, che possiedano livelli qualitativi al passo con il progresso tecnologico e che non siano compromessi dai servizi specializzati.

Nel testo del regolamento manca un esplicito riferimento alla tutela dei fornitori di contenuti, applicazioni e servizi digitali i quali – ai sensi del considerando n. 50 – sono liberi di concludere con i fornitori di comunicazioni elettroniche servizi specializzati basati su livelli definiti di qualità del servizio, purché tali accordi non compromettano in modo significativo la qualità complessiva dei servizi di accesso a Internet. Ad avviso di chi scrive, dunque, i fornitori di contenuti saranno i principali acquirenti dei servizi c.d. specializzati di cui parla l'art. 23 e, almeno in via interpretativa, saranno destinatari dei medesimi diritti riconosciuti in favore degli utenti in tema di neutralità della rete.

Il regolamento – atto con cui si dovrebbe chiudere un processo lungo ventisei anni, durante il quale si sono avute tante e importanti riforme nel settore delle telecomunicazioni – lascia insoddisfatti una parte del mondo delle imprese e alcune istituzioni operanti nel settore: ad esempio, il BEREC ha formulato parere negativo in merito alle recenti proposte con un documento²² che pone al centro del dibattito la questione del metodo impiegato: per l'Organismo, infatti, sarebbe stato auspicabile una maggiore partecipazione dei

²² BEREC, *BEREC views on the proposal for a Regulation "laying down measures to complete the European single market for electronic communications and to achieve a Connected Continent"*, 17 ottobre 2013.

soggetti interessati, magari tramite l'avvio di un'ulteriore consultazione pubblica.

Tuttavia, le osservazioni più interessanti attengono al contenuto del regolamento. Per il BEREC, bisogna correggere il testo attraverso una più dettagliata previsione degli obblighi imposti agli operatori. La proposta di regolamento è tutta incentrata sul riconoscimento di situazioni giuridiche attive – *id est*: i diritti degli utenti finali – mentre poco spazio è dedicato al tema dei correlativi obblighi. La questione è rilevante perché, afferma il BEREC, «*(a)ny legal obligation imposed on ISPs should be based on a reasonable interpretation of the quality expected for the transportation of applications*». D'altronde – ed è questo il secondo elemento di criticità denunciato – «*(t)he definition of specialised services is incomplete*» e ciò rende particolarmente difficile il compito affidato alle ANR, chiamate a controllare che vi sia equilibrio tra *specialised services* e servizi offerti alla generalità degli utenti. Infine, il BEREC lamenta il mancato *enforcement* dei c.d. protocolli agnostici, strumento tecnico in grado di ridurre il potere di controllo degli operatori, soprattutto in mancanza di una rigida tipizzazione delle pratiche vietate²³.

Come accennato, in chiusura di questo paragrafo faremo cenno all'esperienza di alcuni paesi membri dell'Unione europea. In particolare, prenderemo in considerazione il dibattito che si è sviluppato in Inghilterra, in Francia per poi concludere con il riferimento all'esperienza dell'Olanda e della Slovenia, gli unici paesi europei che hanno adottato una legge sul tema del *net neutrality*.

²³ Il giudizio del BEREC è sintetizzato nelle seguenti parole: «*BEREC is of the view that a more robust approach would be ensured by clarifying the extent of end-user freedom, by complementing the definition of specialised services, by clarifying their relationship to Internet Access Services, and by broadening the list of criteria to assess forbidden practices. Furthermore, the central role of NRAs should be clearly recognised in developing approaches to comparing IAS performance and measurement systems to identify degradation*» (BEREC, *BEREC views on the proposal for a Regulation “laying down measures to complete the European single market for electronic communications and to achieve a Connected Continent”*, 17 ottobre 2013, 8).

Nel 2010, l'Ofcom ha pubblicato un documento²⁴ con il quale ha avviato una propria consultazione sul tema, nel corso della quale sono stati affrontati argomenti in larga sovrapposizione a quelli già ricordati. Particolarmente interessante è l'analisi delle problematiche connesse al rapporto tra investimenti economici e pratiche di gestione del traffico, tematica assai ricorrente che si presta ad una ambigua ricostruzione. A tal proposito, Ofcom osserva che questo rapporto è stato inteso in due modi perfettamente antitetici, schematizzati nel modo che segue²⁵. Secondo un primo orientamento, gli operatori di rete hanno interesse a fare più investimenti solo nell'ipotesi in cui venga loro riconosciuto la libertà di introdurre *traffic management policies*. Il secondo modo di ragionare inverte i termini della questione e valuta negativamente le modalità di gestione del traffico, considerate la causa principale di una riduzione dei livelli di investimento.

La posizione dell'Autorità inglese è ripresa in un successivo documento²⁶ del 2011 che, per quel che qui rileva, esplicita due importanti concetti.

In primo luogo, Ofcom ritiene preferibile continuare a seguire un approccio fondato sulla cooperazione con gli ISP che, nel mercato britannico, hanno contribuito a dimostrare i vantaggi legati alla autoregolamentazione: ad esempio, a partire dal mese di luglio 2011 è disponibile sul sito istituzionale dell'Autorità una tabella con gli indicatori chiave per la valutazione e comparabilità delle offerte in merito alle pratiche di *traffic management* adottate²⁷.

²⁴ OFCOM, *Traffic management and 'net neutrality'. A discussion document*, 24 giugno 2010.

²⁵ OFCOM, *Traffic management and 'net neutrality'. A discussion document*, 24 giugno 2010, 32.

²⁶ OFCOM, *Ofcom's approach to net neutrality*, 24 novembre 2011.

²⁷ Ofcom esprime apprezzamento per questo procedimento che ha portato alla pubblicazione di una «*common Key Facts Indicator (KFI) table, summarising the traffic management policy for each package on offer*» (sul punto, si veda OFCOM, *Ofcom's approach to net neutrality*, 24 novembre 2011, 5).

Nel secondo elemento qui considerato rientra l'analisi dei requisiti concernenti la concorrenza fra i vari servizi Internet che, secondo l'Autorità, «*is only likely to be effective if:*

- *sufficient information is available to enable consumers to make the right purchasing decisions; and*
- *consumers are able to act on this information by switching providers where appropriate»²⁸.*

Nonostante le conclusioni appena ricordate, Ofcom mostra un atteggiamento di cautela, ancora una volta ispirato al criterio del «*wait and see*». Il regolatore deve limitarsi a monitorare l'evoluzione del mercato, in quanto il libero gioco della concorrenza potrebbe autonomamente neutralizzare gli effetti negativi di suddette pratiche, garantendo così la coesistenza tra qualità del servizio e tutela della concorrenza²⁹.

Spunti di riflessione sul tema *de qua* provengono anche dall'autorità francese di regolamentazione del settore, l'Autorité de Régulation des Communications Électroniques et des Postes³⁰ la quale, a seguito della consultazione pubblica svoltasi nella primavera del 2010, ha pubblicato un documento³¹ contenente alcune linee guida, vevoli sia per le reti fisse che per quelle mobili, con le quali ha inteso promuovere l'adozione di condotte conformi al principio della neutralità della rete: quest'ultimo è inteso come il riconoscimento agli utenti della piena libertà d'accesso alla rete e comporta la non discriminazione del trattamento dei dati in ragione dei contenuti, dei

²⁸ OFCOM, *Ofcom's approach to net neutrality*, 24 novembre 2011, 13.

²⁹ In merito al metodo impiegato dall'Ofcom e alle influenze nordamericane sul dibattito in Inghilterra, si veda il contributo di A. POWELL – A.COOPER, *Net Neutrality Discourses: Comparing Advocacy and Regulatory Arguments in the United States and the United Kingdom*, in *The Information Society*, 2011, Volume 27, 311 (in particolare, si veda quanto affermato a pag. 319: «(t)he notion that neutrality regulation is a “solution in search of problem” has played a central role in the U.S. debate, but, unlike Ofcom, those who put forth that notion in the United States have not typically also simultaneously acknowledged that discrimination is taking place. Ofcom's position – that discrimination exists but discrimination problems do not – seems contradictory»).

³⁰ Ricordata, anche più avanti, con l'acronimo di ARCEP.

³¹ ARCEP, *Neutralité de l'internet et des réseaux: propositions et orientations*, settembre 2010.

servizi, delle applicazioni e dei terminali impiegati; tecniche di gestione del traffico, pertanto, hanno un carattere eccezionale e devono rispondere ai criteri di rilevanza, proporzionalità ed efficienza.

Sempre con riguardo all'esperienza francese, si ricorda che nel 2011, il Conseil national du numérique³² ha approvato un consistente rapporto³³ in cui si sostiene in maniera chiara e netta che «(l)e cadre juridique actuel ne protège pas suffisamment la liberté d'expression et de communication des internautes»³⁴, soprattutto a causa dello sviluppo di pratiche di filtraggio da parte degli operatori del settore. Per il CNNum, il tema va trattato alla luce dei principi fondamentali del diritto francese e, per questa ragione, si richiede un intervento del legislatore che faccia recuperare centralità al ruolo dell'autorità giudiziaria nella salvaguardia di un diritto fondamentale quale è la libertà di manifestazione del pensiero. Non a caso, si precisa che «(e)n matière de filtrage, l'objectif doit être d'empêcher les restrictions aux échanges d'information sur internet, sauf dans les cas les plus graves et sur intervention du juge»³⁵. In questa frase, ad avviso di chi scrive, è chiaramente evidente il portato di una sensibilità giuridica che, partita proprio dalla Francia, ha imposto anche in altri sistemi giuridici la riserva di legge e la riserva di giurisdizione come baluardi imprescindibili per la tutela delle libertà fondamentali³⁶.

³² Il CNNum, acronimo con il quale viene ricordato il Conseil national du numérique, è una commissione consultiva indipendente che si occupa delle principali questioni derivanti dall'impatto che le innovazioni tecnologiche hanno sull'economia e sulla società.

³³ CNNum, *Rapport relatif a l'avis net neutralite*, 1° marzo 2011.

³⁴ Sul punto, si veda in particolare quanto affermato in CNNum, *Rapport relatif a l'avis net neutralite*, 1° marzo 2011, 6.

³⁵ CNNum, *Rapport relatif a l'avis net neutralite*, 1° marzo 2011, 58.

³⁶ La tematica delle riserve di legge e di giurisdizione è stata oggetto di ampi studi e ricerche da parte della dottrina costituzionalistica. Per quel che rileva ai fini del discorso sviluppato nel testo, si veda la posizione di G. PUCCINI, *La tutela dei diritti di libertà fra riserva di legge e garanzie procedurali: una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 1990, 4, 182. Senza alcuna pretesa di esaustività del tema, si vedano anche le ricostruzioni sistematiche di: S. FOIS, *La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963; A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1969; P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1987; G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del*

Infine, si ricorda che gli unici due paesi ad aver tradotto in norma giuridica il principio della *net neutrality* sono l'Olanda³⁷ e la Slovenia³⁸: si tratta, soprattutto con riguardo all'esperienza olandese, di un tentativo apprezzabile, caratterizzato dalla volontà di coniugare libertà economiche e diritti fondamentali degli utenti.

2. Il quadro italiano tra proposte di legge e interventi dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Il vivace dibattito che ha caratterizzato l'ordinamento americano e, almeno in parte, l'esperienza europea ha avuto una certa eco anche in Italia, dove un timido tentativo del legislatore di occuparsi del tema della *net neutrality* è stato seguito da un più consistente intervento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni³⁹. Analizzeremo questi due filoni seguendo un ordine cronologico.

Il 23 luglio 2009 è stato presentato alla Presidenza del Senato della Repubblica un disegno di legge contenente “Disposizioni per garantire la neutralità delle reti di comunicazione, la diffusione delle nuove tecnologie telematiche e lo sviluppo del *software* aperto”⁴⁰.

diritto, Torino, 1987; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, Padova, 2009. Con specifico riferimento alla riserva di giurisdizione e all'influenza che quest'istituto ha sulla tutela delle libertà costituzionali è sempre valido il contributo monografico di V. ANGIOLINI, *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali*, Padova, 1993.

³⁷ La regola della *net neutrality* è contenuta nell'art. 7, quarto comma, lett. a) della *Telecommunicatiewet*. Il testo della norma è consultabile al seguente *link*: http://wetten.overheid.nl/BWBR0009950/Hoofdstuk7/Artikel74a/geldigheidsdatum_14-01-2014.

³⁸ Il principio della *net neutrality* è stato codificato negli artt. 132, 133 e 203 della recente legge sulle comunicazioni elettroniche (*Elektronskih komunikacijah*), pubblicata sulla Gazzetta ufficiale n. 109 del 31 dicembre 2012.

³⁹ Ricordata nel testo con l'acronimo AGCOM.

⁴⁰ XVI LEGISLATURA, A.S. 1710, disegno di legge contenente “Disposizioni per garantire la neutralità delle reti di comunicazione, la diffusione delle nuove tecnologie telematiche e lo sviluppo del *software* aperto”, comunicato alla Presidenza il 3 luglio 2009.

Il progetto – come si legge nella relazione di accompagnamento – ha come riferimento un precedente progetto di legge della regione Sardegna e persegue il dichiarato obiettivo di preservare la neutralità delle reti di comunicazione, la diffusione delle nuove tecnologie telematiche e lo sviluppo del *software* aperto al fine di garantire «l'affermazione della democrazia e il riconoscimento di pari dignità e diritti fra i cittadini». Si afferma, quindi, in maniera chiara che sussiste un forte legame tra neutralità della Rete e diritti dei *net-citizens*: non a caso, nel prosieguo della relazione si legge che la gestione del traffico da parte dell'operatore deve essere assolutamente rispettosa dei diritti individuali degli utenti, ovvero non deve discriminare tra utenti sulla base del contenuto del traffico né degli interlocutori coinvolti nella comunicazione né delle applicazioni o servizi utilizzati. Non a caso, si ribadisce in più punti il concetto secondo cui una rete neutrale è garanzia di democrazia.

Il disegno di legge, tuttavia, non esclude in maniera assoluta la possibilità di limitazioni all'accesso, alla luce della seguente precisazione: ogni eventuale limitazione nell'accesso non può che avvenire su esclusiva e specifica richiesta degli utenti stessi e non può in alcun caso essere unilateralmente imposta dal fornitore di accesso ad Internet.

Una rete neutrale implica, inoltre, che il suo dimensionamento sia in grado di supportare senza congestioni il traffico generato dagli utenti nei momenti di picco di utilizzo. Per questa ragione è molto importante garantire un perfetto equilibrio tra le potenzialità elaborative dei computer degli utenti e le capacità della rete di trasmissione, anche attraverso interventi strutturali. Appare, dunque, interessante la considerazione sviluppata in merito alla costruzione di una rete di nuova generazione in fibra ottica, infrastruttura in grado di offrire una capacità trasmissiva tendenzialmente illimitata, salvo le limitazioni causate dai dispositivi di trasmissione e ricezione. Si potrebbe, forse, leggere in questo passaggio la volontà politica di considerare il tema della banda ultra larga – che rappresenta, sicuramente, una soluzione

tecnologica in grado di ridurre i problemi della neutralità della rete – in maniera più approfondita rispetto al passato?

La positivizzazione della regola della *net neutrality* è contenuta nell'art. 5, il quale testualmente afferma:

«Al fine di garantire la neutralità e la trasparenza nelle condizioni di accesso, i fornitori di accesso nell'erogazione dei servizi di accesso alla rete *internet*, sono tenuti a specificare la banda minima garantita, la banda massima raggiungibile, il tasso di concentrazione verso le reti nazionali e le condizioni tecnologiche in relazione ai livelli di traffico verso le reti internazionali.

L'accesso alla rete deve essere garantito con qualsiasi dispositivo a condizioni di neutralità rispetto ai contenuti, ai servizi, alle applicazioni ed agli apparati terminali, e a condizioni economiche ed operative eque, ragionevoli e non discriminatorie.

Sono vietate le interruzioni selettive o le variazioni delle prestazioni dei collegamenti in funzione dell'uso di determinati tipi di apparati terminali, servizi, applicazioni o contenuti, anche per brevi istanti».

Pertanto, si prevede espressamente che i fornitori di accesso alla rete non possano discriminare la qualità del servizio sia nelle comunicazioni tra propri utenti sia nelle comunicazioni tra un proprio utente e utenti di altro operatore, con la conseguenza che è sempre garantito un accesso base definito nel rispetto di condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie e secondo le modalità tecniche del *best effort*.

Il principio, dunque, è affermato in maniera molto chiara e soddisfacente, soprattutto se si tiene in considerazione il fatto che il disegno di legge in esame è stato presentato nel 2009, ben un anno prima dell'adozione da parte della FCC dell'atto che introduce la *net neutrality* nell'ordinamento nord-americano.

Tuttavia, l'A.S. 1710 non è esente da rilievi di criticità. Il più evidente è contenuto nel secondo comma dell'art. 6, ove si prevede che ogni limitazione

delle condizioni di accesso deve essere richiesta ed autorizzata in maniera esplicita dall'utente per il singolo servizio, applicazione o contenuto e deve essere in ogni momento recedibile. Ad avviso di chi scrive, questa disposizione avrebbe seriamente messo in pericolo l'utilità – oltre che l'effettività – del principio di cui all'art. 5, dato che sarebbe stato sufficiente per l'ISP ottenere la (facile) sottoscrizione dell'utente di una condizione contrattuale conforme al secondo comma dell'art. 6. La disposizione, inoltre, non merita un giudizio favorevole in ragione del riconoscimento della possibilità di recedere dal contratto, posto che tale diritto non è precisato nei contenuti e nelle modalità: per esempio, non è chiaro se l'esercizio del recesso riguardi la sola clausola contrattuale o invece, investa l'intero contratto.

Per quel che qui rileva, il disegno di legge si con l'individuazione di nuove competenze dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni: quest'ultima, infatti, avrebbe dovuto vigilare sulla corretta applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 5 e 6, potendo, nei casi di violazione, irrogare una sanzione amministrativa, la cui quantificazione nel minimo e nel massimo è preventivamente fissata dal legislatore⁴¹.

Il tema della *net neutrality* è al centro di un secondo disegno di legge⁴², il cui preciso obiettivo è disciplinare le pratiche di *network management* poste in essere da parte degli operatori, in particolare di quelle che, per finalità varie, privilegiano determinate comunicazioni elettroniche a discapito di altre. A differenza di quanto affermato nella relazione di accompagnamento del primo disegno di legge, in questo caso si afferma in termini chiari e netti che l'impatto di dette pratiche di *network management* si traduce in una non-neutralità della rete e può comportare numerose conseguenze tra le quali: a) non-neutralità rispetto alla linea di accesso dell'utente, dove il servizio erogato viene differenziato, ad esempio con riferimento alla velocità della linea, alla

⁴¹ Ai sensi dell'art. 7, l'AGCOM avrebbe potuto irrogare sanzioni da un minimo dell'1 per cento ad un massimo del 10 per cento del fatturato annuo del fornitore di accesso.

⁴² XVI LEGISLATURA, A.S. 2576, disegno di legge contenente "Disposizioni per garantire i principi di neutralità della rete e per promuovere condizioni di concorrenza e di sviluppo sostenibile nel contesto di *internet*", comunicato alla Presidenza il 24 febbraio 2011.

banda minima garantita o alla quantità di traffico mensile; b) non-neutralità nei confronti di specifici fornitori di servizi o contenuti, dove il fornitore di servizi Internet blocca o rallenta o, viceversa, migliora l'accesso del proprio parco clienti ad uno specifico fornitore di servizi o contenuti rispetto ad altri; c) non-neutralità rispetto al tipo di traffico generato dall'utente che consiste nel penalizzare/favorire un certo tipo di traffico rispetto ad un altro in base, ad esempio, al *provider* utilizzato dall'applicazione.

Il disegno di legge esplicita in maniera chiara gli obiettivi perseguiti, sintetizzati all'art. 1 nel modo che segue:

1) favorire le condizioni per la massima diffusione di Internet e il superamento del divario digitale in un contesto di (libero) mercato e di concorrenza;

2) promuovere e preservare gli investimenti per l'installazione delle reti di comunicazione elettronica a banda larga, per il loro continuo aggiornamento tecnologico e per la loro espansione sul territorio nazionale;

3) favorire lo sviluppo, l'innovazione e la diffusione delle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione in tutto il territorio nazionale;

4) promuovere la diffusione della conoscenza delle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione;

5) assicurare il diritto di scelta dell'utenza finale attraverso la trasparenza, la completezza e la comprensibilità delle condizioni commerciali e tecniche delle offerte;

6) garantire condizioni di effettiva accessibilità e di non discriminazione per i soggetti operanti nel contesto di Internet, avendo riguardo ai diversi ruoli svolti, all'apporto in termini di valore e alle eventuali asimmetrie regolamentari in rapporto ai contesti normativi di riferimento.

L'art. 4 intreccia il profilo della trasparenza nelle condizioni di accesso con quello della neutralità della rete, laddove testualmente prevede che:

«Al fine di assicurare la trasparenza nelle condizioni di accesso ad *internet*, i fornitori di connettività e i fornitori di *internet* sono tenuti a garantire, in qualsiasi momento, informazioni complete e facilmente comprensibili in merito alle condizioni tecniche ed economiche del servizio offerto.

In nessun caso i fornitori di connettività possono escludere dalla propria offerta commerciale specifici contenuti o servizi. Le eventuali differenziazioni di prezzo, le interruzioni selettive o le variazioni delle prestazioni in funzione dell'uso di determinati tipi di rete, apparati terminali, servizi, applicazioni, protocolli o contenuti sono applicate sulla base del principio di ragionevolezza e sono, in ogni caso, comunicati in modo chiaro all'utenza, privilegiando forme di pubblicità attraverso apposite pagine *internet* a disposizione dell'utenza e relative alle offerte in questione».

I compiti dell'Autorità di settore sono fissati nell'art. 5, norma che prevede funzioni di controllo e poteri sanzionatori: i primi sono svolti dall'AGCOM con la collaborazione dei fornitori di connettività e possono sostanziarsi in *test* di rilevazione periodica delle prestazioni assicurate, idonee a misurare il grado di soddisfazione dell'utenza in relazione alle specifiche offerte; i secondi sono esercitati ai sensi dell'art. 98 del Codice delle comunicazioni elettroniche, di cui al decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, e legittimano l'adozione di sanzioni amministrative pecuniarie.

Proprio con riguardo a quest'ultimo profilo – l'esercizio del potere sanzionatorio – si sarebbero riscontrati, a mio avviso, non pochi problemi in sede applicativa. A ben vedere, la norma, originariamente concepita con riguardo all'installazione e fornitura di reti di comunicazione elettronica e alla installazione o esercizio di impianti di radiodiffusione sonora o televisiva, mal si adatta alla specifica violazione presa in considerazione dal disegno di legge in rassegna e, presumibilmente, avrebbe ampliato in maniera eccessiva la discrezionalità dell'Autorità sanzionatrice: a ben vedere, infatti, l'AGCOM avrebbe potuto scegliere in quale delle varie disposizioni dell'art. 98 far

ricadere la condotta sanzionata con esiti non indifferenti dato che l'ammontare della sanzione muta sensibilmente in ragione del tipo di infrazione riscontrata.

I lavori parlamentari sul tema della *net neutrality* non sono rappresentati esclusivamente da questi due disegni di legge, accomunati per il tema trattato e per la sorte che hanno avuto: per completare il discorso, infatti, pare opportuno far cenno anche ad un interessante atto di sindacato ispettivo⁴³ – riguardante, in generale, la salvaguardia della riservatezza degli utenti italiani – che offre un interessante spunto di riflessione sul tema *de qua*. In particolare, il documento mira a comprendere la veridicità della notizia riportata dagli organi di stampa secondo cui alcuni dirigenti della Polizia postale italiana avrebbero sottoscritto a Palo Alto, in California, un accordo con il noto social network Facebook al fine di permettere alle Forze dell'ordine italiane di irrompere nelle piattaforme tecnologiche e accedere – anche in mancanza di autorizzazione da parte della competente autorità giudiziaria – ai profili e ai dati riservati degli utenti italiani. Nonostante la smentita ufficiale del direttore della Polizia postale e delle comunicazioni del Dipartimento di sicurezza, la notizia destò grande scalpore e, per questa ragione, alcuni senatori decisero di presentare un atto di sindacato ispettivo al fine di conoscere, tra l'altro, quali iniziative fossero state adottate dalle competenti autorità politiche e amministrative al fine di garantire la riservatezza degli utenti e per concorrere alla diffusione di un «*bill of rights della rete*»⁴⁴ in grado di assicurare apertura, libertà, sicurezza e una corretta gestione della cosiddetta *net neutrality*, definita come «l'indipendenza della struttura di rete rispetto alla tipologia dei dati e contenuti da essa trasmessi».

⁴³ XVI LEGISLATURA, A.S. Atto n. 4-04038, pubblicato il 9 novembre 2010, Seduta n. 454.

⁴⁴ Sulla tematica dell'esigenza di una Costituzione per Internet si veda la sintesi delle varie opinioni espresse in dottrina di G. DE MINICO, *Intenet. Regola e anarchia*, Roma, 2012, 196. L'Autrice si occupa della costituzionalizzazione di Internet sia sul piano delle fonti del diritto, sia sul piano valoriale. In particolar modo, con riguardo a quest'ultimo aspetto, si veda anche ID., *Diritti Regole Internet*, in *Costituzionalismo*, 2011, 2.

Il tema della *net neutrality* è stato analizzato anche dall'AGCOM con atti che, tuttavia, non sempre hanno avuto il merito di garantire la corretta applicazione di questo principio.

Tra i primi interventi della Autorità si ricorda la delibera n. 39/11/CONS, recante un'indagine conoscitiva⁴⁵ concernente le garanzie dei consumatori e la tutela della concorrenza con riferimento ai servizi vocali su protocollo internet (VoIP) e al traffico p2p su rete mobile. In questo caso, l'AGCOM prende in considerazione le reti mobili, un'infrastruttura caratterizzata da risorse frequenziali condivise in modo dinamico tra i diversi utenti e, dunque, da maggiori problemi di congestione rispetto alla rete fissa.

Nell'allegato alla delibera si distinguono i dati in base a vari criteri, tra cui la tempistica necessaria per la richiesta e la quantità dei dati trasmessi. In particolare, alla luce del primo criterio, l'Autorità ricorda che si è soliti

⁴⁵ Per completezza di esposizione, si ricorda che l'esigenza di avviare una indagine conoscitiva sul tema della neutralità della rete era stata già segnalata nell'ambito di uno dei due disegni di legge sopra menzionati che, con una norma condivisibile, aveva espressamente individuato un compito immediato dell'AGCOM e un compito continuativo del Ministero competente. In particolare, ci si riferisce all'art. 6 del citato disegno di legge n. 2576, secondo cui: «Entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in collaborazione con il Garante per la protezione dei dati personali, promuovono un'indagine conoscitiva sull'andamento del mercato e della concorrenza nel contesto di *internet*.

L'indagine di cui al comma 1 è volta a:

- a) valutare le condizioni competitive dei diversi soggetti operanti nel contesto di *internet* ed il relativo rischio d'impresa;
- b) valutare gli effetti dell'intervento pubblico e della disparità di condizioni competitive nel contesto globale;
- c) valutare l'accesso a risorse essenziali, quali ad esempio determinate applicazioni o piattaforme;
- d) valutare l'evoluzione del mercato pubblicitario;
- e) individuare eventuali proposte normative dirette a promuovere gli investimenti e l'innovazione e ad agire da incentivo alla concorrenza ed alla sostenibilità dell'attività delle imprese coinvolte.

I risultati dell'indagine di cui al comma 1 sono trasmessi alle Camere, al Ministero dello sviluppo economico ed alla Commissione europea, e sono pubblicati sui siti *internet* dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Il Ministro dello sviluppo economico, in collaborazione con l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, predisponde, con cadenza triennale, una relazione sullo stato di attuazione della presente legge.

La relazione di cui al comma 4 è presentata alle Camere entro il 31 dicembre di ogni triennio».

classificare come *real-time service* (servizi sincroni) le applicazioni che necessitano di una frequente e continua interazione tra i soggetti coinvolti nella comunicazione: il VoIP, ma anche i servizi di videoconferenza e i giochi *online* rientrano in questa categoria, dato è necessario garantire la sovrapposizione tra il momento dell'invio e quello della ricezione dei pacchetti, pena la qualità e il successo della comunicazione stessa⁴⁶. Di contro, vengono definiti *deferred service* (servizi asincroni) quelle comunicazioni in cui la criticità principale è legata all'affidabilità e non all'istantaneità della trasmissione: lo scambio di messaggi di posta elettronica, la navigazione in rete e il download di files, sia da altri utenti che da server centralizzati, sono servizi che non richiedono un'interazione costante tra gli attori coinvolti.

Come anticipato, l'Autorità precisa che è possibile seguire un'altra tipizzazione, essenzialmente basata sulla quantità dei dati trasmessi dai vari servizi. In questo caso, dunque, si rende necessario valutare quanta banda viene occupata dalla fornitura di un determinato servizio⁴⁷. Le applicazioni che richiedono un elevato traffico di dati in rete (*high bitrate service*) vengono definite come servizi intensivi: in questa nozione ricadono il p2p, servizi di *online gaming* e di trasmissione video. Di contro, le comunicazioni con un basso impatto sulla rete, almeno in termini volumetrici, quali ad esempio la posta elettronica e la navigazione via browser vengono definiti servizi estensivi o diffusivi (*low bitrate service*).

La classificazione proposta in questa delibera dell'AGCOM ha un immediato rilievo sul piano delle politiche di gestione della rete da parte dell'operatore, dato che i servizi sincroni intensivi, quali i giochi *online* e, soprattutto, la telemedicina richiedono la trasmissione di elevati volumi di dati in brevi intervalli di tempo. Non a caso, la dottrina che si è occupata della e-

⁴⁶ La questione si palesa in tutta la sua rilevanza se si tiene presente che l'Autorità stima che, limitatamente ad una chiamata VoIP, il ritardo è tollerabile nell'ordine delle centinaia di millisecondi. Sul punto, si veda anche la posizione dell'ITU, che nella raccomandazione G.114 suggerisce, come ritardo tra i due estremi della comunicazione un valore massimo pari a 200 ms.

⁴⁷ In termini tecnici, ci si riferisce al c.d. *bitrate*, inteso genericamente come quell'indice che mette in correlazione l'ammontare di dati (bit) con l'unità di tempo (rate).

health ha sottolineato che oltre alle ragioni giuridiche, il mancato sviluppo di questa tecnologia nell'ambito del nostro sistema è collegato anche a motivazioni di ordine tecnico ed economico. La velocità di connessione richiesta è strettamente dipendente dal tipo di prestazione medica offerta, con la conseguenza che «si rende necessario l'utilizzo di tecnologie che consentano un'accettabile velocità di trasmissione del segnale come la banda larga (es. adsl) o ultra-larga (es. fibra ottica)»⁴⁸ per garantire l'utilità del servizio offerto.

Nel prosieguo della delibera, si affrontano le problematiche strettamente riguardanti il diritto della concorrenza e si osserva che, in termini generali, i problemi di *traffic management* – terminologia comprensiva del *blocking* a danno del *content provider*, della *prioritisation*, dell'*access tiering* e della *degradation* – «non costituiscono per se un'alterazione del corretto funzionamento del gioco concorrenziale in quanto possono essere adottate, da un lato, per ragioni di carattere generale, ad esempio in attuazione di specifiche disposizioni normative, oppure, dall'altro lato, con il fine di allocare in modo più efficiente le risorse disponibili attraverso la produzione di nuovi servizi contraddistinti da più elevati livelli di qualità». Per l'Autorità, dunque, le diverse forme di discriminazione possono essere l'indice di una forza detenuta dall'ISP, una posizione che va intesa in senso ampio, «prescindendo dalla nozione di significativo potere di mercato codificata dal diritto della concorrenza»⁴⁹.

Tuttavia, la principale preoccupazione dell'Autorità è altra ed è conseguenza dell'idea secondo cui Internet rappresenta una piattaforma vitale per la partecipazione politica, culturale e sociale del cittadino europeo; pertanto, ogni forma di limitazione del traffico dati potrebbe rischiare di

⁴⁸ M. VIGGIANO, *E-health e telemedicina: quali vantaggi sociali?*, in G. DE MINICO (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti. Banda larga e servizi a rete*, Napoli, 2010, 238. L'Autrice precisa che per avere risultati ottimali, almeno in una prima fase di sviluppo del servizio, non è necessario procedere ad una cablatrice dell'intero paese con reti di nuova generazione, nella misura in cui è sufficiente assicurare una rete interna tra gli ospedali coinvolti nel progetto.

⁴⁹ In merito a questo specifico punto, si segnala anche la posizione dell'Autorità di settore inglese, secondo cui «*one substantial concern expressed about traffic management is that may lead to anti-competitive discrimination*» (OFCOM, *Traffic Management and 'net neutrality'*. *A discussion document*, 24 giugno 2010, 24).

rappresentare una lesione delle nuove frontiere della democrazia digitale, obiettivo perseguito anche in ambito comunitario⁵⁰. Per questa ragione, l'Autorità non manca di evidenziare un principio assolutamente condivisibile in punto di diritto che, tuttavia, è stato in più occasioni tradito dallo stesso operato dell'Autorità: la posizione è chiarita nel passaggio in cui si legge che ogni decisione concernente il più generale tema della regolazione di Internet dovrebbe tener conto di delicati valori coinvolti, evitando il contrasto con i principi e le libertà fondamentali espressamente riconosciuti in ambito comunitario e nazionale. Non a caso, l'Autorità precisa anche quali sono i parametri di rilievo costituzionale che informano le sue attività istituzionali: in particolare, coerentemente con quanto stabilito dall'art. 3, secondo comma, della Costituzione, l'intervento pubblico trova giustificazione ogni qualvolta esso miri a rimuovere gli ostacoli sociali ed economici che limitano le libertà e l'autonomia negoziale dell'individuo.

L'azione regolatrice, pertanto, interviene in senso correttivo e persegue l'obiettivo di riequilibrare le diverse condizioni di partenza. Ne consegue che la possibilità di libero accesso e di libera scelta di contenuti, servizi e applicazioni nel web attraverso l'impiego delle nuove tecnologie da parte dell'utente finale è estrinsecazione delle fondamentali libertà di espressione e di comunicazione fra privati e potrebbe risultare in posizione di supremazia rispetto a quanto previsto dallo stesso art. 41 Cost., in tema di tutela della iniziativa economica privata⁵¹.

⁵⁰ Il tema della *e-participation* è fortemente avvertito dalle istituzioni europee. In questa sede, sia consentito il solo rinvio a COMMISSIONE EUROPEA, *European eParticipation Summary Report*, novembre 2009, che si inserisce nell'ambito delle politiche dell'Agenda digitale per l'Europa.

⁵¹ È interessante notare che nello svolgimento del ragionamento ricordato nel testo è fatto un breve cenno alla questione della tutela del diritto d'autore online. Sul punto, la posizione dell'Autorità è sintetizzata con le seguenti parole: «La possibilità di distribuire e scambiare contenuti protetti attraverso i canali digitali spesso determina uno sfruttamento economico incontrollato degli stessi, senza che i legittimi titolari siano in condizione di attivare effettive forme di tutela. In altri termini, la libertà di espressione in internet esercitata attraverso il libero scambio dei dati potrebbe scontrarsi con l'interesse degli autori a tutelare i diritti di sfruttamento esclusivo e ad ottenere un'equa remunerazione per l'opera diffusa» (si richiama espressamente il documento contenente i

La delibera appena analizzata ha come principale oggetto di indagine l'analisi della neutralità della rete mobile. Il tema *de qua* è stato analizzato invece, nei suoi tratti più generali con la delibera n. 40/11/CONS che ha previsto l'avvio di una consultazione pubblica i cui risultati sono stati resi noti con la delibera n. 714/11/CONS.

Il primo dato che merita interesse è rappresentato dalla scelta di procedere ad una pubblica consultazione, procedimento disciplinato, ai sensi all'art. 11 del già ricordato Codice delle comunicazioni elettroniche, dalla delibera n. 453/03/CONS del 23 dicembre 2003.

Ad avviso di chi scrive, l'Autorità non avrebbe potuto seguire una strada alternativa, dato che l'art. 11 impone all'Autorità – o, nei casi di propria competenza, al Ministero – di consultare gli *stakeholder* quando i provvedimenti da adottare contemplino limitazioni che, conformemente all'art. 14, terzo e quarto comma, abbiano un impatto rilevante sul mercato di riferimento: a ben vedere, infatti, queste ultime disposizioni, pur disciplinato in maniera specifica la gestione delle radiofrequenze per i servizi di comunicazione elettronica, ben possono essere interpretati in maniera estensiva, includendo anche le limitazioni riguardanti Internet che mirino a «garantire il conseguimento di un obiettivo di interesse generale conformemente al comma 5» dell'art. 14, norma che codifica il principio della promozione della diversità culturale e linguistica e quello del pluralismo dei media. Non deve sorprendere, dunque, il fatto che anche la giurisprudenza amministrativa si sia soffermata, in più occasioni, sulla natura obbligatoria della procedura *de qua*: in un'importante decisione, ad esempio, i giudici hanno affermato che in presenza di atti con impatto rilevante sul mercato di riferimento si impone all'Autorità una fase di

“Lineamenti di provvedimento concernente l'esercizio delle competenze dell'Autorità nell'attività di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica” (avviata con la delibera n. 668/10/CONS). Quanto la posizione appena espressa sia in linea con il principio formulato dalla stessa Autorità è elemento di un vivace dibattito che ci riserviamo di affrontare nel Capitolo III.

consultazione con le parti interessate, le quali debbono essere poste in condizione di presentare osservazioni sulla proposta di provvedimento⁵².

Nel testo della delibera n. 40/11/CONS, si ricorda che il tema è stato ampiamente analizzato anche in altri ordinamenti giuridici e che, in molti casi, è stato scelto proprio il procedimento della consultazione pubblica. In particolare, si citano i seguenti atti:

a) Commissione europea, *Questionnaire for the public consultation on the open internet and net neutrality in Europe*, 30 giugno 2010;

b) FCC, *Report and order n. 10-201*, 21 dicembre 2010;

c) ARCEP, *Neutralité de l'internet et des réseaux: propositions et orientations*, settembre 2010;

d) BEREC, *Response to the European Commission's consultation on the open Internet and net neutrality in Europe*, 30 settembre 2010;

e) OFCOM, *Traffic management and 'net neutrality'. A discussion document*, 24 giugno 2010;

f) Canadian Radio-television and Telecommunications Commission⁵³, *Review of the internet traffic management practices of internet service providers*, ottobre 2009⁵⁴;

⁵² CONSIGLIO DI STATO, SEZIONE VI, sentenza 4 agosto 2009, n. 4908, in *Foro Amministrativo – C.d.S.*, 2009, 7-8, 1868. La questione *sub judice* concerne una delibera con la quale veniva imposto agli operatori di telefonia fissa di attivare automaticamente il blocco permanente delle chiamate dirette verso numerazioni per servizi a sovrapprezzo. Ad avviso del Consiglio di Stato, tuttavia, la fase di consultazione e di trasparenza della procedura, di cui all'art. 11 del Codice delle comunicazioni elettroniche, non può ritenersi soddisfatta con un'audizione limitata alle associazioni rappresentative dei consumatori e al solo maggiore operatore di telefonia fissa. A ben vedere, proprio in presenza di una scelta tesa ad individuare modalità di più intensa tutela degli abbonati, si deve garantire la cognizione dell'iniziativa provvedimento da parte della più vasta platea possibile di operatori di telefonia fissa, dei centri di servizi, dei soggetti imprenditoriali coinvolti dalle decisioni, onde consentire loro di introdurre nel procedimento ogni utile elemento ed osservazione di parte.

⁵³ Normalmente ricordata dagli addetti ai lavori con l'acronimo CRTC.

⁵⁴ Sull'esperienza canadese, un giudizio sostanzialmente positivo è espresso da D. MAC SÍTHIGH, *Regulating the Medium: reactions to network neutrality in the European Union and Canada*, in *Journal of Internet law*, 2011, Volume 14, 8, 10, secondo cui «(i)n Canada, the CRTC also dealt with the network neutrality issue in a fairly serious way, both as an aspect of broader policy discussions and in its own right. There is little enthusiasm on the part of the relevant ministers to enact legislation, although Geist

g) Swedish Post and Telecom Agency⁵⁵, *Open Networks and Services*, novembre 2009;

h) Norwegian Post and Telecommunications Authority⁵⁶, *Network neutrality – Guidelines for internet neutrality*, febbraio 2009.

In primo luogo, è bene ricordare che l'AGCOM affronta il tema proponendo una tripartizione dei problemi, così come si legge nella delibera n. 714/11/CONS: la neutralità della rete, infatti, è valutata avendo riguardo alla tutela dei consumatori, alla tutela della concorrenza e alla natura aperta di Internet. Tutte le questioni, inoltre, sono affrontate senza alcun pregiudizio, così come dimostra il fatto che si arriva ad affermare che il *traffic management* non costituisce *in re ipsa* un fallimento del mercato né tantomeno una riduzione delle opportunità a disposizione dell'utente finale. Da ciò discende che per l'Autorità, la questione principale è individuare «l'approccio regolamentare preferibile nell'affrontare i potenziali rischi ingenerati dall'attuazione di forme di gestione del traffico».

D'altronde, le crescenti opportunità rese disponibili dai nuovi mezzi di comunicazione consentono l'adozione di inedite forme di gestione del traffico orientate a garantire un uso più efficiente delle risorse scarse e un ampliamento dell'offerta commerciale, attraverso la differenziazione della qualità dei diversi servizi offerti.

Tuttavia, come più volte detto, il problema non può essere ridotto all'analisi dei soli profili tecnologici: il tema della *net neutrality*, infatti, ha immediate ripercussioni sul piano giuridico ed economico, così come

argues trenchantly that the position of the major Canadian telecommunications firms means that the dangers associated with non-neutrality are both serious and possibly imminent. Indeed, as noted above, it was a Canadian telecommunications carrier and ISP (Telus) who provoked one of the earliest recorded net neutrality disputes, when it prevented its subscribers from accessing the Web site of the trade union representing its own workers during an industrial dispute. Although this was resolved with haste, subsequent events in Canada have provoked a discussion of possible policy responses, despite initial skepticism that the issue was one for government at all. Documents disclosed under freedom of information law show how Industry Canada supported a "market forces" approach and advised the Minister against supporting a policy response».

⁵⁵ Convenzionalmente ricordata con l'acronimo PTS.

⁵⁶ L'acronimo, in questo caso, è NPT.

dimostrano le riflessioni che la stessa Autorità compie, ad esempio, sulla scorta degli interventi degli *stakeholder* in tema di meccanismi di fissazione dei prezzi (c.d. *pricing*).

A ben vedere, un sistema seriamente orientato a garantire la neutralità della rete deve regolare anche le modalità di fissazione dei prezzi adottati da parte dei fornitori di accesso, con la conseguenza che il dibattito sulla *net neutrality*, pur nascendo come riflessione sugli effetti che l'uso di diversi protocolli trasmissivi può avere sullo sviluppo di Internet, deve coprire anche l'analisi dei sistemi di *pricing*. L'apertura di Internet, pertanto, non è insensibile al prezzo dei servizi digitali e, per l'Autorità, talvolta prescinde dall'attuazione delle sole problematiche di *traffic management*.

Ad avviso di chi scrive è l'analisi congiunta dei due problemi a fornire un quadro chiaro entro cui sviluppare una teoria della neutralità della rete; problematiche tecniche e questioni giuridico-economiche sono strettamente collegate tra loro e influiscono direttamente sulla soluzione del problema in punto di diritto: garantire l'uguaglianza degli operatori e dei consumatori che fruiscono dell'accesso a Internet.

Entrando nel merito delle posizioni espresse da parte degli operatori, l'Autorità descrive uno scenario caratterizzato da una linea comune che, seppur con sfumature diverse, suggerisce di adottare una definizione di *net neutrality* fondata sui principi di libertà, equità, efficienza, trasparenza delle offerte e non discriminazione. Tuttavia, il problema più difficile da risolvere riguarda il contenuto concreto da dare a questi concetti e si pone, come osservato dall'Autorità, quando si passa dal piano meramente definitorio alla fissazione di limiti in grado di individuare il *discrimen* tra pratiche consentite e condotte vietate. In particolare, le impostazioni sono nettamente differenti a seconda che ci si ponga dal lato dei consumatori o dal lato degli operatori economici. Analizziamo due contributi, diversi per autore e per conclusioni formulate.

Nella risposta alla consultazione presentata dal Tavolo Tecnico “Università Digitale”, istituito il 15 dicembre 2009 con Decreto del Dipartimento per la Digitalizzazione della Pubblica Amministrazione e l’Innovazione tecnologica, di concerto con Learn To Be Free ONLUS e con l’Associazione Culturale NEUNET, si legge chiaramente che le reti devono adottare politiche *best effort* al fine di consentire agli utenti di accedere in modo non discriminatorio a qualsiasi contenuto e a qualsiasi servizio lecitamente disponibile in rete; si ritiene, pertanto, che non possono essere tollerate forme di gestione del traffico discriminatorie, soprattutto nel caso in cui siano finalizzate alla protezione e alla salvaguardia di interessi privati – principalmente di natura economica – degli operatori. Per quanto concerne le interferenze tra diritto antitrust e *net neutrality* si sostiene che la concorrenza è tutelata da un’effettiva separazione verticale e dall’adozione di rapporti commerciali trasparenti, non esclusivi, non discriminatori e orientati ai costi. Addirittura, nel testo della risposta in esame, si legge che la separazione tra *network operator* e ISP consentirebbe l’instaurazione di un modello in cui alcuni utenti potrebbero decidere di essere connessi all’infrastruttura di accesso senza acquistare banda Internet da alcun ISP operante sul mercato: ciò eliminerebbe qualsiasi pericolo di intromissione dell’ISP nella fruizione dell’accesso da parte dell’utente e, di fatto, risolverebbe in maniera radicale il problema della neutralità della rete. Ad ogni buon conto, a prescindere da questa ipotesi scarsamente percorribile in termini pratici, la separazione verticale è, ad avviso del soggetto consultato, il vero presupposto per l’implementazione di politiche sociali e di interventi pubblici mirati che contribuiscano al superamento del c.d. *digital divide* e all’evoluzione della rete con effetti collaterali minimi.

Per tutte queste ragioni, il Tavolo Tecnico “Università Digitale” suggerisce all’AGCOM di scegliere strumenti e modalità di intervento⁵⁷ che

⁵⁷ Nel testo della risposta è fatto cenno a tutte le tipologie di atti che possono essere adottati dall’AGCOM, tra cui rientrano la *moral suasion*, la regolamentazione partecipata, le delibere *ex-ante* a seguito di consultazione pubblica, gli strumenti di *regulation by litigation*, le forme di controllo e sanzione *ex-post*. La complessità del problema e

consentano di minimizzare l'effetto distorsivo sul mercato e che siano, tuttavia, idonei ad instaurare un sistema in cui la tutela della neutralità della rete sia interesse di tutti i *player* coinvolti e massimizzi il benessere collettivo.

Completamente diverso è l'approccio sviluppato da Telecom Italia, operatore economico verticalmente integrato che continua a detenere una consistente fetta del mercato nonostante l'avvenuta liberalizzazione del settore. Si tratta di una situazione più volte denunciata dagli esperti del settore che, da ultimo, è stata ribadita nell'interessante audizione resa dal Presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato alla VIII Commissione Lavori Pubblici e Comunicazioni del Senato della Repubblica nell'ambito dell'indagine conoscitiva sullo scorporo della rete di accesso Telecom⁵⁸: dopo aver ricordato il quadro normativo di riferimento, sia comunitario che nazionale⁵⁹, e dopo aver ricostruito il modo in cui lo scorporo della rete è stato attuato in altri ordinamenti giuridici, il presidente analizza proprio l'attuale posizione di Telecom, *ex incumbent*, per dimostrare quanto poco apprezzabile sia stata l'erosione della quota di mercato detenuta nei servizi di accesso al

l'eterogeneità dei *player* coinvolti giustificano anche l'impiego combinato di tutti gli strumenti a disposizione dell'Autorità.

⁵⁸ AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Audizione del Presidente presso la VIII Commissione Lavori Pubblici, Comunicazioni del Senato della Repubblica nell'ambito dell'indagine conoscitiva sullo scorporo della rete di accesso Telecom*, 23 luglio 2013. Il testo completo dell'audizione è pubblicato sul sito istituzionale dell'Antitrust ed è reperibile al seguente link: http://www.agcm.it/index.php?option=com_content&view=article&id=6531:audizione-del-presidente-giovanni-pitruzzella-presso-la-viii-commissione-del-senato-della-repubblica&catid=1:news&Itemid=53.

⁵⁹ Il quadro normativo europeo di riferimento in tema di separazione della rete di accesso è costituito dalla c.d. direttiva accesso 1, la quale agli artt. 13 *bis* e 13 *ter* prevede, rispettivamente, i) la possibilità da parte delle Autorità Nazionali di Regolazione (ANR) di imporre in capo alle imprese verticalmente integrate – e in presenza di precise circostanze – un obbligo di separazione funzionale, ovvero ii) una proposta volontaria da parte dell'impresa verticalmente integrata di separazione della rete di accesso, a cui fa seguito la valutazione della ANR al termine di un'analisi di mercato *ad hoc*. Nell'ordinamento nazionale, tali previsioni sono state recepite con il D. lgs. n. 28 maggio 2012, n. 70 che ha introdotto gli artt. 50 *bis* (separazione non volontaria) e 50 *ter* (separazione volontaria) nel Codice delle Comunicazioni Elettroniche.

dettaglio, quantificabile in un punto percentuale per ogni trimestre degli ultimi due anni⁶⁰.

La posizione di Telecom Italia è affermata in termini chiari netti già dalla prima risposta al questionario formulato dall'AGCOM: se, infatti, da un lato si prevede che i profili di navigazione continueranno ad essere erogati secondo le modalità del *best effort*, non si esclude che debba essere riconosciuta la possibilità per l'operatore di rete di mettere in campo i mezzi per limitare o bloccare quelle applicazioni e quei servizi che, richiedendo un uso intensivo della banda, possano andare a discapito degli altri servizi. Il modello auspicato, dunque, è costruito in maniera tale da arricchire le forme di controllo e gestione del traffico da parte dell'operatore di rete, il cui unico dovere sarà informare i propri utenti in maniera trasparente. Solo in questo modo, per Telecom Italia, si può evitare il blocco – o, comunque, una sensibile riduzione – del processo innovativo; invece, il positivo riconoscimento delle pratiche di prioritizzazione permetterà di garantire l'elevato livello di investimenti sulla rete che ha caratterizzato l'economia degli ultimi anni. Nella visione di Telecom Italia, questo nuovo scenario non avrà conseguenze negative per l'utente, il quale, anzi, avrà maggiori possibilità di scelta: quest'ultimo potrà, infatti, scegliere un profilo in luogo di un altro in base alle proprie esigenze e necessità.

Quest'ultimo modello, ad avviso di chi scrive, si fonda sul presupposto che chi pagherà di più, avrà di più ed è perfettamente in antitesi con qualsiasi

⁶⁰ I dati statistici riferiti nell'audizione sono assai interessanti: la posizione di mercato di Telecom si è ridotta di circa 20 punti percentuali – passando da poco più del 70% a fine 2004 a circa il 50% al termine del 2012 – a fronte di un calo del 35% circa subito dall'*incumbent* tedesco, il quale nel 2004 possedeva una quota nel mercato dell'accesso a banda larga anche superiore a quella di Telecom. Sulla base degli ultimi dati disponibili, la quota di mercato di Telecom è superiore di circa il 10% rispetto a quella detenuta in media dagli altri operatori storici, con una differenza pari a circa 20 punti percentuali rispetto all'*incumbent* del Regno Unito. Non a caso, si ricorda che all'esito di un procedimento conclusosi nel mese di maggio sono state comminate importanti sanzioni a carico di Telecom, dato che l'attuale assetto non ha impedito a quest'ultima di adottare condotte anticompetitive idonee a rallentare la dinamica di crescita dei concorrenti sui mercati *retail*. Il provvedimento è stato impugnato dinanzi al giudice amministrativo dalla società.

teorizzazione della neutralità della rete, intesa come proiezione del principio di uguaglianza su Internet. L'unica uniformità di trattamento che Telecom Italia auspica è quella regolamentare, in virtù della quale dovrebbe superarsi la distinzione tra operatori di rete e fornitori di servizi: ciò permetterebbe, dunque, al titolare dell'infrastruttura di garantire (o, per meglio dire, di garantirsi) una sorta di compartecipazione ai costi sostenuti per lo sviluppo della rete ponendola a carico degli OTT, soggetti che hanno visto crescere le proprie potenzialità imprenditoriali proprio in ragione degli investimenti infrastrutturali portati avanti dagli operatori di rete.

Dalla combinazione di questi due elementi – riconoscimento della legittimità, oltre che della utilità, delle pratiche di prioritizzazione e imposizione di obblighi di natura economica a carico degli OTT – discende la reale visione che Telecom Italia ha della neutralità della rete: l'«applicazione di tecniche di gestione della rete e di riconoscimento delle differenti tipologie di comunicazioni del cliente finale è un essenziale abilitante della neutralità della rete, che, in effetti, significa consentire alla generalità della clientela di accedere con continuità ad una pluralità di servizi ed applicazioni con adeguati e predefinitivi livelli di quantità e disponibilità del servizio; ciò nel rispetto dei servizi commerciali sottoscritti secondo le relative condizioni contrattuali e le prescrizioni a tutela della concorrenza e dei clienti finali previste dalle regolamentazioni attuali e future».

Il problema è, ad avviso di chi scrive, di natura economica e concerne, in particolare, il piano degli investimenti: se si segue, infatti, l'impostazione di Telecom Italia si giunge a limitare l'ammontare di investimenti infrastrutturali richiesti all'operatore di rete, posto è sufficiente rimodulare la distribuzione della banda in ragione del prezzo pagato per garantire la neutralità della rete; tali investimenti, inoltre, dovrebbero essere condivisi con gli OTT, con ulteriore diminuzione dell'onere economico posto a carico del titolare-gestore della rete.

Invece, in una corretta ricostruzione della *net neutrality*, il problema degli investimenti è centrale e pregiudiziale, dato che la presenza di un'infrastruttura proporzionata alle effettive esigenze di connessione è pregiudiziale rispetto al riconoscimento dell'accesso alla rete di tutti i soggetti interessati, indistintamente e indiscriminatamente.

Le varie impostazioni hanno influito non poco sulla posizione accolta dall'Autorità, la quale, come già ricordato, articola il suo ragionamento avendo come punto di riferimento la tutela dei consumatori, la tutela della concorrenza e la natura aperta di Internet.

In merito al primo punto, l'Autorità osserva che il dibattito ha fatto emergere l'idea secondo cui la regolamentazione nazionale dovrebbe prevedere una vasta gamma di misure atte a tutelare i consumatori attraverso:

- 1) ampie e chiare informazioni circa le caratteristiche tecniche dei servizi di comunicazione elettronica;
- 2) la definizione di requisiti in termini di qualità del servizio;
- 3) la possibilità di esercitare il diritto di recesso senza costi ingiustificati;
- 4) processi idonei ad agevolare il cambio di fornitore.

Tuttavia, ancora una volta il tentativo di *reductio ad unitatem* compiuto dall'AGCOM è destinato a fallire in presenza di posizioni eterogenee degli *stakeholder*, che hanno dedicato parti importanti dei propri contributi allo specifico aspetto della integrazione-modificazione della vigente normativa a tutela del consumatore. Schematizzando le opinioni espresse, si registra che i *content provider* e le associazioni dei consumatori sostengono la necessità di ulteriori interventi, volti ad ampliare il patrimonio conoscitivo e le garanzie a disposizione dei consumatori in materia di gestione tecnica del traffico. Dall'altro lato, la maggior parte delle imprese ritiene che il vigente *framework* regolamentare sia efficace e pertanto sufficiente a garantire la soddisfazione del benessere generale: ci si troverebbe, dunque, dinanzi ad una soddisfacente tutela del consumatore, in grado, in modo particolare, di combinare

l'eshaustività delle informazioni fornite con il vincolo della comprensibilità da parte dell'utente di quegli aspetti tecnici del servizio, complessi per loro natura.

I problemi più strettamente attinenti al diritto della concorrenza sono sintetizzati dall'AGCOM nel modo che segue. Diverse imprese ritengono che l'attuazione di comportamenti anticoncorrenziali nei mercati dei servizi dati – per mezzo degli strumenti di *traffic management* – possa essere prevenuta da misure inerenti la trasparenza delle informazioni concernenti l'attuazione delle forme di gestione del traffico. A sostegno di questa tesi, si richiama la già citata comunicazione del 19 aprile 2011 della Commissione europea in cui è bene messa in luce l'importanza delle condizioni atte a garantire un'effettiva possibilità di scelta per i consumatori. Nel documento della Commissione ci si riferisce a vari profili comprendenti la trasparenza dei contratti in merito alle caratteristiche tecniche e alla qualità dei servizi acquistati, l'assenza di costi ingiustificati nell'esercizio del diritto di recesso e, in termini più generali, l'instaurazione di un contesto concorrenziale e di mercato che renda semplice il cambio di operatore. Diversamente, altri soggetti consultati sostengono che i problemi connessi all'insorgere di comportamenti anticoncorrenziali non possano essere risolti tramite la semplice comunicazione al cliente finale delle politiche di *traffic management* adottate dal fornitore, soprattutto alla luce di una considerazione di buon senso: non esiste alcuna prova del fatto che un cliente finale è disposto a cambiare fornitore di servizi dati nell'ipotesi in cui quest'ultimo gli precluda la possibilità di fruire di alcuni servizi, offerti da provider terzi. A tal proposito, si richiama la stessa comunicazione della Commissione, nella quale si sottolinea che la trasparenza e la facilità di cambio sono elementi fondamentali per i consumatori quando scelgono e cambiano fornitore di servizi Internet ma possono non essere strumenti adeguati per gestire restrizioni generalizzate di servizi o applicazioni.

In merito al profilo della trasparenza delle condizioni di gestione del traffico, si ricorda un precedente caso che ha visto protagonista, da un lato, la società Tele 2 S.p.A. e, dall'altro, l'Autorità Garante della Concorrenza e del

Mercato, chiamata a verificare la legittimità di alcune condotte poste in essere dall'operatore telefonico. In particolare, in quella sede si discusse circa la legittimità dell'omissione di informazioni sull'utilizzo di sistemi di filtraggio sulle linee ADSL atte a limitare l'accesso ad alcuni siti Internet e a programmi p2p da parte dell'operatore telefonico: dall'istruttoria compiuta dall'Autorità, infatti, emerse chiaramente che la società non aveva pubblicizzato adeguatamente – ad esempio, sul proprio sito Internet – l'applicazione di detti sistemi di filtraggio nell'erogazione dei servizi.

Il caso è particolarmente interessante perché è rappresentativo di un modo tanto diffuso quanto inadeguato di intendere il principio della neutralità della rete. Nel caso in esame, l'Antitrust si limita al solo aspetto della conoscenza – o, comunque, della conoscibilità – delle condizioni contrattuali che regolano la fornitura del servizio, trascurando completamente il fatto che Tele 2 aveva degradato la banda degli utenti che utilizzavano applicazioni p2p. E neppure l'intervento dell'AGCOM nell'ambito del procedimento *de qua* è stato utile a correggere l'impostazione di fondo, dato che nel parere reso dall'autorità di settore ai sensi dell'art. 27, sesto comma, del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante il c.d. Codice del Consumo, così come modificato dal decreto legislativo 2 agosto 2007, n. 146, e dell'art. 1, sesto comma, lettera c), numero 9) della legge 31 luglio 1997, n. 249, si ricostruisce il problema negli stessi termini. In particolare, nel parere comunicato all'Antitrust in data 28 novembre 2008, si legge che le informazioni sulle effettive condizioni tecniche di utilizzo e funzionamento del servizio, nonché le caratteristiche e le prestazioni tecniche del servizio all'utente, incluse le prestazioni tecniche minime garantite, costituiscono aspetti essenziali dell'offerta pubblicizzata in quanto possono riguardare limitazioni nella fruizione del servizio stesso; pertanto esse devono essere complete, comparabili e di facile consultazione, alla luce di quanto previsto nella delibera n. 417/01/CONS. L'erroneo intendimento della reale problematica da parte dell'AGCOM è, tuttavia, ancor più evidente se si considera che l'accesso ad

Internet viene qualificato servizio da offrire in modo illimitato e incondizionato, salvo che l'operatore non comunichi limitazioni nella fornitura giustificate da ragioni tecniche.

Le conclusioni, dunque, a cui giungono le due Autorità sono molto deboli sul piano della tutela della neutralità della rete, con la conseguenza che il procedimento in esame è solo apparentemente il *leading case* italiano in tema di *net neutrality*: il provvedimento finale, infatti, si limita ad applicare una sanzione⁶¹ fondata sulla normativa a tutela del consumatore. D'altronde, anche il *nomen juris* impiegato per descrivere l'illecito contestato rende plausibile questa conclusione, dato che nel provvedimento è fatto esclusivo riferimento alla repressione di una pratica commerciale scorretta⁶², mai contemplandosi invece, la lesione del principio della *net neutrality*.

⁶¹ L'inadeguatezza del ragionamento seguito dalle Autorità coinvolte, d'altronde, si manifesta in tutta la sua evidenza se si tiene presente che la sanzione comminata nei confronti di Tele 2 ammonta a 90.000 euro.

⁶² Sul tema delle pratiche commerciali scorrette è recentemente intervenuto l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con alcune sentenze di grande interesse che hanno ridisegnato la distribuzione delle competenze tra l'Antitrust e l'AGCOM. Sul punto, sia consentito il rinvio F. DELL'AVERSANA, *L'actio finium regundorum tra le Autorità Amministrative Indipendenti nella repressione delle pratiche commerciali scorrette: la posizione del Consiglio di Stato*, in *Forum di Quaderni costituzionali*. Nelle sentenze in esame si afferma chiaramente che il riparto di competenza tra le varie Autorità amministrative indipendenti in tema di repressione delle pratiche commerciali scorrette si risolve in base al criterio di specialità, per cui la *lex specialis derogat legi generali*. Il Consiglio di Stato offre un'immagine plastica del rapporto intercorrente tra le norme antinomiche attributive del potere sanzionatorio: quella dei cerchi concentrici, figura a nostro parere suscettibile però di una duplice lettura. Da un lato, come afferma il Consiglio di Stato, si può ritenere che la norma speciale coincida con il cerchio esterno, occupato da una fattispecie composta da più elementi di quelli propri della norma generale; dall'altro lato, si può identificare la norma speciale nel cerchio concentrico più piccolo, descrittivo di un ambito di efficacia limitato rispetto a quello della norma generale. Ad avviso di chi scrive, sarebbe da preferire quest'ultima immagine per descrivere i rapporti tra norma generale e norma speciale, perché quella offerta dal Consiglio di Stato lascia fuori talune ipotesi: ad esempio, quando la norma speciale non aggiunge elementi a quelli della fattispecie generale, ma si limita a sostituirli con altri. Ciò non esclude che, ad avviso di chi scrive, l'Adunanza plenaria avrebbe potuto completare il discorso con ulteriori argomenti a sostegno dell'attribuzione del potere sanzionatorio all'Autorità di settore: ad esempio, affermando esplicitamente che lo *jus puniendi* spetta a quest'ultima (anche) in ragione delle approfondite conoscenze dei mercati oggetto della regolazione speciale di cui dispone. Così come avrebbe potuto chiarire un punto critico di CONSIGLIO DI STATO, I SEZIONE, parere del 3 dicembre 2008 reso all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, n. 3999, precisando che la mera presenza di un soggetto operante nel campo delle telecomunicazioni e dei servizi

Nel caso Tele 2, ad avviso di chi scrive, la garanzia della neutralità della rete perde i connotati pubblicitistici che invece dovrebbe avere, diviene elemento di contrattazione tra gli operatori e, come tale, è interamente sottoposta alle regole dei rapporti privati.

L'ultimo punto analizzato riguarda il rapporto tra *net neutrality* e la costruzione di un Internet aperto. In merito a questo profilo, l'AGCOM ricorda che il tema si intreccia con la tutela di alcuni diritti fondamentali come la libera manifestazione del pensiero e la libertà di comunicazione, la tutela del pluralismo dell'informazione, il diritto sociale dell'accesso alla rete Internet, il diritto alla riservatezza dei dati personali e la tutela dei minori; le conclusioni a cui si giunge sono sovrapponibili a quelle più volte ricordate nelle pagine precedenti.

3. *La natura giuridica della net neutrality: norma asimmetrica o regola di concorrenza?*

Le varie esperienze sin qui ricordate confermano l'assunto ricordato in premessa secondo il quale la regola della *net neutrality* ha una diretta influenza sui due versanti del mercato di Internet. Siamo in presenza di una costante del dibattito, che prescinde dalla diversità del metodo impiegato per approcciarsi al tema: condiviso e oggetto di ampie consultazioni in Europa, autoritativo e

finanziari sia elemento necessario ma insufficiente ad attrarre la repressione delle pratiche commerciali scorrette alla sfera di competenze dell'Autorità di settore. Ad ogni buon conto, il ragionamento sviluppato dal Consiglio di Stato appare comunque pienamente rispettoso dei principi interni e comunitari in materia di fonti del diritto. Le sentenze in esame sono: CONSIGLIO DI STATO, Adunanza plenaria, sentenza 11 maggio 2012, n. 11 in *Federalismi* e in *Forum di Quaderni costituzionali*; CONSIGLIO DI STATO, Adunanza plenaria, sentenza 11 maggio 2012, n. 12 in *Federalismi* e in *Forum di Quaderni costituzionali*; CONSIGLIO DI STATO, Adunanza plenaria, sentenza 11 maggio 2012, n. 13 in *Federalismi* e in *Forum di Quaderni costituzionali*; CONSIGLIO DI STATO, Adunanza plenaria, sentenza 11 maggio 2012, n. 14 in *Federalismi* e in *Forum di Quaderni costituzionali*; CONSIGLIO DI STATO, Adunanza plenaria, sentenza 11 maggio 2012, n. 15 in *Federalismi* e in *Forum di Quaderni costituzionali*; CONSIGLIO DI STATO, Adunanza plenaria, sentenza 11 maggio 2012, n. 16, in *Federalismi* e in *Forum di Quaderni costituzionali*.

precario allo stesso tempo negli Stati Uniti. Nelle pagine seguenti soffermeremo la nostra attenzione sul fascio di rapporti che lega i proprietari-gestori della rete con i fornitori di servizi e contenuti al fine di precisare quale è la natura giuridica della regola in esame.

I modelli di riferimento per l'analisi della tematica *de qua* sono rappresentati dalla regolazione asimmetrica e dalla *lex mercatoria*, terminologia impiegata per riferirsi alla disciplina antitrust generale.

In termini generali, una normativa asimmetrica incide sul rapporto che lega due soggetti – *id est*: due operatori economici – al fine di rimediare alla situazione di disparità che le condizioni di mercato disegnano. In particolare, il legislatore cerca di correggere uno squilibrio permettendo a chi si trova in condizioni peggiori di recuperare il *gap* rispetto al soggetto che gode di una posizione migliore sul mercato. Una buona normativa asimmetrica, dunque, opera *in bonam partem*, con la conseguenza che il miglioramento delle condizioni dell'operatore svantaggiato è l'unica finalità coerente con la *ratio* dell'istituto; in caso contrario, la normativa, pur continuando ad avere una struttura asimmetrica, opererà *in malam partem*, con la conseguenza che l'auspicato intento equiordinatore sarà sostituito dal definitivo allontanamento tra gli operatori interessati.⁶³

⁶³ Purtroppo, anche nel nostro ordinamento non sono stati infrequenti i casi di normative asimmetriche in *malam partem* e, ancora una volta, è l'esperienza del settore radiotelevisivo a fornirci un esempio in tal senso. Sul punto, si vedano: G. DE MINICO, *L'«affaire» audiovisivo tra legislatore e giudice: una storia infinita?*, in *Politica del diritto*, 2008, 2, 317 e in AA. VV., *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Tomo II, Napoli, 2008, 907; O. GRANDINETTI, *Disciplina televisiva italiana e diritto europeo: gli sviluppi recenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, 7, 808; G. CAGGIANO, *La riforma del regime delle radiofrequenze nel quadro delle comunicazioni elettroniche*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2009, 6, 861; A.M. DE LUCA, *Brevi note sul caso Europa 7*, in *Corriere giuridico*, 2009, 8, 1102; O. GRANDINETTI, *Il testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, 2, 121; ID., *Il Consiglio di Stato sulla gara per il "dividendo digitale"*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, 9, 1003; G.M. ROBERTI – V. ZENO-ZENCOVICH, *Le linee guida del D.Lgs 15 marzo 2010, n. 44 ("Decreto Romani")*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 1, 1; F. POLETTINI, *Concorrenza nel settore televisivo: il punto dopo il varo del Testo Unico*, in *Diritto industriale*, 2005, 6, 591, il quale osserva che nella rubrica dell'art. 5 della l. 3 maggio 2004, n.112 «la stessa collocazione del termine "pluralismo" precede quello di "concorrenza"». Sui profili più generali delle comunicazioni elettroniche, C. SEBASTIANI, *Posizione dominante e competenze antitrust*

L'intervento del legislatore «pretende di “mimare” un mercato concorrenziale, creando secondo il noto paradigma della *fiction iuris* condizioni analoghe a quelle che un mercato competitivo produrrebbe da sé»⁶⁴. Dunque, la normativa asimmetrica risponde all'esigenza di instaurare un'uguaglianza sostanziale tra gli operatori ed è fonte di limitazioni per il soggetto economicamente più forte che si giustificano solo in ragione dell'ingresso nel mercato dei neocompetitori. Obiettivo del legislatore è garantire un'uguaglianza dei punti di partenza nell'esercizio delle libertà economiche, favorendo i nuovi entranti nel mercato con un vantaggio competitivo che non troverebbe altra giustificazione.

Tutte queste ragioni, ci inducono a circoscrivere l'operatività della normativa asimmetrica entro uno spazio temporale limitato che tendenzialmente coincide con la fase di sviluppo iniziale del mercato: in questo momento, infatti, il legislatore deve implementare le politiche necessarie per rimuovere gli ostacoli che limitano l'esercizio delle libertà economiche da parte degli operatori. Intesa in questi termini, dunque, la normativa asimmetrica è un presidio di garanzia di fondamentale importanza, in grado di influire in maniera rilevante sul futuro sviluppo del mercato considerato.

Passiamo ora all'esame dei caratteri della disciplina antitrust generale⁶⁵. Quest'ultima consente di preservare «lo stadio competitivo raggiunto, indipendentemente dal suo livello»⁶⁶, con la previsione di rimedi repressivi, in

nel settore delle comunicazioni, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1999, 3, 652, la quale analizza la ripartizione delle competenze in materia di tutela della concorrenza nel settore delle comunicazioni tra l'Antitrust e l'AGCOM con particolare riferimento alla fattispecie della posizione dominante.

⁶⁴ In questi termini, G. DE MINICO, *Internet. Regola e anarchia*, Roma, 54-55, con richiami alla dottrina italiana e straniera che si sono occupati del tema. L'Autrice si sofferma sul modo in cui la «capacità redistributiva della norma asimmetrica» riesce a conformare i rapporti tra l'operatore di telecomunicazione titolare della rete e gli altri operatori economici costretti a usare la rete fissa altrui per fornire al cliente servizi di telefonia, fax e trasmissione di dati.

⁶⁵ La dottrina ha fornito varie configurazioni sistematiche del diritto antitrust. Oltre ai contributi ricordati nel Capitolo I, in questa sede sia permesso il rinvio alla descrizione dell'esperienza americana fatta da M.M. DELFINO, *Concorrenza nel diritto americano*, in *Digesto discipline privatistiche – Sezione commerciale*, Volume 3, Torino, 1988, *passim*.

⁶⁶ G. DE MINICO, *Internet. Regola e anarchia*, Roma, 56

grado di colpire *ex post* le condotte violatrici della normativa di riferimento. La differenza con la normativa asimmetrica è di tutta evidenza: quest'ultima, infatti, cerca di «promuovere l'economia di libero scambio, simulando condizioni strutturali equivalenti a quelle di un mercato maturo»⁶⁷, stimolando il mercato verso l'obiettivo di una competizione sostenibile, laddove la disciplina antitrust interviene per rimuovere un illecito, realizzando il ripristino della pregressa situazione di concorrenza. La prima opera in prevenzione di un probabile abuso, la cui commissione è assolutamente irrilevante ai fini del perfezionamento della fattispecie; la seconda invece, assume l'abuso – o altro illecito antitrust – come elemento costitutivo indispensabile per la sua operatività.

Si tratta di modelli complementari ancorati agli stessi principi ispiratori, come dimostra l'idea che «il flusso di norme asimmetriche cresce in principio, decresce con l'incremento della competitività del mercato e poi si azzerava quando il mercato sarà in condizione di funzionare da solo»⁶⁸.

Quale modello meglio descrive la struttura della regola della *net neutrality*?

A ben vedere, nelle pagine precedenti è stata già data una risposta all'interrogativo *de qua* laddove si è più volte sostenuto che la neutralità della rete è regola di concorrenza in grado di conformare il mercato di Internet. In questa sede, si cercherà di precisare la ragione di questa impostazione, desumendo le relative argomentazioni dai modelli appena descritti.

Un soddisfacente livello di concorrenza ha effettivamente animato la prima fase di sviluppo del *web*. L'avvio di Internet ha rappresentato una sorta di anno zero, con la conseguenza che l'uguaglianza dei punti di partenza a cui tende la normativa asimmetrica si è venuta a creare in maniera spontanea. Il

⁶⁷ G. DE MINICO, *Internet. Regola e anarchia*, Roma, 55.

⁶⁸ G. DE MINICO, *Internet. Regola e anarchia*, Roma, 57. Per l'Autrice «le due discipline si completano a vicenda: quella asimmetrica crea le condizioni di effettività della normativa antitrust, quest'ultima si applica come *extrema ratio*, cioè accertata l'incapacità della prima a prevenire, proprio come il diritto di accesso alle reti, protetto dalla norma asimmetrica, è la condizione di effettività del diritto di iniziativa economica, protetto dalla disciplina antitrust».

legislatore non è dovuto intervenire per agevolare l'ingresso di nuovi operatori, dato che la bassa incidenza delle barriere all'ingresso ha permesso anche a soggetti di ridotte dimensioni di esercitare le libertà economiche sulla rete. Dunque, gli attori economici hanno potuto affrontare la sfida della *web economy* con le stesse possibilità e a lungo nessun intervento riequilibratore si è reso necessario in ragione delle condizioni del mercato.

Tuttavia, la parità delle condizioni di accesso al mercato non è di per sé elemento sufficiente a garantire il corretto svolgersi del gioco concorrenziale tra gli operatori coinvolti: infatti, come ricordato in precedenza, il ricorso alla normativa asimmetrica perde di rilievo quando le condizioni di mercato sono tali da giustificare l'applicazione della sola disciplina antitrust.

Ad avviso di chi scrive, la neutralità della rete presenta i tratti tipici della *lex mercatoria*. Una volta affermato che non è bene circoscrivere l'operatività della regola in esame alla sola fase di avvio del mercato, si deve concludere affermando che la *net neutrality* è una garanzia minima che deve essere assicurata agli operatori economici a prescindere dallo specifico momento considerato e non può in nessun caso azzerarsi, così come postulerebbe il richiamo al modello della normativa asimmetrica. Lo scopo è, al pari di qualsiasi normativa antitrust, mantenere il livello di concorrenza raggiunto, evitando che condotte abusive possano alterare equilibri coerenti con la disciplina vigente; non si persegue, quindi, un intento riequilibratore tra contrapposte situazioni, dato che unico scopo della *net neutrality* è prevenire le discriminazioni in grado di incidere negativamente sull'esercizio delle libertà economiche in rete.

Una conferma di quanto appena riferito, si rinviene nell'osservazione di un dato di fatto. A ben vedere, durante la fase più delicata – *id est*: il momento di avvio del mercato – non sono stati segnalati quei rischi che, invece, i sostenitori della *net neutrality* denunciano con riguardo all'attuale situazione, caratterizzata da tentativi di chiusura del mercato resi possibili da uno scorretto intendimento della concorrenza *online*. Ma, come detto, questo dato

deve essere inteso come conferma e, dunque, il fatto che in origine non ci sia stato bisogno di una regolazione asimmetrica non esclude che oggi debba esserci un intervento attivo del legislatore volto a preservare l'equilibrio competitivo raggiunto.

Per questa ragione, recuperando le conclusioni formulate in merito al fondamento costituzionale del diritto antitrust, possiamo sostenere che sussiste uno stretto legame tra la regola della *net neutrality* e i principi costituzionali contenuti negli art. 3, 21 e 41 Cost. di cui il legislatore non può non tener conto.

4. Il principio di neutralizzazione nel diritto delle reti

Nel corso degli ultimi decenni, si è assistito ad un crescente interesse della dottrina e dei decisori politici nei confronti delle tematiche riguardanti il c.d. diritto delle reti, una branca del diritto oggettivo non codificata né tantomeno istituzionalizzata che trae dalle più recenti normative spunti di riflessione di grande interesse.

Il principale oggetto di interesse è rappresentato dal concetto di rete, intesa come quel bene giuridico la cui venuta ad esistenza è normalmente collegata all'adozione di un atto normativo o di un atto amministrativo⁶⁹.

Il termine rete può essere impiegato in una pluralità di significati, anche se è innegabile che nella sua accezione essenziale la rete è un sistema composto da parti o segmenti collegati fra loro attraverso punti di particolare rilevanza definiti snodi che consentono il flusso di uno o più elementi secondo logiche

⁶⁹ Per una disamina dei principali atti normativi e amministrativi che hanno individuato o determinato il nascere di alcune reti, si veda F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, Padova, 2008, 133 e ss.: l'Autrice si sofferma su alcuni profili molto interessanti come la natura giuridica dell'atto di individuazione e determinazione della rete e il rapporto tra rete e teorie riguardanti i c.d. beni pubblici per destinazione.

determinate o determinabili⁷⁰. Tuttavia, è bene ricordare che per alcuni Autori⁷¹ è possibile differenziare il fenomeno esaminato a seconda che ci si riferisca ad un concetto di rete in senso fisico, in senso virtuale o in una accezione istituzionale. In particolare, si parla di reti fisiche o infrastrutturali quando assume particolare rilievo il sostrato materiale – *id est*: l'infrastruttura – che consente la fornitura di un servizio: tali sono, per esempio, le reti di distribuzione del gas e dell'elettricità. Le reti virtuali invece, sorgono dalla convergenza tra computer, mezzi di telecomunicazione e mass media in genere e si caratterizzano per l'«enorme potere interattivo che esse mettono a disposizione» della comunità. Infine, esistono le reti istituzionali, il cui obiettivo è quello di garantire «il raggiungimento di “una decisione cooperata”», frutto di una continua circolazione di informazioni tra le persone e le organizzazioni collegate attraverso la rete stessa.

La classificazione appena proposta non deve essere intesa in maniera rigida, dato esistono fattispecie per le quali è insufficiente il riferimento ad una sola delle categorie proposte: alcuni fenomeni, infatti, sono tanto complessi da non poter essere correttamente inquadrati attraverso il solo riferimento ad una delle definizioni proposte. La situazione appena descritta ricorre proprio con riguardo al fenomeno di Internet, connotato per sua natura da un elevato livello di complessità.

A ben vedere, Internet presuppone l'esistenza di una rete intesa in senso fisico e infrastrutturale, indispensabile per l'elaborazione e il trasferimento di dati a grande distanza. Inoltre, Internet è la rete virtuale per eccellenza e quel potere interattivo di cui parla la dottrina è evidente in ogni tipologia di attività sviluppata sulla rete. Infine, Internet presenta anche gli

⁷⁰ A lungo la dottrina giuridica si è interrogata sulla nozione di rete più appropriata. Per una disamina delle principali posizioni affermate in ambito giuridico e politologico, si veda A. PREDIERI, *Le reti transeuropee nei Trattati di Maastricht e Amsterdam*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1997, 3, 287.

⁷¹ La classificazione e le citazioni riportate nel testo sono proposte da F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, Padova, 2008, 9.

elementi richiesti per la configurazione di una rete in senso istituzionale, dato che è frequentemente luogo di formazione di decisioni cooperate⁷².

Per queste ragioni, si deve concludere affermando che la regolazione di Internet è pienamente ascrivibile all'istituendo diritto delle reti, inclusivo dell'analisi di fenomeni attigui come la regolazione delle reti del gas, delle reti elettriche e dei trasporti ferroviari. Anzi, non è da escludere che in futuro le problematiche poste dalla regolazione di Internet rappresenteranno la parte più consistente del diritto delle reti, così come già l'esperienza di altri ordinamenti giuridici sembra suggerire.

Ad avviso di chi scrive, ciò non esclude che per gli studiosi del fenomeno di Internet possa essere particolarmente utile analizzare quale sia stato il percorso seguito dal legislatore proprio nei settori attigui, osservando la presenza di problematiche comuni e recuperando soluzioni già sviluppate. In particolare, per quel che qui rileva, pare opportuno soffermarsi su alcune valutazioni compiute con riguardo alle politiche perseguite in tema di neutralizzazione della rete, intesa come messa a disposizione delle infrastrutture in maniera equa, trasparente e non discriminatoria in favore di tutti i *competitors*.

⁷² Un altro esempio di rete istituzionale che ha uno stretto legame con Internet è dato dal BEREC. Si tratta, a ben vedere, di una rete istituzionale così descritta nel testo dato che gli atti normativi comunitari che hanno provveduto alla sua istituzionalizzazione individuano come prioritario il coordinamento tra le varie autorità nazionali di regolazione e la Commissione europea. Il tema è stato analizzato da vari Autori: F. CAFAGGI, *Un diritto privato europeo della regolazione? Coordinamento tra pubblico e privato nei nuovi modelli regolativi*, in *Politica del diritto*, 2004, 2, 205; E. CHITI – C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003; A. CIASULLI, *Le agenzie esecutive europee nel sistema amministrativo comunitario [Commento al Regolamento del Consiglio n. 58/2003 del 19 dicembre 2002]*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, 10, 5, 569. Gli aspetti più specifici riguardanti il settore delle comunicazioni elettroniche sono affrontati da M. CLARICH – F.G. CARTEI (a cura di), *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2004, *passim* e da F. DI PORTO, *Il coordinamento tra autorità di regolazione nella governance dell'energia e delle comunicazioni elettroniche a livello comunitario: spunti da una comparazione*, in L. AMMANNATI – P. BILANCIA (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea*, Volume II, Milano, 2008, 273 (si veda, in particolare, l'analisi compiuta a pag. 250 in merito al problema del c.d. *regulatory gap* intesa come la disomogenea applicazione del diritto comunitario all'interno degli stati membri).

Il problema di neutralizzare la rete si pone per la prima volta all'indomani della conclusione del processo di liberalizzazione⁷³ che ha riguardato importanti settori dell'economia, non solo italiana: la presenza, infatti, di un proprietario-gestore della rete che continua ad essere presente anche sul mercato a valle, seppur in un regime di concorrenza con altri operatori, ha messo in evidenza l'esigenza di arginare quelle condotte che avrebbero potuto ridurre o eliminare del tutto i vantaggi derivanti dalla liberalizzazione.

Il radicale mutamento delle modalità organizzative dei servizi a rete si è realizzata attraverso varie fasi che includono il passaggio dalla gestione pubblica a quella privata delle imprese fornitrici dei servizi oggetto di liberalizzazione, la creazione di un quadro normativo ispirato al principio della libera concorrenza e l'affermazione di un assetto negoziale in grado di rimpiazzare forme di affidamento discrezionale (assimilabili, secondo le categorie generali, al modello della concessione⁷⁴).

Dunque, la neutralizzazione delle principali reti fisiche – gas, elettricità e trasporto ferroviario – completa il processo di liberalizzazione avviato dal

⁷³ In questa sede sia consentito il solo richiamo ai principali contributi sul tema delle liberalizzazioni: P. CARETTI, *Normative antitrust in occidente*, in *Democrazia e diritto*, 1990, 3-4, 207; F. CARDARELLI – V. ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto delle telecomunicazioni. Principi, normativa, giurisprudenza*, Bari-Roma, 1997; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998; L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Il diritto comunitario delle telecomunicazioni. Un modello di liberalizzazione di un servizio pubblico*, Torino, 1999; G. BONELLI – S. CASSESE (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, 1999; F. GIULIANO, *Le segnalazioni dell'Autorità Antitrust e la politica della concorrenza*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, 1, 83; U. MATTEI, *Liberalizzazioni, mercati e legalità*, in *Notariato*, 2012, 1, 5. Volendo, F. DELL' AVERSANA, *Nota alla Segnalazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sulle recenti proposte di legge in materia di concorrenza e liberalizzazioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2012, 1, ove si affronta il tema generale delle liberalizzazioni alla luce dell'«antica contrapposizione tra istanze di rinnovamento e interessi corporativi di gruppi privati di potere».

⁷⁴ In merito alla valenza che assume la concessione nel diritto comunitario, si veda COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione interpretativa della commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, 12 aprile 2000, che tiene in conto le osservazioni formulate in merito a COMMISSIONE EUROPEA, *Progetto di comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario degli appalti pubblici*, 24 febbraio 1999. In dottrina sia consentito il rinvio a R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, 169, con ampi riferimenti dottrinali.

legislatore e, nel contempo, garantisce che le istanze sottese a questo processo non vengano tradite in sede di applicazione.

I modelli che sono stati perseguiti dal legislatore, comunitario e nazionale, sono molteplici e hanno in comune lo scopo perseguito: creare condizioni che favoriscano l'apertura dei mercati in un contesto competitivo che assicuri parità di condizioni a tutti i *competitors* presenti sulla scena. In concreto, essi cercano di separare le attività commerciali (concorrenziali e libere) da quelle di gestione delle infrastrutture (che invece, dovrebbero essere regolate).

Il modello maggiormente auspicabile è quello che si fonda sulla separazione c.d. proprietaria⁷⁵, in virtù della quale è fatto divieto al proprietario-gestore della rete di svolgere attività economiche nell'ambito dei settori liberalizzati. Si tratta di un modello che ha il pregio di ridurre sensibilmente il pericolo di una ri-monopolizzazione del settore liberalizzato, dato che elimina il potere di mercato dell'*ex incumbent* nel c.d. mercato a valle. Tuttavia, è bene sottolineare che questo modello è, in pratica, di difficile attuazione a causa delle pressioni sugli organi decisionali poste in essere dagli operatori economici, interessati proprio a mantenere il potere storicamente detenuto⁷⁶. Inoltre, non sono secondari gli elementi di criticità che esso presenta, come dimostra la possibilità di aumento costi di transazione del c.d. *unbundling*. Questo modello, infine, può accompagnarsi ad una gestione interamente pubblica della rete, ipotesi che ricorre quando la proprietà e la

⁷⁵ Il modello di cui si discorre nel testo è talvolta ricordato con la traduzione in lingua inglese *ownership unbundling*. Per una sintetica descrizione di questo modello con riguardo al mercato della distribuzione del gas, si veda F. DI CRISTINA, *L'attuazione del "terzo pacchetto" e il nuovo assetto dei mercati energetici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, 9, 925 (il giudizio dell'Autore è sintetizzato dalle seguenti parole: il legislatore italiano, almeno nel settore del gas naturale, non ha optato per la scelta che le direttive ritengono ottimale, ossia la completa separazione proprietaria sul modello anglosassone e non ha neppure previsto efficaci sistemi per rendere pienamente indipendente il gestore dall'impresa verticalmente integrata).

⁷⁶ Su questo specifico modello sia consentito il rinvio a L. DE PAOLI, *Blackout, sviluppo delle reti e liberalizzazione del settore elettrico*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2004, 103. Per un'analisi più recente si veda L. DE PAOLI – F. GULLÌ, *Bilancio della liberalizzazione del mercato dell'elettricità e del gas in Italia: 1999-2009*, in *Economia delle fonti di energia e dell'ambiente*, 2010, Volume 53, 2, 5.

gestione dell'infrastruttura sono interamente affidati ad un soggetto (direttamente o indirettamente) pubblico.

Altri modelli, come quello della separazione societaria e della separazione contabile sottintendono soluzioni al problema più blande, così come dimostrato dalle più limitate finalità che si prefiggono di perseguire.

I problemi qui accennati attengono evidentemente al piano della regolazione antitrust: infatti, affinché la competizione possa svolgersi correttamente, occorre che i singoli segmenti in regime di monopolio tecnico siano gestiti secondo rigorosi criteri di terzietà. Ciò implica che è necessario garantire condizioni di accesso trasparenti e non discriminatorie e una politica di investimenti tesa ad allargare il mercato⁷⁷. L'impegno in tal senso dovrebbe essere continuo e non si può ritenere soddisfacente un intervento che sia limitato nel tempo. Il legislatore, pertanto, dovrebbe perseguire continuamente l'obiettivo di promuovere – oltre che tutelare – la concorrenza nell'ambito dei settori liberalizzati, così come proposto dalla più attenta dottrina⁷⁸: solo in questo modo, infatti, si potrà evitare che i vantaggi conseguiti dal processo di liberalizzazione vengano vanificati dal disinteresse di regolatori e controllori.

Gli interventi che si sono avuti nel settore del gas, dell'elettricità e del trasporto ferroviario, pur essendo ormai risalenti nel tempo⁷⁹, tendenzialmente non sono stati ispirati da modelli forti ascrivibili a quello della separazione proprietaria: infatti, il legislatore privilegia ancora meccanismi che incidono sulla *governance* dei singoli settori e sugli assetti proprietari dei gestori delle reti, dettando norme della cui efficacia è possibile dubitare⁸⁰. Inoltre, nella totalità dei casi si tratta di interventi normativi disorganici e non ispirati da una logica sistematica unitaria, nonostante la tendenziale sovrapposibilità dei problemi.

⁷⁷ F. TESTA – C. STAGNARO, *Reti di trasporto nazionale e concorrenza nei mercati del gas: il caso Eni-Snam Rete Gas*, in *Sinergie*, 2011, 86, 187. Si veda, in particolare, lo schema indicato a pag. 193 ove si spiegano i benefici e gli elementi di criticità della c.d. separazione proprietaria.

⁷⁸ S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO – M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, *passim*.

⁷⁹ Gli interventi che si sono avuti in sede comunitaria e in sede nazionale sono tutti collocabili temporalmente tra gli anni novanta e i primi anni del nuovo secolo.

⁸⁰ F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, Padova, 2008, 201.

Ad avviso di chi scrive, le sintetiche considerazioni appena richiamate offrono uno spunto di riflessione per la corretta ricostruzione del principio della *net neutrality*. Rappresentano, in un certo senso, una lezione di cui il giurista deve fare buon uso per evitare che errori del passato si ripongano in nuovi contesti.

A ben vedere, le istanze di neutralizzazione delle reti infrastrutturali sopra descritte hanno rappresentato la risposta dell'ordinamento a un problema che si è storicamente presentato verso la fine del secolo scorso: esse si configurano come intervento *ex post* e hanno cercato di correggere una stortura causata da fattori più o meno riconducibili al mercato.

Con riferimento ad Internet invece, la positivizzazione della regola della *net neutrality* mira a prevenire che una situazione di chiusura si riproponga nel mondo dell'*online*, anticipando la soglia di tutela secondo uno schema che opera *ex ante*: se il primo filone di interventi persegue l'intento di aprire un mercato ormai chiuso, nel caso di Internet la *net neutrality* è regola di concorrenza che mira ad evitare la chiusura di un mercato ancora aperto.

Dunque, è quanto mai opportuno e utile guardare all'esperienza delle reti fisiche per comprendere quali debbano essere, con riguardo a questo specifico settore, le istanze regolatorie di Internet. In particolare, le esperienze meno recenti insegnano che il diritto delle reti ha una vocazione ontologicamente e geneticamente pro-concorrenziale. Ciò vale, in modo particolare, per Internet che è un bene ad uso comune del mercato che può conservare tale caratteristica proprio in ragione dell'introduzione della *net neutrality*. Non sbaglia, quindi, chi lega i concetti di neutralità della rete e mercato concorrenziale⁸¹ in maniera tanto forte da rintracciare reciproci condizionamenti e uguali destini: ad avviso di chi scrive, infatti, solo costruendo una rete perfettamente neutrale si potrà affrontare con maggiore

⁸¹ F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, Padova, 2008, 282, ove si legge testualmente che per il diritto la rete non è alternativa ma è posta al servizio del mercato e della concorrenza.

sicurezza la scommessa di Internet, caratterizzata dalla continua lotta tra diritti e poteri economici.

Capitolo IV

«Il diritto d'autore *online* nella prospettiva del bilanciamento»

Sommario: 1. Gli aspetti tecnici della distribuzione delle opere di ingegno su Internet: il dilemma digitale – 2. Il problema in punto di diritto: alla ricerca del corretto bilanciamento tra diritto d'autore e libertà dei *netcitizens* – 3. Il modello americano: il *notice and takedown* nel *Digital Millennium Copyright Act* – 3.1. Segue: i tentativi di riforma – 4. La legislazione francese e la prassi dell'*Haute Autorité pour la Diffusion des Oeuvres et la Protection des droits sur Internet*: una cura peggiore del male? – 5. Azioni positive e interventi repressivi nella regolamentazione italiana sul diritto d'autore – 6. Una conclusione sul tema: *quis custodiet custodem?*

1. *Gli aspetti tecnici della distribuzione delle opere di ingegno su Internet: il dilemma digitale*

Internet rappresenta una rete di comunicazione globale in grado di riunire contemporaneamente un elevato numero di persone, con costi contenuti e, almeno potenzialmente, senza limitazioni temporali e geografiche¹. Ciò permette agli utenti connessi alla rete² di compiere attività

¹ M. CASTELLS, *The Internet Galaxy: Reflections on the Internet, Business, and Society*, Oxford, 2001, 2.

² L'analisi della tematica del *digital divide* esula dal presente lavoro. Tuttavia, è innegabile osservare che la soluzione a questo problema contribuirà in maniera sensibile a rendere effettive molte delle conclusioni formulate dalla dottrina. Per questa ragione, in questa sia consentito il rinvio ad alcune delle letture fatte che, direttamente o indirettamente, affrontano il tema. P.K. YU, *Bridging the Digital Divide: Equality in the Information Age*, in *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 2001-2002, Volume 20, 1, 1 sostiene la centralità del tema quando afferma che «(w)ithout access to such content (ndr: *information that is relevant to their lives and communities*), these users would still be shut out of digital revolution even if they have access to the Internet and new communications technologies» (pagg. 13-14). A. GUADAMUZ, *The Digital Divide: It's the Content, Stupid!*, in *Computer and Telecommunications Law Review*, 2005, Volume 304, 73, analizza la problematica dell'accesso ai contenuti alla luce delle questioni tecniche. Tra i contributi monografici più recenti, si segnala M. RAGNEDDA – G.W. MUSCHERT (eds), *The Digital Divide: The internet and social inequality in international perspective*, Londra, 2013. Per quanto riguarda la dottrina italiana, si segnala che il tema è approfondito anche in contributi dedicati a tematiche più generali. In tal senso, si vedano: V. ZENO-ZENCOVICH, *Il "diritto ad essere informati" quale elemento del rapporto di*

nuove, non immaginabili senza l'ausilio delle nuove tecnologie, e attività tradizionali, svolte sulla rete secondo modalità inedite. In alcuni casi, addirittura, Internet rappresenta l'unico strumento in grado di assicurare determinate utilità agli utenti. Basti pensare ai siti che offrono servizi via *web*, soprattutto nei casi in cui la fornitura prescinda dalla ricezione di beni fisici da parte dell'utente. In queste ipotesi, il rapporto si esaurisce completamente sulla rete e il servizio offerto non trova alcun corrispondente in ambito extra-telematico³.

Lo sviluppo di nuovi servizi su Internet è strettamente collegato allo sviluppo delle nuove tecnologie, così come dimostra la specifica problematica della diffusione in via telematica delle opere protette da diritti d'autore, tema che affronteremo nelle pagine seguenti alla luce dell'idea secondo cui i servizi offerti sulla rete presentano non pochi elementi di differenziazione rispetto a quelli offerti nel mondo *offline*.

Le prime istanze di tutela del diritto d'autore iniziarono ad affermarsi a Venezia già verso la seconda metà del 1400, grazie all'importante contributo delle industrie culturali del tempo che reclamarono la protezione dei propri diritti da forme di controllo e di gestione da parte dello stato⁴. In particolare,

cittadinanza, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2006, 1, 1; A. MAGGIPINTO, *Internet e Pubbliche Amministrazioni: quale democrazia elettronica?*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2008, 1, 45; P. COSTANZO, *Quale partecipazione politica attraverso le nuove tecnologie comunicative in Italia*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2011, 1, 19; E. D'ORLANDO, *Profili costituzionali dell'amministrazione digitale*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2011, 2, 213. Infine, si segnala l'interessante documento del CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE, *Broadband Internet Access and the Digital Divide: Federal Assistance Programs*, 12 aprile 2011.

³ Ho avuto modo di occuparmi di questa particolare tipologia di servizi nel contributo F. DELL'AVERSANA, *Il minore: autore dei contratti telematici*, in G. DE MINICO (a cura di), *Nuovi media e minori*, Roma, 2012, 207, in particolar modo nella parte dedicata ai *social network* (pagg. 222 e ss.). Il contributo è stato pubblicato anche in A. CIANCIO – G. DE MINICO – G. DEMURO – F. DONATI – M. VILLONE (a cura di), *Nuovi mezzi di comunicazione e identità: omologazione o diversità?*, Roma, 2012 (pagg. 353 e ss.).

⁴ Per un'interessante ricostruzione storica della questione, si veda L.C. UBERTAZZI, *Diritto d'autore*, in *Digesto discipline privatistiche – Sezione commerciale*, Volume 4, Torino, 1988, 366, dove è esplicita la qualificazione del diritto d'autore alla stregua di una libertà negativa. Sempre utile la consultazione di due classici sul tema: N. STOLFI, *La proprietà intellettuale*, Torino, 1915 e ID., *Il diritto d'autore*, Milano, 1932.

l'invenzione della stampa a caratteri mobili rese urgente l'esigenza di trovare una forma di tutela in favore degli autori⁵. La nascita delle industrie librarie permise agli stampatori di replicare in poco tempo e con una spesa limitata opere letterarie che, fino alla scoperta di Johann Gutenberg, erano spesso conservate in esemplari unici. La riproduzione delle copie in serie pose, dunque, nuovi problemi in punto di diritto che furono risolti dai giuristi del tempo con la netta distinzione del *corpus mechanicum* (*id est*: il supporto su cui è riprodotta l'idea) dal *corpus intrinsecum* (terminologia impiegata per riferirsi direttamente all'idea incorporata nel libro, considerata autonomamente rispetto al supporto fisico). I due concetti svolsero un ruolo fondamentale nella successiva elaborazione dogmatica del tema e, a lungo, hanno permesso agli operatori del diritto di risolvere le principali questioni giuridiche. In particolare, il sistema era costruito in modo da accordare tutela al solo *corpus intrinsecum*, ritenuto meritevole di una protezione giuridica in ragione del suo essere frutto di un'attività intellettuale umana.

Quest'ultima considerazione introduce un ulteriore argomento che a lungo ha orientato gli studi della migliore dottrina giuridica sulla tematica *de qua*. Alcuni Autori, in particolare, hanno suggerito di valorizzare le norme contenute nell'art. 2576 cod. civ. e nell'art. 12 della legge 22 aprile 1941, n. 633⁶, per sostenere che «il titolo originario dell'acquisto del diritto d'autore è costituito dalla creazione dell'opera, quale particolare espressione del lavoro intellettuale»⁷. Si tratta, sempre seguendo quest'impostazione, di una tutela conforme ai principi costituzionali in tema di tutela del lavoro, come dimostra l'assunto secondo cui «questa giustificazione ... appare coordinabile con il principio costituzionale della tutela del lavoro “in tutte le sue forme e

⁵ Lo stretto legame tra il riconoscimento di diritti (esclusivi) per i testi letterari e la diffusione della stampa è messa in luce da A. ARDIZONE – G.B. RAMELLO, *Diritto d'autore e mercato: effetti economici, rilievi critici e novità nell'era digitale*, in M. RICOLFI (a cura di), *Copyright digitale. L'impatto delle nuove tecnologie tra economia e diritto*, Torino, 2009, 6.

⁶ D'ora in poi ricordata nel testo come legge sul diritto d'autore.

⁷ G. OPPO, *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1984, I, 190.

applicazioni” (art. 35 Cost.), principio indubbiamente riferibile anche alla libera attività di creazione intellettuale, la cui prima e vera tutela non può non consistere nel riconoscimento del diritto sul risultato creativo»⁸.

Impostato in questi termini, il dibattito è giunto alla configurazione di un meccanismo di tutela essenzialmente fondato sulla esclusione di altri soggetti dallo sfruttamento dell’opera, secondo uno schema interamente sovrapponibile al modello dello *ius excludendi omnes alios*⁹ tipico del diritto di proprietà. Al pari, dunque, di quanto avviene con riguardo ai beni mobili e immobili, anche al creatore di un’opera è accordata una tutela in grado di porlo al riparo da eventuali comportamenti abusivi posti in essere da terzi soggetti con il precipuo intento di trarre profitto dallo sfruttamento dell’opera.

La qualificazione proprietaria del diritto d’autore ha operato sul piano concettuale – attraverso la valorizzazione dei rimedi propri della tradizione privatistica in tema di diritti assoluti – e sul piano terminologico, così come dimostra il fatto che ben presto si è iniziato a parlare di un diritto della proprietà intellettuale per descrivere l’insieme di norme poste a tutela dei beni immateriali. Ciò ha permesso alla dottrina di studiare congiuntamente i brevetti, i marchi, i diritti degli autori e, in generale, tutte le situazioni

⁸ G. OPPO, *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1984, I, 190. Una posizione analoga è formulata da E. SANTORO, *Note introduttive sul fondamento costituzionale della protezione del diritto d'autore*, in *Il diritto d'autore*, 1975, 307; ID., *Diritto d'autore e libertà di manifestazione del pensiero (spunti di ricerca)*, in *Il diritto d'autore*, 1979, 754.

⁹ La terminologia è utilizzata in più punti nello scritto di L.C. UBERTAZZI, *Diritto d'autore*, in *Digesto discipline privatistiche – Sezione commerciale*, Volume 4, Torino, 1988, 366. L’Autore si sofferma con particolare attenzione sulla legge del 1942 per ricordare che essa interviene al termine di una lunga stagione di dibattiti filosofici e dogmatico-giuridici, nell’Europa continentale, sul fondamento e sulla natura giuridica dei diritti degli autori. Per l’Autore, è evidente che l’ordinamento italiano riconosce agli autori un diritto patrimoniale (*id est*: proprio lo *ius excludendi omnes alios* dallo sfruttamento dell’opera ricordato nel testo) e una serie di diritti morali. La legge, dunque, è espressione di una concezione dualistica del diritto d’autore, in virtù della quale i diritti patrimoniali e i diritti morali sono collocati uno accanto all’altro, separati anche se con reciproche connessioni e interferenze.

accomunate dalla preponderanza del profilo intellettuale sul mero dato esteriore¹⁰.

L'avvento di Internet ha provocato «effetti di proporzioni dirompenti sull'applicazione delle norme che tutelano le opere dell'ingegno di carattere creativo»¹¹ e, in particolare, sulle norme in tema di tutela del diritto d'autore.

Ai fini del discorso qui sviluppato, prenderemo in considerazione un tema di grande attualità – simbolicamente ricordato dalla dottrina con l'espressione «dilemma digitale»¹² – che si sostanzia nell'analisi delle

¹⁰ Il diritto della proprietà industriale rappresenta ormai una branca autonoma, così come comprovato dal decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30 recante il Codice della proprietà industriale, a norma dell'art. 15 della legge 12 dicembre 2002, n. 273. Per una valutazione complessiva dell'ambito oggettivo di riferimento e, in particolare, per dimostrare che esistono ulteriori fattispecie giuridicamente rilevanti rispetto a quelle indicate nel testo, si veda la formulazione dell'art. 1, così come integrata dal decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 131, secondo cui «(a) i fini del presente codice, l'espressione proprietà industriale comprende marchi ed altri segni distintivi, indicazioni geografiche, denominazioni di origine, disegni e modelli, invenzioni, modelli di utilità, topografie dei prodotti a semiconduttori, informazioni aziendali riservate e nuove varietà vegetali». È interessante notare che il legislatore unifica la normativa di riferimento dopo molti anni dal suggerimento della dottrina: per una formulazione in tal senso, si veda l'opera di P. GRECO – P. VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, Torino, 1974, *passim*.

¹¹ M. TRAVOSTINO, *Aspetti problematici del diritto d'autore nelle reti telematiche e prospettive di sviluppo*, in M. RICOLFI (a cura di), *Copyright digitale. L'impatto delle nuove tecnologie tra economia e diritto*, Torino, 2009, 161. In senso sostanzialmente analogo, M. RICOLFI, *On line ed off-line*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2007, 219.

¹² N. LUCCHI, *I contenuti digitali. Tecnologie, diritti e libertà*, Milano, 2010, 11. La dottrina straniera qualifica la situazione descritta nel testo alla stregua di un paradosso, dato che la disponibilità di nuove tecnologie, potenzialmente idonea a garantire nuove forme di libertà e di partecipazione culturale, ha fatto emergere opportunità di sfruttamento economico di questi strumenti che presuppone la circoscrizione proprio di questi nuovi spazi di libertà (molto interessanti, su questo specifico aspetto, le osservazioni di V. BALKIN, *Digital Speech and Democratic Culture: a Theory of Freedom of Expression for the Information Society*, in *New York University Law Review*, 2004, Volume 79, 1, in particolare pagg. 2-3: «(t)he digital revolution places freedom of speech in a new light, just as the development of broadcast technologies of radio and television did before it. The digital revolution brings features of the system of free expression to the forefront of our concern, reminding us of things about freedom of expression that were always the case, but now have become more central and thus more relevant to the policy issues we currently face. The digital revolution makes possible widespread cultural participation and interaction that previously could not have existed on the same scale. At the same time, it creates new opportunities for limiting and controlling those forms of cultural participation and interaction. The digital age makes the production and distribution of information a key source of wealth. Therefore it creates a new set of conflicts over capital and property rights that concern who has the

ripercussioni causate dallo sviluppo delle tecnologie di comunicazione digitale sul tradizionale sistema di distribuzione dei contenuti.

Per affrontare il tema, ancora una volta prenderemo le mosse dalla ricostruzione delle principali caratteristiche di Internet, al fine di valutarne la compatibilità con il modello tradizionalmente adottato per tutelare i diritti degli autori.

Internet è uno strumento che, almeno potenzialmente, contribuisce all'ampliamento delle conoscenze dei consociati: questi ultimi, infatti, grazie all'ausilio di un computer connesso alla rete possono accedere a un numero di contenuti maggiore rispetto alla quantità di informazioni veicolate sui tradizionali mezzi di comunicazione. La navigazione in un sito può condurre all'esplorazione di tante altre risorse, stimolando così curiosità e intelligenze che, probabilmente, nessuna altra forma di diffusione del pensiero è in grado di realizzare. Inoltre, il percorso dell'utente è notevolmente agevolato dalla semplicità e dall'intuitività dei sistemi impiegati sulla rete.

Il termine conoscenza è qui impiegato in un'accezione ampia, nella misura in cui postula il riferimento all'insieme delle informazioni e dei dati percepibili dall'intelletto umano, in qualsiasi forma essi vengano espressi o ottenuti. L'insieme delle conoscenze rappresenta un patrimonio comune che dobbiamo conservare, divulgare e sviluppare, anche nella prospettiva di

right to distribute and gain access to information. Not surprisingly, the free speech principle sits at the center of these conflicts. Freedom of speech is rapidly becoming the key site for struggles over the legal and constitutional protection of capital in the information age, and these conflicts will shape the legal definition of freedom of speech. The digital revolution offers unprecedented opportunities for creating a vibrant system of free expression. But it also presents new dangers for freedom of speech, dangers that will be realized unless we accommodate ourselves properly to the changes the digital age brings in its wake. The emerging conflicts over capital and property are very real. If they are resolved in the wrong way, they will greatly erode the system of free expression and undermine much of the promise of the digital age for the realization of a truly participatory culture». Una prima formulazione teorica del c.d. dilemma digitale è presente in COMMITTEE ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, COMPUTER SCIENCE & TELECOMMUNICATIONS BOARD, *The Digital Dilemma: Intellectual Property in the Information Age*, Washington, 2000. Per un approccio economico, si veda la ricostruzione di B. KEINTZ, *The Recording Industry's Digital Dilemma: Challenges and Opportunities in High Piracy Markets*, in *Review of Economic Research on Copyright Issues*, 2005, Volume 2, 2, 83.

rendere possibile l'accesso ai contenuti informativi da parte delle future generazioni¹³.

Recuperando, quindi, le conclusioni formulate in ambito extra-giuridico sul tema della conoscenza, possiamo affermare che il modello ritenuto preferibile dagli studiosi del settore è inclusivo e cumulativo: più il mezzo è accessibile e diffuso tra gli utenti, maggiore sarà il vantaggio conseguito dagli interessati. La partecipazione al processo di diffusione delle conoscenze, dunque, è un valore ed è compito del legislatore sviluppare politiche coerenti con questo fine.

Le conclusioni appena riportate sono di grande interesse e forniscono argomenti utili alla disamina delle principali questioni riguardanti Internet e, in particolare, alla risoluzione del c.d. dilemma digitale.

Entriamo nel merito della questione. Come già anticipato, non si può non tener conto del fatto che Internet abbia notevolmente contribuito alla diffusione delle conoscenze, rendendo possibile lo sviluppo di un processo inclusivo e cumulativo¹⁴. Anzi, si potrebbe forse sostenere che Internet rappresenti l'esempio più vicino al modello teorico di riferimento proprio in ragione della struttura aperta che abbiamo più volte messo in evidenza nelle pagine precedenti.

¹³ Questa impostazione del problema è formulata nell'introduzione al bel lavoro di C. HESS – E. OSTROM (eds), *Understanding knowledge as common*, Cambridge, 2007. La diffusione del testo in Italia è stata notevolmente agevolata dalla traduzione di P. Ferri (C. HESS – E. OSTROM, *La conoscenza come bene comune. Dalla teoria alla pratica*, edizione italiana a cura di P. FERRI, Milano, 2009 (il tema è affrontato anche in un precedente lavoro: C. HESS – E. OSTROM, *Ideas, Artifacts, and Facilities: Information as a Common-Pool Resource*, in *Law and Contemporary Problems*, 2003, Volume 66, 1-2, 111). Un'impostazione molto simile è seguita anche da L. GILLE, *La protezione della proprietà intellettuale, fattore della divisione internazionale della conoscenza*, in A. PILATI – A. PERRUCCI (a cura di), *Economia della conoscenza. Profili teorici ed evidenze empiriche*, Bologna, 2005. Per un'applicazione specifica al campo del diritto d'autore, si veda L.B. SOLUM, *The Future of Copyright*, in *Texas Law Review*, 2005, Volume 83, 1137. Per un'inquadramento in chiave giuridica del problema si veda il recente contributo di F. PIZZETTI, *Tutela del diritto d'autore in rete: la cornice del problema*, in ID. (a cura di), *I diritti nella "rete" della rete. Il caso del diritto di autore*, Torino, 2011, 63.

¹⁴ Sul tema indicato nel testo sono molto interessanti gli spunti di riflessioni presenti nel recente contributo di O. POLLICINO, *Tutela del pluralismo nell'era digitale: ruolo e responsabilità degli Internet service provider*, in *Giurcost*.

La questione di fondo posta dagli Autori che si sono occupati del dilemma digitale mira a risolvere «il conflitto tra l'esigenza di non limitare la diffusione dei contenuti digitali e quella contrapposta di tutelare in modo adeguato i diritti di proprietà intellettuale»¹⁵, anche alla luce del mutamento del modello tradizionale di distribuzione¹⁶.

Un'informazione digitalizzata può essere facilmente diffusa sulla rete¹⁷. L'utente può procedere al *download* del file musicale o del contenuto audiovisivo al fine di avere la disponibilità del prodotto digitale sul proprio computer o su un spazio *cloud* di cui è titolare; potrebbe limitarsi a fruire di quel contenuto in modalità *streaming*, connettendosi ai siti su cui è archiviato il materiale desiderato; inoltre, potrebbe decidere di condividere – secondo il modello del *file sharing* – quel contenuto con altre persone, grazie all'impiego di *software* concepiti proprio per mettere in connessione utenti connessi da ogni parte del pianeta. Le modalità di distribuzione del contenuto dipendono da due fattori: in ragione dell'esemplificazione appena riportata – da intendersi non comprensiva di tutti i modelli emersi nella prassi –, possiamo affermare che «in linea di principio, la fruizione del contenuto può essere o decisa dall'utente, che sceglie sia il momento in cui godere del contenuto, sia il contenuto fruito tra quelli disponibili sul sito, oppure decisa dal sito distributore che procede all'offerta, mettendo dunque l'utente nella condizione, nel momento in cui accede al sito, di fruire solo del contenuto che è disponibile in quello specifico momento»¹⁸.

¹⁵ N. LUCCHI, *I contenuti digitali. Tecnologie, diritti e libertà*, Milano, 2010, 11.

¹⁶ C. SHAPIRO – H.R. VARIAN, *Information Rules: A strategic Guide to the Network Economy*, Boston, 1999, *passim*.

¹⁷ La facilità nella riproduzione dei contenuti digitali è un elemento da tenere bene in considerazione. Sul punto, sono particolarmente pertinenti le osservazioni di A. GLORIOSO, *Apologia della copia*, in M. RICOLFI (a cura di), *Copyright digitale. L'impatto delle nuove tecnologie tra economia e diritto*, Torino, 2009, 103 e G. RUFFO, *La (in)sostenibile leggerezza della copia digitale*, in M. RICOLFI (a cura di), *Copyright digitale. L'impatto delle nuove tecnologie tra economia e diritto*, Torino, 2009, 135. Si interroga sulla questione anche J. MALKAN, *What Is a Copy?*, in *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 2005, Volume 23, 313.

¹⁸ In questi termini, M.L. MONTAGNANI, *Il diritto d'autore nell'era digitale. La distribuzione online delle opere dell'ingegno*, Milano, 2012, 125. L'Autrice fornisce

Dunque, la digitalizzazione delle opere ha portato alla netta contrapposizione di due modelli di produzione e diffusione delle idee: da un lato, infatti, abbiamo forme di controllo rigido e accentrato che sottintendono il ricorso a misure tecnologiche accessorie di protezione (*in primis*: il *digital rights management*¹⁹); invece, sul fronte opposto, si collocano le applicazioni ispirate al principio dell'*open source*²⁰, accomunate da un elevato livello di interattività e dalla scarsa incidenza del ruolo di intermediazione. La prevalenza in un modello a discapito dell'altro dipende dai «confini dell'universo creativo

un'interessante schematizzazione fondata sulla distinzione tre servizi musicali, i servizio video e videogiochi. A ben vedere, nel testo si osserva che «molti dei siti analizzati appartenerebbero a più di una delle tipologie previste nella tabella» sviluppata (si veda, in particolare, pag. 126, ove vengono riportati anche i dati statistici impiegati).

¹⁹ La letteratura straniera si è occupata in maniera approfondita del tema indicato nel testo, con ricerche che hanno contribuito alla individuazione di pregi e difetti del sistema. Tra i principali lavori, si ricordano: T. W. BELL, *Fair Use vs. Fared Use: The Impact of Automated Rights Management on Copyright's Fair Use Doctrine*, in *North Carolina Law Review*, 1998, Volume 76, 557; D.L. BURK – J.E. COHEN, *Fair Use Infrastructure for Rights Management Systems*, in *Harvard Journal of Law and Technology*, 2001, Volume 15, 41; B. ROSENBLATT – B. TRIPPE – S. MOONEY, *Digital Rights Management. Business and Technology*, New York, 2002; P. GANLEY, *Acces to the Individual: Digital Rights Management Systems and the Intersection of Informational and Decisional Privacy Interests*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 2002, Volume, 10, 241; L.A. BYGRAVE, *Digital Rights Management and Privacy. Legal Aspects in the European Unions*, in E. BECKER – W. BUHSE – D. GÜNNEWIG – N. RUMP (eds.), *Digital Rights Management. Technological, Economic, Legal and Political Aspects*, Berlino, 2003, 504; S. BECHTOLD, *The Present and Future of Digital Rights Management. Musings on Emerging Legal Problems*, in E. BECKER – W. BUHSE – D. GÜNNEWIG – N. RUMP (eds.), *Digital Rights Management. Technological, Economic, Legal and Political Aspects*, Berlino, 2003, 597, che analizza il tema partendo dall'idea che «*Digital Rights Management (DRM) promises to offer a secure framework for distributing digital content (music, video, text, rare data etc.). DRM enables an electronic marketplace where previously unimaginable business models can be implemented. At the same time, DRM ensures that content providers —particularly copyright owners — receive adequate remuneration for the creation of the content that is distributed over the DRM system. And so, copyright owners lived happily ever after*»; J.E. COHEN, *DRM and Privacy*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2003, Volume 13, 575. Per quanto riguarda la dottrina italiana, si veda l'ampio studio di R. CASO, *Digital Rights Management. Il commercio delle informazioni digitali tra contratto e diritto d'autore*, Padova, 2004.

²⁰ I tratti caratterizzanti del modello *open source* sono ben descritti da D. MCGOWAN, *Legal Implications of Open Source Software*, in *Illinois Law Review*, 2001, 241 e da S. MCJOHN, *The Paradoxes of Free Software*, in *George Mason Law Review*, 2000, Volume 9, 25.

digitale», i cui confini «si spostano secondo le scelte dell'autore e del detentore di diritti patrimoniali»²¹.

Il primo modello reca un indubbio vantaggio agli autori. Pur non essendo tecnicamente possibile proteggere l'opera con la garanzia dell'assoluta inaccessibilità, l'impiego del *digital rights management* impedisce la riproduzione del prodotto culturale, la tracciabilità dell'uso e la verifica di compatibilità tra il comportamento dell'utente e le previsioni del contratto di licenza. Dunque, questa tecnologia consente una gestione di tutti i diritti economici nascenti dall'opera, compresi quelli di natura contrattuale. In particolare, il sistema consente di stipulare ed eseguire contratti, nonché di sanzionare – anche con modalità automatiche – la violazione posta in essere dall'utente. L'utilità del sistema, inoltre, è notevolmente accresciuta nel corso del tempo grazie all'impiego di tecnologie in grado di assicurare una *persistent protection* del contenuto digitale in ogni fase di svolgimento del rapporto²².

Il modello dell'*open source*, invece, permette una collaborazione tra il titolare dei diritti d'autore e gli altri utenti della rete, nella prospettiva di garantire la massima condivisione possibile delle conoscenze acquisite. Le prime applicazioni di questa modalità di gestione dei diritti d'autore si sono avute nell'ambito della progettazione dei *software*: sempre più spesso, infatti, i produttori di programmi hanno ritenuto opportuno rendere accessibile agli utenti il codice sorgente della propria applicazione con il dichiarato obiettivo di consentire la modifica e la copia del *software*. Nella prassi, dunque, sono emerse nuove tipologie di licenze che conferiscono all'utilizzatore permessi diversi in ragione del tipo di attività consentita. In molti casi, il rilascio di questa licenza impone l'obbligo di redistribuire il prodotto elaborato dallo sviluppatore, in modo da rendere possibile l'ulteriore intervento da parte di altri soggetti.

²¹ In questi termini, A. ARDIZONE – G.B. RAMELLO, *Diritto d'autore e mercato: effetti economici, rilievi critici e novità nell'era digitale*, in M. RICOLFI (a cura di), *Copyright digitale. L'impatto delle nuove tecnologie tra economia e diritto*, Torino, 2009, 25.

²² R. CASO, *Digital Rights Management. Il commercio delle informazioni digitali tra contratto e diritto d'autore*, Padova, 2004, 6.

Le modalità dell'*open source* non sono state circoscritte al solo campo dei *software*, così come dimostra l'applicazione di queste licenze al settore dei contenuti editoriali: infatti, anche grazie all'elaborazione teorica di uno dei più grandi esperti del settore ²³, hanno iniziato ad avere una certa diffusione le c.d. *creative commons*,²⁴ delle clausole contrattuali di licenza nelle quali è indicato quali utilizzi dell'opera sono consentiti. L'autore, in questo modo, non è più il titolare di tutti i diritti che nascono dalla creazione dell'opera ma solo di quelli presi in considerazione nelle clausole di licenza, dato che tutti gli altri sono attribuiti all'acquirente del prodotto digitale. Dunque, le *creative commons* agevolano la libera e consapevole circolazione delle informazioni cercando di garantire l'affermazione di un modello economico alternativo a quello del *digital rights management*.

Tuttavia, l'applicazione delle *creative commons* pone alcuni quesiti. In primo luogo, bisogna chiedersi se il sistema è sostenibile da parte di tutti i

²³ Nel testo ci si riferisce a Lawrence Lessig, autore di moltissimi contributi sul tema. In questa, si richiamano le traduzioni italiane di alcuni dei libri più famosi del giurista americano: L. LESSIG, *Cultura libera: un equilibrio fra anarchia e controllo, contro l'estremismo della proprietà intellettuale*, Milano, 2005; ID., *Il futuro delle idee*, Milano, 2006; ID., *Remix: il futuro del copyright (e delle nuove generazioni)*, Milano, 2009. Per una disamina delle caratteristiche che dovrà presentare la futura legislazione in tema di tutela del diritto d'autore, si veda ID., *Innovating copyright*, in *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 2001-2002, Volume 20, 610.

²⁴ Le licenze *creative commons* non rappresentano l'unica applicazione del principio *open source*. A ben vedere, esse sono state anticipate dalle *open publication license* e *free documentation license*. In particolare, quest'ultimo modello è sviluppato in ambito *software*, anche se non mancati usi al di fuori di questo specifico settore, come dimostra l'esperienza di Wikipedia. La prima tipologia di licenze, invece, è ormai completamente superata. Per una ricostruzione dei modelli precedenti alle *creative commons*, si veda l'ormai risalente contributo di R. STALLMAN, *The GNU Operating System and the Free Software Movement*, in C. DI BONA – S. OCKMAN – M. STONE (eds), *Open Sources: Voices from the Open Source Revolution*, Sebastopol, 1999. Il progetto *creative commons* è quello maggiormente diffuso ai giorni nostri. Esso è reso possibile grazie alle attività di un ente associativo centrale, titolare dei diritti di marchio, del dominio Internet www.creativecommons.org e dei domini a esso collegati, nonché del *copyright* sul materiale ufficiale pubblicato. Il sistema funziona tramite una rete di *affiliate institutions* che fungono da referenti per i vari progetti nazionali, legate all'ente centrale da un rapporto gerarchico che, solo apparentemente è poco calzante con la cultura *opencontent*, che anima l'intero progetto. A ben vedere, quest'organizzazione è essenziale per consentire lo sviluppo delle licenze e per realizzare quelle iniziative informative indispensabili per sensibilizzare il mondo degli autori e degli editori in modo efficace e coordinato.

soggetti coinvolti e, in particolar modo, da parte degli autori delle opere²⁵. In particolare: quale vantaggio economico è riconosciuto agli autori che decidono di ricorrere alle licenze *creative commons*? Quale ruolo viene assegnato al sistema agli intermediari della distribuzione?

Il primo problema può essere risolto tenendo presente che il sistema delle *creative commons* non postula necessariamente la gratuità della diffusione del prodotto: la scelta di una diffusione libera del materiale, infatti, non significa che essa sia anche necessariamente gratuita²⁶. Quindi, non bisogna confondere la libertà con la totale assenza di una struttura economicamente sostenibile, così come suggerito da coloro i quali si sono occupati del tema²⁷.

Non a caso, è possibile osservare che la duttilità del sistema *open source* ha spinto verso nuove forme di *business* anche i tradizionali attori del sistema *close*, i quali, lungi dal perseguire finalità filantropiche²⁸, hanno ritenuto conveniente per i propri bilanci avvicinarsi a questa nuova filosofia produttiva²⁹.

Tuttavia, nonostante il parziale ottimismo della dottrina economica e giuridica, è innegabile che le *creative commons* abbiano avuto una scarsa incidenza pratica, proprio a causa del livello di introiti economici assicurati agli autori. Il

²⁵ L'interrogativo è una costante dell'elaborazione dottrinale. In questa sede sia consentito il solo rinvio all'impostazione in chiave giuridico-economica sviluppata da A. BONACCORSI – C. ROSSI, *L'economia della produzione di OSS: regimi di protezione della proprietà intellettuale e modelli di business*, in G. UBERTAZZI (a cura di), *La produzione di software Open Source. Aspetti economici e giuridici*, Milano, 2005, *passim*.

²⁶ A. ARDIZONE – G.B. RAMELLO, *Diritto d'autore e mercato: effetti economici, rilievi critici e novità nell'era digitale*, in M. RICOLFI (a cura di), *Copyright digitale. L'impatto delle nuove tecnologie tra economia e diritto*, Torino, 2009, 29.

²⁷ Per l'analisi delle varie impostazioni economiche del tema, si veda M. MUFFATTO – M. FALDANI, *Open Source. Strategie, organizzazione, prospettive*, Bologna, 2004.

²⁸ M. MUFFATTO – M. FALDANI, *Open Source. Strategie, organizzazione, prospettive*, Bologna, 2004, in particolare Capitolo V.

²⁹ A. ARDIZONE – G.B. RAMELLO, *Diritto d'autore e mercato: effetti economici, rilievi critici e novità nell'era digitale*, in M. RICOLFI (a cura di), *Copyright digitale. L'impatto delle nuove tecnologie tra economia e diritto*, Torino, 2009, 30, riportano l'esempio di alcune case produttrici di personal computer che hanno deciso di integrare la propria offerta commerciale con prodotti ispirati alla filosofia open source. Gli Autori osservano che ciò ha permesso di sviluppare prodotti ibridi che, in molti casi, hanno riscosso un grande successo nelle vendite.

disinteresse rappresenta una costante e prescinde dal tipo di contenuto commercializzato, come dimostra il fatto che molto raramente grandi interpreti del panorama musicale, titolari dei diritti sui film prodotti dalle grandi case cinematografiche, sviluppatori di videogiochi e scrittori hanno fatto ricorso al meccanismo delle licenze *creative commons*.

A ben vedere, la ragione di questo disinteresse risiede in motivazioni di natura economica, sintetizzabili nel seguente interrogativo: per quale ragione, gli autori dovrebbero rinunciare a una parte consistente dei ricavi che potrebbero ottenere con l'impiego di strumenti di tutela più rigidi?

Per i sostenitori delle *creative commons*, l'abbassamento degli introiti è controbilanciato dalla notevole riduzione dei casi di pirateria informatica: si sostiene, infatti, che l'abbassamento del prezzo è elemento sufficiente a orientare gli utenti verso il rispetto delle leggi in materia, che, nella maggioranza dei casi, prevedono interventi repressivi di stampo penalistico³⁰. In particolare, il tipico effetto deterrente causato dalla minaccia dell'applicazione di una sanzione penale e un'offerta commerciale caratterizzata da prezzi contenuti o, addirittura, forfettari, spingerebbe gli utenti ad abbandonare il mercato della contraffazione. Ciò permetterebbe di

³⁰ La dottrina penalistica che si è occupata dei reati informatici e, in particolare, dei crimini in violazione del diritto d'autore è assai copiosa. Per questa ragione, sia consentito il solo rinvio alle principali letture fatte: P. PALLADINO, *La tutela penale del diritto d'autore dopo la riforma*, in *Diritto penale e processo*, 2002, 2, 235; C. BLENGINO, *La tutela penale del copyright digitale: un'onda confusa e asincrona*, in M. RICOLFI (a cura di), *Copyright digitale. L'impatto delle nuove tecnologie tra economia e diritto*, Torino, 2009, 69; R. FLOR, *Misure tecnologiche di protezione e tutela penale dei diritti d'autore: l'esperienza applicativa italiana*, in *Diritto penale e processo*, 2011, 8, 1003. In molti casi, la giurisprudenza ha contribuito all'elaborazione dogmatica del tema, così come dimostrano le seguenti pronunce: CORTE DI CASSAZIONE PENALE, Sezione II, sentenza 18 gennaio 2005, n. 3995, in *Diritto dell'Internet*, 2005, 3, 267 annotata da R. ZANOTTI, *(Dis)orientamenti della cassazione in tema di tutela penale del diritto d'autore*; CORTE DI CASSAZIONE PENALE, Sezioni Unite, sentenza 20 dicembre 2005, n. 47164, in *Diritto dell'Internet*, 2006, 2, 143, annotata da D. TERRACINA, *Il «cerchio e la botte»*, linee guida delle sezioni unite in materia di tutela penale del diritto d'autore; CORTE DI CASSAZIONE PENALE, Sezione III, sentenza 22 novembre 2006, n. 149, in *Diritto penale e processo*, 2007, 8, 1017, annotata da M. FARINA, *Il dolo specifico e la tutela penale del diritto d'autore: il caso della pirateria altruistica on line*; CORTE DI CASSAZIONE PENALE, Sezione III, sentenza 25 maggio 2007, n. 33768, in *Diritto dell'Internet*, 2008, 2, 149, annotata da R. CASO, *«Modchips» e tutela penale delle misure (tecnologiche) di protezione dei diritti d'autore: ritorno al passato?*

avere due effetti positivi: il sistema potrebbe recuperare il *gap* sul piano della legalità e gli autori potrebbero ricevere più introiti e, quindi, almeno parzialmente recuperare quella parte di ricavi persa con la sottoscrizione delle *creative commons*

Tuttavia, i dati statistici segnalano che i grandi operatori del settore non trovano alcuna convenienza nel barattare il livello attuali di ricavi – che rimane alto nonostante la forte incidenza dei reati compiuti – con la promessa di guadagni futuri, incerti nell'*an* e nel *quantum*. Lo dimostra il fatto che preferiscono continuare a chiedere ai legislatori un *enforcement* delle attuali normative, l'inasprimento delle pene e l'aumento dei controlli. Si tratta di istanze molto forti, che in alcuni casi sono riuscite nell'intento di orientare le politiche *in subiecta materia*³¹.

Argomentazioni molto simili descrivono il disinteresse degli autori meno noti al grande pubblico: questi ultimi, infatti, sono restii a inserire la propria opera nel circuito delle *creative commons* perché ciò significherebbe ridurre i già poco consistenti ricavi assicurati dalla commercializzazione del prodotto. Anche in questo caso, dunque, le motivazioni di ordine economico rappresentano un forte deterrente all'impiego delle *creative commons*.

Il secondo interrogativo riguarda la gestione delle *creative commons*. A tal proposito, bisogna chiedersi: a chi spetta il compito di gestire queste licenze? E, soprattutto: quali problemi di *governance* pone l'attuale sistema di gestione?

L'importanza delle questioni poste, ad avviso di chi scrive, non diminuisce in ragione della scarsa diffusione delle *creative commons*, ed è per questa ragione che proveremo comunque a dare una risposta agli interrogativi posti.

L'attuale sistema si fonda sull'operato di un ente privato che coordina – con un forte vincolo gerarchico – le attività delle varie diramazioni territoriali. Si tratta di un'organizzazione che non ha alcun rilievo sul piano

³¹ Un esempio della situazione descritta nel testo si riviene, ad avviso di chi scrive, nel recente caso del regolamento dell'AGCOM sul diritto d'autore *online*, su cui si veda *infra*, § 5.

dell'ordinamento statale, dato che nessuna norma di legge le attribuisce questo compito. Dunque, pur ricordando che siamo in presenza di una scelta volontaria degli autori, siamo sicuri che non si ponga un problema di compatibilità del sistema con le norme che disciplinano l'attività istituzionale delle autorità pubbliche volte a garantire la tutela de diritto d'autore? In particolare, quali argomenti, possiamo trarre dalla giurisprudenza sulla natura giuridica di ente pubblico economico accordata alla SIAE³²?

Il carattere libero dell'organizzazione si pone in aperto contrasto con l'insostituibilità dell'attività di intermediazione svolta dalla SIAE, la quale comporta, per quest'ultima, l'esercizio delle sue funzioni in condizioni di sostanziale monopolio. D'altronde, sulla scorta di questa considerazione, la dottrina giustifica sia l'obbligo di contrattare sia il divieto di discriminazioni arbitrarie sancito dall'art. 2597 cod. civ. Forse, ancor più chiara è la posizione della giurisprudenza, secondo cui la SIAE è un «ente monopolista di promozione della cultura e del concreto obiettivo di una reale diffusione delle opere dell'ingegno di carattere creativo»³³.

Per queste motivazioni, sarebbe quanto mai opportuno prevedere una forma di raccordo tra le attività istituzionali della SIAE e l'operato dell'ente gestore delle *creative commons*, almeno dell'articolazione territoriale che ha competenza sul territorio italiano. I due soggetti, per esempio, potrebbero giungere alla sottoscrizione di un protocollo di intesa con l'obiettivo di

³² In una risalente ma interessante pronuncia, la Corte di Cassazione ha avuto modo di occuparsi del tema indicato nel testo affermando il principio secondo cui a nulla vale il tentativo di degradare il rapporto tra gli autori e gli editori e la SIAE ad un «rapporto meramente contrattuale di diritto privato come se questo rapporto tra gli autori e gli editori e la SIAE fosse equiparabile a quello con società di capitali o con associazioni di diritto privato» (in questi termini, CASSAZIONE CIVILE, Sezioni Unite, sentenza 15 luglio 1993, n. 7841 in *Giurisprudenza italiana*, 1995, I,1, 510, annotata da A. VERRANDO, *Nota sulle conseguenze della natura di ente pubblico economico della SIAE*). Si sofferma a lungo sull'evoluzione dell'ordinamento in merito alla qualificazione della SIAE, D. SARTI, *Nota in tema di «privatizzazione» dell'attività della SIAE*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2009, 2, 349. Per una ricostruzione dell'attuale ruolo della SIAE nel sistema italiano, si veda S. PASQUAL, *La SIAE. La sezione Musica*, in A. VALENTI (a cura di), *La legislazione per lo spettacolo e le attività musicali. Norme, contratti, diritti, obblighi, sanzioni*, Torino, 2012, 225.

³³ TRIBUNALE DI ROMA, sentenza 21 marzo 1991, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1992, 442.

garantire la razionalizzazione degli interventi. In questo modo si riuscirebbe a delineare un quadro di riferimento per l'azione dell'ente gestore, anche se, ad avviso di chi scrive, la legittimazione ad occuparsi della tutela del diritto d'autore dovrebbe rinvenire la sua fonte sempre in una norma di diritto positivo di provenienza parlamentare.

Concludiamo sul tema recuperando proprio quest'ultimo argomento.

In base alle considerazioni sin qui svolte, riteniamo che le *creative commons* non rappresentino una soluzione adeguata al dilemma digitale, soprattutto a causa dei motivi economici evidenziati in precedenza, che restano sullo sfondo anche qualora si riesca a dare una soddisfacente soluzione ai problemi di *governance*.

Tuttavia, non si deve concludere circa l'assoluta impossibilità di risolvere in punto di diritto il problema della diffusione dei contenuti digitali: ad avviso di chi scrive, infatti, una risposta è possibile e deve essere data da un legislatore attento alle particolarità della materia da regolare³⁴. Al pari di quanto è stato suggerito con riguardo alle tematiche analizzate nelle pagine precedenti, dunque, è necessario prendere le mosse dal recupero della centralità della decisione politica, unico fattore in grado di assicurare la coerenza del sistema: pur tenendo presente, infatti, che la soluzione proposta non può tradursi in un'aprioristica e incondizionata fiducia nei confronti dell'attività legislativa, riteniamo che per assicurare il corretto bilanciamento tra tutti gli interessi coinvolti sia indispensabile l'intervento del *conditor jus*, con tutte le garanzie che normalmente presidiano lo svolgimento della funzione legislativa.

Nelle pagine seguenti, dunque, affronteremo il tema della tutela del diritto d'autore *online* nella prospettiva del bilanciamento, tenendo presenti i

³⁴ Un legislatore attento dovrebbe, per esempio, partire dall'analisi delle caratteristiche proprie dei contenuti digitali. A tal proposito, si richiama il contributo di P. SAMUELSON, *Digital Media and the Changing Face to Intellectual Property Law*, in *Rutgers Computer and Technology Law Journal*, 1990, Volume 16, 323, particolarmente interessante proprio per l'individuazione di quelle caratteristiche – quantificate in numero pari a sei – che sarebbero responsabili di significativi cambiamenti normativi.

risultati formulati dalla dottrina con riguardo alle altre ipotesi in cui la tutela della proprietà intellettuale entra in contrasto con discipline contigue³⁵.

³⁵ La dottrina straniera si è dedicata al tema della tutela del *copyright* con contributi trasversali. In questa sede, pare opportuno ricordare i molti lavori espressamente dedicati al rapporto tra diritto d'autore e diritto antitrust: F. LÉVÊQUE – H. SHELANSKI (eds), *Antitrust, Patents And Copyright. EU and US Perspectives*, Cheltenham-Northampton, 2005; M.P. PUGATCH (ed), *The Intellectual Property Debate. Perspectives from Law, Economics and Political Economy*, Cheltenham-Northampton, 2006; K. CZAPRACKA, *Intellectual Property And The Limits Of Antitrust. A Comparative Study of US and EU Approaches*, Cheltenham-Northampton, 2009; S. ANDERMAN – A. EZRACHI, *Intellectual Property and Competition Law: New Frontiers*, Oxford, 2011; M.A. CARRIER (ed), *Intellectual Property and Competition*, Cheltenham-Northampton, 2011; M. MAGGIOLINO, *Intellectual Property and Antitrust. A Comparative Economic Analysis of US and EU Law*, Cheltenham-Northampton, 2011. Su questo specifico aspetto, si veda anche l'opera in sei volumi di A. SIROTTI GAUDENZI (a cura di), *Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza*, Torino, 2010. Tuttavia, non sono mancati contributi che hanno cercato di interpretare le norme in tema di tutela del diritto d'autore in maniera congiunta con discipline diverse da quella antitrust: S. HAUNSS – K.C. SHADLEN (eds), *Politics of Intellectual property*, Cheltenham-Northampton, 2009; A. STROWEL (ed), *Peer-To-Peer File Sharing And Secondary Liability In Copyright Law*, Cheltenham-Northampton, 2009; L. BENTLY – U. SUTHERSANEN – P. TORREMANS (eds), *Global Copyright. Three Hundred Years Since the Statute of Anne, from 1709 to Cyberspace*, Cheltenham-Northampton, 2010; A. FLANAGAN – A. MONTAGNANI (eds), *Intellectual Property Law*, Cheltenham-Northampton, 2010; W. KINGSTON, *Beyond Intellectual Property. Matching Information Protection to Innovation*, Cheltenham-Northampton, 2010; D. ZOGRAFOS, *Intellectual Property and traditional cultural expressions*, Cheltenham-Northampton, 2010; C.J. CRAIG, *Copyright, Communication and Culture. Towards a Relational Theory of Copyright Law*, Cheltenham-Northampton, 2011; A. KUR – V. MIZARAS (eds), *The structure of intellectual Property Law*, Cheltenham-Northampton, 2011; B. LINDNER – T. SHAPIRO (eds), *Copyright In The Information Society. A Guide to National Implementation of the European Directive*, Cheltenham-Northampton, 2011; D. MATTHEWS, *Intellectual Property, Human Rights and Development. The Role of NGOs and Social Movements*, Cheltenham-Northampton, 2011; R. MATULIONYTE, *Law Applicable To Copyright. A Comparison of the ALI and CLIP Proposals*, Cheltenham-Northampton, 2011; C. SEVILLE, *Eu Intellectual Property Law And Policy*, Cheltenham-Northampton, 2011; A.C. YEN – J.P. LIU, *Copyright Law: Essential Cases and Materials*, Cheltenham-Northampton, 2011; G. D'AGOSTINO, *Copyright, Contracts, Creators. New Media, New Rules*, Cheltenham-Northampton, 2012; P. GROVES, *A dictionary of Intellectual Property Law*, Cheltenham-Northampton, 2012; G.H. TANG, *Copyright And The Public Interest In China*, Cheltenham-Northampton, 2012. Infine, si segnala l'opera di C.S. YOO (ed), *Copyright*, Cheltenham-Northampton, 2011, che, in due volumi, affronta tutti gli aspetti più rilevanti del tema *de qua*.

2. *Il problema in punto di diritto: alla ricerca del corretto bilanciamento tra diritto d'autore e libertà dei netcitizens*

In base alle considerazioni sin qui svolte, possiamo affermare che il dilemma digitale trova una soluzione in virtù della composizione di interessi e diritti di rango costituzionale³⁶ che si contendono il campo nella distribuzione *online* delle opere di ingegno³⁷. Il tema, dunque, è di grande interesse per il diritto costituzionale, dato che postula un diretto riferimento al bilanciamento tra due situazioni giuridiche soggettive previste in Costituzione: da un lato abbiamo la libertà di informazione saldamente ancorata all'art. 21 Cost.³⁸ e, dall'altro lato, il diritto allo sfruttamento delle opere d'ingegno, sul cui fondamento costituzionale sono state avanzate varie impostazioni³⁹.

³⁶ A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, Volume II, Tomo 2, Milano, 2008, 185.

³⁷ Sull'applicazione della tecnica del bilanciamento alla materia de qua, si veda il circostanziato contributo di G. SCACCIA, *Il bilanciamento degli interessi in materia di proprietà intellettuale*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2005, 198.

³⁸ In merito alla configurazione della manifestazione del pensiero come libertà fondamentale non sono stati mai avanzati dubbi in dottrina. Senza pretesa di esaustività, si vedano i seguenti contributi: S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957; C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1959; P. TESAURO, *Democrazia e informazione*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1968, III, 235; A. LOIODICE, *Contributo allo studio sulla libertà d'informazione*, Napoli, 1969; P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975; C. CHIOLA, *L'informazione nella Costituzione*, Padova, 1973; L. PALADIN, *Problemi e vicende della libertà d'informazione nell'ordinamento giuridico italiano*, in L. PALADIN (a cura di), *La libertà d'informazione*, Torino, 1979; A. BALDASSARRE, *Libertà di stampa e diritto all'informazione nelle democrazie contemporanee (con particolare riguardo a Francia, RTF e USA)*, in *Politica del diritto*, 1986, 584; M. LUCIANI, *La libertà di informazione nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Politica del diritto*, 1989, 606; P. COSTANZO, *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, Volume 8, Torino, 1993, 319.

³⁹ La contrapposizione tra i due valori ricordati nel testo è bene messa in luce da G. DE MINICO, *Diritto d'autore batte Costituzione 2 a 0*, in *Costituzionalismo*, con le seguenti parole: «(c)hiariamo i valori in gioco: da un lato, il diritto allo sfruttamento economico dell'opera d'ingegno, espressione della più ampia libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost.; dall'altro, il diritto fondamentale alla libera informazione del sito web o del fornitore di servizi media audiovisivi, oppure quello alla segretezza della comunicazione intersoggettiva, nel caso in cui la violazione del diritto d'autore si consumi all'interno di una comunità circoscritta di utenti (Facebook *et alii*) e non interessi la collettività indifferenziata delle persone fisiche e non. Quindi, entrambi i

Nelle pagine seguenti, dunque, affronteremo due problemi. In primo luogo, analizzeremo il fondamento costituzionale dei diritti di privativa intellettuale alla luce delle principali teorie formulate in dottrina. Successivamente, valuteremo l'omogeneità delle situazioni interessate dal tema – presupposto indefettibile per il compimento del bilanciamento –traendo le opportune conclusioni per il caso *de qua*.

Il possibile inserimento del diritto d'autore nell'ambito del catalogo dei diritti fondamentali è stato oggetto di un ampio dibattito che ha visto come protagonisti i costituzionalisti, gli internazionalisti e, ovviamente, gli studiosi del diritto della proprietà intellettuale⁴⁰.

Un primo orientamento risolve il problema negando il ricorso allo statuto proprio dei diritti fondamentali⁴¹. I sostenitori di questa tesi ritengono che una tale qualificazione non sia coerente con un sistema che distingue nettamente le situazioni giuridiche soggettive in ragione del tipo di interesse tutelato. In particolare, si ritiene che essa sia «foriera di un insanabile conflitto tra gli interessi privati ... e gli interessi pubblici»⁴²: solo questi ultimi, infatti, possono essere riconosciuti e tutelati nella forma tipica dei diritti fondamentali. Dunque, la concezione essenzialmente privatistica del diritto d'autore e la totale assenza di interessi di matrice pubblicistica rappresentano elementi

valori antagonisti al *copy right* sono libertà fondamentali, come tali presidiate dalla garanzia della riserva di assoluta di legge (artt. 21 e 15 Cost.), la quale impone un inderogabile ordine di intervento tra legge e regolamento. Prima parla la legge, che non si dovrà limitare a un mero conferimento del potere normativo all'Autorità, dovendolo specificare in oggetto, soggetti, presupposti, limiti, nonché completare con una disciplina immediatamente conformativa del rapporto intersoggettivo. Esaurito il compito del legislatore, la parola normativa passerà all'Autorità, che dovrà chiudere con regolazione di dettaglio il disegno già compiuto a livello primario».

⁴⁰ Una documentata esposizione dei vari orientamenti è sviluppata da W. GROSHEIDE (ed), *Intellectual Property and Human Rights. A Paradox*, Cheltenham-Northampton, 2010. Spunti interessanti si rinvengono anche in E. SANTORO, *Note introduttive sul fondamento costituzionale della protezione del diritto di autore*, in *Diritto d'autore*, 1975, 3, 307.

⁴¹ R. DEAZLEY, *Rethinking Copyright. History, Theory, Language*, Cheltenham-Northampton, 2010 (si vedano, in particolare, le conclusioni formulate a pagg. 151 e ss.).

⁴² M.L. MONTAGNANI, *Il diritto d'autore nell'era digitale. La distribuzione online delle opere dell'ingegno*, Milano, 2012, 20. Ci sentiamo in dovere di precisare che l'Autrice, impiega queste parole per descrivere un orientamento che, così come si evince dal ragionamento sviluppato nelle pagine successive, non viene condiviso.

ostativi alla configurazione di un diritto fondamentale. Inoltre, il ragionamento non muta in ragione del riconoscimento di una tutela giuridica in favore degli autori, elemento costante nelle varie esperienze giuridiche analizzate dai sostenitori di questa tesi: a ben vedere, infatti, non bisogna confondere il piano della tutela con quello della natura fondamentale del diritto tutelato. Da ciò discende la conclusione secondo cui non tutte le situazioni giuridiche soggettive tutelate dall'ordinamento configurano necessariamente un diritto fondamentale. Infine, i sostenitori di questa tesi rinvergono una conferma della correttezza dell'impostazione seguita nell'analisi delle discipline vigenti, le quali sono essenzialmente fondate sulla previsione di strumenti di tutela propri del diritto privato. Anche quest'ultimo argomento, dunque, contribuisce a negare l'assoluta impossibilità di ascrivere il diritto d'autore all'ambito dei diritti fondamentali⁴³.

⁴³ R.L. OSTERGARD, *Intellectual Property: A Universal Human Right?*, in *Human Rights Quarterly*, 1999, Volume 21, 1, 156. La concezione privatistica valuta positivamente l'orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo in base al quale si giunge all'equiparazione tra proprietà intellettuale e proprietà *sic et simpliciter*. Per una ricostruzione delle varie sentenze sul tema, sia consentito il rinvio a L.R. HELFER, *The New Innovation Frontier? Intellectual Property and the European Court of Human Rights*, in *Harvard International Law Journal*, 2008, Volume 49, 1, 1, il quale ricorda che «(i)n Europe, human rights law is intellectual property's new frontier. This statement will no doubt surprise many observers of the region's intellectual property system, which has steadily expanded over the last few decades. The mechanisms of that expansion have included a litany of now familiar legal and regulatory tools: the negotiation and ratification of multilateral agreements, the promulgation of European Community ("EC") directives, the rulings of the powerful European Court of Justice, and the revision of national laws and administrative regulations. The result of these cumulative and interrelated initiatives is a highly developed intellectual property system that is strongly protective of creators, innovators, and businesses. This regional intellectual property regime has developed in relative isolation from Europe's other judicial powerhouse, the European Court of Human Rights». Ulteriori valutazioni sul ruolo delle corti internazionali sono formulate in ID., *Adjudicating Copyright Claims Under the TRIPs Agreement: The Case for a European Human Rights Analogy*, in *Harvard International Law Journal*, 1998, Volume 39, 2, 357. Per l'elaborazione dottrinale in Italia, si vedano: M. BERTANI, *Proprietà intellettuale, antitrust e rifiuto di licenze*, Milano, 2004, 214, il quale si sofferma, in modo particolare, sulle numerose applicazioni dell'art. 1, Protocollo n. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo da parte della Corte di Giustizia in materia di proprietà intellettuale e A. SACCUCCI, *Libertà di informazione e rispetto della vita private delle personalità politiche e di governo secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, 105.

Una seconda impostazione del problema utilizza gli stessi argomenti fin qui richiamati per addivenire alla conclusione opposta. In particolare, la qualificazione del diritto d'autore come diritto fondamentale discende dal positivo riconoscimento di una matrice pubblicistica degli interessi tutelati nelle diverse fonti che si occupano del tema. Le norme analizzate – in particolar modo, quelle internazionali e quelle europee⁴⁴ – depongono nel senso di riconoscere al diritto d'autore una dimensione culturale, con la conseguenza che è agevole il superamento dei confini propri della concezione privatistica. La tutela accordata in favore degli autori è solo apparentemente individuale, dato che la sussistenza di un fine collettivo realizza una «"funzione pubblica" del diritto d'autore»⁴⁵.

Uno degli indici normativi più rilevanti su cui si fonda la tesi appena ricordata è contenuto nell'art. 27 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo⁴⁶, a mente del quale «(o)gni individuo ha diritto di prendere parte

⁴⁴ Il quadro normativo internazionale è ben descritto da R. MASTROIANNI, *Diritto internazionale e diritto d'autore*, Milano, 1997, *passim*. Spunti interessanti sono sviluppati anche in ID., *Proprietà intellettuale e costituzioni europee*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2005, 9. Il discorso è ripreso con ulteriori approfondimenti da M.L. MONTAGNANI, *Il diritto d'autore nell'era digitale. La distribuzione online delle opere dell'ingegno*, Milano, 2012, 23.

⁴⁵ In questi termini, M.L. MONTAGNANI, *Il diritto d'autore nell'era digitale. La distribuzione online delle opere dell'ingegno*, Milano, 2012, 25.

⁴⁶ Sul valore giuridico della Dichiarazione dei diritti dell'uomo, si vedano le attente riflessioni di F. POCAR, *La dichiarazione universale dei diritti dell'uomo cinquant'anni dopo*, in *Corriere giuridico*, 1999, 2, 137, il quale testualmente afferma che «(p)ur non essendo dotata di efficacia obbligatoria diretta, in quanto contenuta in una risoluzione dell'Assemblea generale – atto cui lo Statuto non attribuisce come tale valore normativo vincolante – la Dichiarazione universale ha tuttavia, per la funzione di parametro di riferimento nell'attuazione dell'obbligo previsto dallo Statuto che riveste, un ruolo normativo fondamentale, ancorché indiretto, per valutare il contenuto e l'ambito della regola convenzionale». Per un'applicazione della Dichiarazione dei diritti dell'uomo, si veda il contributo di S. ALVANINI – A. CASSINELLI, *I (possibili) nuovi poteri di Agcom in materia di diritto d'autore nel settore dei media*, in *Diritto industriale*, 2011, 6, 543, nel quale si legge che «il *Conseil Constitutionnel* francese aveva censurato la legge antipirateria nella parte che prevedeva la sospensione della connessione ad Internet da parte dell'autorità all'uopo costituita per i pirati recidivi, in quanto la Dichiarazione dei Diritti dell'uomo garantisce la libertà di comunicazione ed espressione e questa si estrinseca anche nella libertà di accedere ai servizi di comunicazione al pubblico *on-line*. Il *Conseil* aveva altresì dichiarato che un tale potere poteva spettare solo all'autorità giudiziaria e che dunque l'Hadopi non avrebbe potuto interrompere la

liberamente alla vita culturale della comunità, di godere delle arti e di partecipare al progresso scientifico ed ai suoi benefici. Ogni individuo ha diritto alla protezione degli interessi morali e materiali derivanti da ogni produzione scientifica, letteraria e artistica di cui egli sia autore». Per la dottrina che ha studiato il tema, si tratta di una norma di fondamentale importanza, in grado di offrire «solide basi teoriche sia per le richieste di maggior protezione rivolte ai Paesi che non tutelano sufficientemente il diritto d'autore, sia per i necessari aggiornamenti nella protezione materiale tali da coprire le nuove forme di sfruttamento e di circolazione delle opere letterarie e artistiche»⁴⁷.

Un altro argomento a sostegno della tesi qui esposta si rinviene in un'altra norma del diritto internazionale: ci si riferisce all'art. 15, paragrafo 1, lett. c) del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali che riconosce il diritto pieno di ogni individuo di godere della tutela degli interessi morali e materiali scaturenti da qualunque produzione scientifica, letteraria o artistica di cui sia autore.

Ad avviso di chi scrive, la norma appena richiamata ha un rilievo non secondario ai fini del ragionamento che qui si sta sviluppando: se da un lato, infatti, afferma la vincolatività della protezione del diritto d'autore, dall'altro è innegabile l'esplicito riferimento alla necessità di contemperare le varie forme di proprietà intellettuale con la diffusione della scienza e della cultura, fattori ritenuti imprescindibili per la crescita del sistema. La considerazione appena riportata diviene ancor più chiara se si tiene presente che l'art. 15 si apre con il monito rivolto agli Stati che hanno sottoscritto il Patto di riconoscere il diritto di ogni individuo a partecipare alla vita culturale e a godere dei benefici del progresso scientifico e delle sue applicazioni. Pertanto, è possibile affermare che la norma individua un interessante forma di contemperamento tra diritto

connessione di un utente senza una sentenza del giudice in tal senso». Si ritornerà sul punto nel § 4.

⁴⁷ R. MASTROIANNI, *Diritto internazionale e diritto d'autore*, Milano, 1997, 33.

d'autore e condivisione della cultura, valori considerati equivalenti da un punto di vista gerarchico⁴⁸.

Infine, possiamo individuare un terzo orientamento che tenta di risolvere il problema della natura fondamentale del diritto d'autore con la formulazione di una tesi intermedia rispetto alle precedenti⁴⁹. In particolare, secondo questa impostazione bisogna tener conto del fatto che il diritto d'autore subisce un mutamento del proprio statuto giuridico in ragione della specifica facoltà presa in considerazione e del titolare che viene in rilievo⁵⁰.

In primo luogo, si osserva che il diritto d'autore è scomponibile in una pluralità di facoltà e che solo alcune di queste sono qualificabili alla stregua di

⁴⁸ In questi termini, M.L. MONTAGNANI, *Il diritto d'autore nell'era digitale. La distribuzione online delle opere dell'ingegno*, Milano, 2012, 25

⁴⁹ G.B. DINWOODIE – R.C. DREYFUSS, *TRIPs and the Dynamics of Intellectual Property Lawmaking*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2004, Volume 36, 95. Molto interessante la conclusione a cui giungono i due Autori a pag. 122: « (w)e advance that proposition aware of the broader effect that a more flexible approach to forms of national implementation of intellectual property norms might have on the political structure of WTO member states. The WTO system does more than promote free trade. It is often defended as a means to effect juridicization in countries until recently laboring under the weight of totalitarian regimes, or to confine the excesses of political influence in democratic polities. Our recommendations may in fact advance these broader goals, in that, depending upon the doctrines selected to implement them, they may also impose constraints (albeit different constraints from those imposed by current interpretations of the TRIPs Agreement) on state lawmaking. For example, we believe that, especially in so far as they reward transparency in the political process, these new constraints are less damaging than the current ones and may even have some positive benefits. And to the extent that such goals as spreading the reach of certain democratic norms are slowed by our suggestions, we take the view that imposing a formalist, monolithic view of intellectual property rights is not the appropriate way to realize these otherwise important objectives, and the costs to innovation worldwide from such an approach would be too great to bear. We have sought to implement this philosophy in the context of interpretive strategies that might be deployed by WTO dispute settlement panels and, to a lesser extent, in the development by the TRIPs Council of a role for nonviolation complaints. These are the fora in which the most immediate development of the TRIPs system is occurring. But it may be that the approach that we suggest cannot easily be accommodated within the current structure of the Agreement, in which case it would be appropriate for international negotiators to work toward a modification of the international intellectual property system, perhaps using models found in the trade context». Più recente è l'impostazione sostanzialmente analoga di P.K. YU, *Ten Common Questions About Intellectual Property and Human Rights*, in *Georgia State University Law Review*, 2006, Volume 23, 4, 709 (la posizione è ribadita anche in ID., *Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework*, in *University of California Davis Law Review*, 2007, Volume 40, 1039).

⁵⁰ Per un'ampia disamina delle principali questioni riguardanti il profilo soggettivo, si veda V.M. DE SANCTIS, *I soggetti del diritto d'autore*, Milano, 2005.

un diritto fondamentale: per esempio, recuperando la tradizionale distinzione tra diritti di natura patrimoniale e diritti morali, si potrebbe sostenere che solo questi ultimi abbiano un diretto rilievo per la persona umana, elemento indispensabile per l'inserimento della situazione considerata nel novero dei diritti umani. Le altre facoltà – *in primis*, quelle di natura economica – non potrebbero essere qualificate come diritti umani e, conseguentemente, non potrebbero assumere alcun rilievo ai fini del bilanciamento con situazioni soggettive che invece abbiano tale rango.

Il secondo profilo preso in considerazione guarda alla titolarità del diritto per ricordare l'impossibilità di attribuire diritti umani alle persone giuridiche. Dunque, se il diritto d'autore è nella titolarità di una società di capitali – ipotesi molto frequente nel caso del mercato discografico⁵¹ – non si potrà qualificare quella specifica situazione alla stregua di un diritto fondamentale. D'altronde, la dottrina ha sempre messo in luce che la titolarità dei diritti umani può essere attribuita alle sole persone fisiche, anche in ragione di una rinnovata concezione dell'uomo nell'ambito del diritto internazionale contemporaneo⁵².

⁵¹ Molti Autori hanno osservato che il diritto d'autore ha cessato di essere principalmente una forma di protezione giuridica di artisti ed interpreti diventando, in maniera crescente, un privilegio di alcune imprese, comunemente definite industrie culturali (in questi termini, V. ZENO-ZENCOVICH, *Diritto d'autore e libertà di espressione: una relazione ambigua*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2005, I, 151).

⁵² Tra i tanti contributi che sono giunti alla conclusione ricordata nel testo, in questa sede sia consentito il solo rinvio all'elaborazione di chi ha sostenuto questa tesi avendo specifico riguardo al diritto d'autore: a L.R. HELFER, *Toward a Human Rights Framework for Intellectual Property*, in *University of California Davis Law Review*, 2007, Volume 40, 971. La posizione dell'Autore è sintetizzata nelle seguenti parole: «(t)he international intellectual property system is on the brink of a deepening crisis. Government officials, civil society groups, and private parties are staking out opposing positions on a variety of issues in an increasingly wide array of international venues. The issues range from patented medicine to biodiversity and traditional knowledge, and from digital content and webcasting to the harmonization of procedural rules. The results are increasingly dysfunctional: acrimonious and unresolved clashes over substantive rules and values, competition among international institutions for policy dominance, and a proliferation of fragmented and incoherent treaty obligations and nonbinding norms. This ominous state of affairs has evolved fairly rapidly. The last decade has seen a dramatic expansion of intellectual property protection standards, both in their subject matter and in the scope of the economic interests they protect. Advances in technology

Quindi, fermo restando il carattere unitario dell'atto di creatività intellettuale, l'ordinamento può differenziare la tutela in ragione del tipo di potere accordato all'autore: alcuni poteri – definiti tradizionalmente diritti patrimoniali – sono diretti alla soddisfazione di interessi di natura meramente economica e non sembrano assumere alcun rilievo per il tema che qui ci impegna; invece, altri poteri tendono alla protezione di interessi legati alla sfera personale e reclamano forme di tutela del tutto sovrapponibili a quella tipica dei diritti umani.

La tesi appena esposta, ad avviso di chi scrive, non è contraddetta dall'impostazione di chi giustamente osserva che vi sono molteplici punti di collegamento tra diritti patrimoniali e diritti morali: «(u)n esame attento degli interessi protetti dai poteri “patrimoniali” e “personali” ... rileva peraltro che i primi sono idonei a (e sono strutturati per poter) tutelare *anche* interessi personali dell'autore (e qui si pensi ad esempio a tutti gli interessi personalissimi che l'autore può proteggere rifiutando a chiunque il consenso allo sfruttamento economico di un'opera intimamente legata alle sue vicende personali); mentre i poteri “personali” sono in grado di (e sono strutturati per) proteggere *anche* interessi di carattere patrimoniale (quale ad esempio quello a monetizzare il consenso alla circolazione dell'opera a nome altrui, mediante la stipulazione di patti di ghost writing)»⁵³.

La terza impostazione del problema ha il pregio di agevolare l'individuazione del fondamento costituzionale dei diritti morali d'autore, nella

have engendered demands for new forms of legal protection by businesses and content owners. And with the adoption of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (“TRIPS”), nation states linked intellectual property rights to the world trading system, creating new and robust enforcement opportunities at the international and national levels. These interrelated developments have made intellectual property rights relevant to a broad range of value-laden economic, social, and political issues with important human rights implications, including public health, education, food and agriculture, privacy, and free expression».

⁵³ In questi termini, M. BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, Torino, 2011, 145-146, nota 264. In alcuni casi, i diritti morali possono proteggere anche interessi di natura patrimoniale. Questa circostanza è ben descritta da G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Padova, 2005, 123. Un accenno alla questione è presente anche in un successivo scritto dell'Autore: ID., *Diritti della personalità: problemi e prospettive*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2007, 6, 2043, in particolare a pag. 1045.

misura in cui mette bene in evidenza il legame che si instaura tra la creatività e la personalità dell'individuo. I diritti morali intervengono per proteggere interessi di carattere personale dell'autore, quali precisamente l'interesse a decidere chi debba essere indicato al pubblico come creatore dell'opera e l'interesse a controllare le modificazioni che possano generare un pregiudizio all'onore o alla reputazione dell'autore⁵⁴. Ciò giustifica il regime di indisponibilità che connota la situazione soggettiva considerata, la specifica disciplina del regime di circolazione dei diritti⁵⁵ e le peculiarità della contrattazione tra privati⁵⁶.

Ad avviso di chi scrive, la tesi appena esposta è molto interessante perché fornisce argomenti convincenti per addivenire alla soluzione del primo interrogativo indicato in apertura di questo paragrafo: a ben vedere, infatti, la scomposizione del diritto d'autore ci permette di differenziare il trattamento giuridico in ragione della specifica facoltà presa in considerazione e, dunque, formulare conclusioni diverse senza che ciò determini irragionevoli differenziazioni nel trattamento e alterazioni nella costruzione dommatica. In particolare, alla luce di queste considerazioni, riteniamo che le sole componenti morali del diritto d'autore possano essere qualificate come diritti fondamentali. Esse rappresentano una sorta di proiezione della personalità – e della creatività – dell'individuo nella realtà sensibile e, dunque, reclamano forme di tutela analoghe a quelle previste nelle altre ipotesi in cui *si svolge* la personalità

⁵⁴ M. BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, Torino, 2011, 257-258.

⁵⁵ Sulla nozione di indisponibilità sia consentito il rinvio a A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano, 1982, *passim*. Per l'applicazione specifica dei principi generali alla circolazione delle opere in formato digitale, si veda la circostanziata ricostruzione di E. PROSPERETTI, *L'opera digitale tra regole e mercato*, Torino, 2013 (molte delle idee esposte in questo volume erano state già anticipate in ID., *La circolazione dell'opera digitale*, Torino, 2012). S. ANTONINI, *La tutela del diritto d'autore nella musica*, in A. VALENTI (a cura di), *La legislazione per lo spettacolo e le attività musicali. Norme, contratti, diritti, obblighi, sanzioni*, Torino, 2012, 93, affronta il problema specifico della circolazione delle opere musicali.

⁵⁶ A. COGO, *I contratti di diritto d'autore nell'era digitale*, Torino, 2010, compie la sua indagine analizzando quali ripercussioni ha avuto l'evoluzione tecnologica sui vari modelli di sfruttamento dei diritti. L'Autore parte dalla dicotomia diritti morali-diritti patrimoniali per rintracciare «un equilibrio soddisfacente nei rapporti tra autori, artisti ed intermediari culturali» (pag. 256).

dell'individuo. Le componenti patrimoniali del diritto d'autore, al contrario, non possono essere qualificate come diritti fondamentali: per le relative situazioni, il paradigma di riferimento è rappresentato dal diritto di proprietà, così come ci è stato consegnato da una lunga tradizione giuridica che affonda le sue radici nel diritto romano. Gli interessi economici hanno natura prevalentemente privata e, per questa ragione, l'ordinamento predispone il ricorso a istituti propri del diritto privato – tra cui il risarcimento dei danni e la tutela di tipo inibitorio – ispirati al paradigma dello *ius excludendi alios*.

Infine, ci preme osservare che la scomposizione del diritto d'autore in varie facoltà non incide sull'oggetto della tutela che è e resta unitario, così come giustamente osservato dalla dottrina che si è occupata del tema. Pertanto, l'autore è titolare di un unico diritto – perché unica ne è la fonte – nonostante le possibili modificazioni del regime giuridico che potrebbero verificarsi in ragione del tipo di interesse tutelato⁵⁷.

Una volta affermato il carattere fondamentale del diritto d'autore, possiamo procedere alla soluzione della seconda questione posta: è possibile bilanciare il diritto d'autore con altri valori di rango costituzionale e, *in primis*, il diritto alla libera informazione?

Recuperando l'impostazione assolutamente dominante in dottrina e nella giurisprudenza costituzionale sulle problematiche generali del tema⁵⁸, riteniamo che le componenti morali del diritto d'autore possano validamente rappresentare il secondo termine di riferimento per il compimento di un bilanciamento; esse presentano i caratteri tipici delle situazioni di rango costituzionale, terminologia impiegata dalla dottrina per riferirsi non solo ai diritti e ai doveri fondamentali, ma anche ai meri interessi, soggettivi o oggettivi.

⁵⁷ In questi termini P. GRECO, *Saggio sulle concezioni del diritto d'autore (monismo e dualismo)*, in *Rivista di diritto civile*, 1964, I, 539 (si veda, in particolare, il ragionamento sviluppato nel paragrafo intitolato *Unità dell'oggetto e diversità degli interessi*).

⁵⁸ A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, Volume II, Tomo 2, Milano, 2008, 185, con ampi riferimenti alla casistica analizzata dalla Corte costituzionale.

Questa impostazione del problema ci permette di superare la valida obiezione formulata da attenta dottrina secondo cui è improponibile il bilanciamento tra una libertà fondamentale e un diritto economico⁵⁹: se, infatti, prendessimo in considerazione le sole componenti patrimoniali del diritto d'autore, si dovrebbe concludere circa l'assoluta impossibilità di comparare le due situazioni, con la conseguenza che dovrebbe ritenersi precluso in via pregiudiziale il ricorso al bilanciamento. Ciò determinerebbe la prevalenza della libertà di informazione in ogni caso, a prescindere dalla valutazione in concreto dell'altro interesse in gioco. Invece, la soluzione qui proposta ha il vantaggio di consentire il ricorso al bilanciamento, procedimento che in virtù delle sue specifiche caratteristiche è idoneo a garantire l'individuazione del corretto punto di equilibrio tra le situazioni considerate. L'esistenza di un conflitto tra diritti o interessi di rango costituzionale suscettibili di valutazione comparativa, dunque, è la *conditio sine qua non* per il compimento del bilanciamento, operazione essenzialmente fondata su un controllo che si articola nei test della necessità, della sufficienza e della proporzionalità⁶⁰.

⁵⁹ G. DE MINICO, *Diritto d'autore batte Costituzione 2 a 0*, in *Costituzionalismo*.

⁶⁰ A tal proposito sono molto chiare le parole di A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, Volume II, Tomo 2, Milano, 2008, 196-197, secondo cui: «(i)l bilanciamento svolto dal legislatore deve rispondere innanzitutto a un criterio di “necessità”, nel senso che la scelta di limitare o postergare un diritto o un interesse costituzionale deve giustificarsi per la necessità di dare attuazione a un altro diritto o interesse di pari rango. Nel dichiarare l'illegittimità costituzionale della disciplina della rinnovazione delle misure cautelari personali con contraddittorio differito, la Corte rileva che la compressione del diritto di difesa poteva ammettersi solo per la ritenuta necessità di evitare il sacrificio assoluto di altro interesse, quello dell'economia del processo, che avrebbe potuto essere vanificato dal contraddittorio anticipato, salvo sempre il successivo recupero della dialettica processuale attraverso gli strumenti di controllo volta a volta previsti. Questa duplice condizione, però, vale solamente per i cosiddetti provvedimenti “a sorpresa”, come per la prima adozione di misure cautelari personali, che in tanto possono raggiungere lo scopo, in quanto restino ignote al soggetto passivo; non, invece, anche per l'ipotesi della rinnovazione di altro provvedimento già disposto. In secondo luogo, la scelta del legislatore va valutata alla stregua di un criterio di “sufficienza”: deve essere dimostrato, cioè, che nel privilegiare un interesse o un diritto la disciplina positiva pur sempre soddisfa in maniera non insufficiente le esigenze di garanzia dell'interesse o del diritto limitato o ristretto, “valutando l'interazione reciproca tra l'accrescimento di tutela dell'uno e la corrispondente diminuzione di garanzia dell'altro, come disposti dal legislatore in vista della composizione dell'eventuale contrasto”. Così ad esempio in relazione alla disciplina del processo penale, la limitazione del diritto del sordomuto, o del muto o del sordo, di stare in giudizio con l'assistenza di

L'utilità del bilanciamento⁶¹ è di tutta evidenza se si tiene presente la sua natura di giudizio relativo e concreto. In particolare, anche nel caso del diritto d'autore *online*, è la presenza di valori primari – *id est*: di diritti della persona – a darci conferma dell'opportunità di ricorrere al procedimento *de qua* per individuare l'equilibrio auspicabile. Dunque, è compito del legislatore indicare in che modo sia possibile garantire la coesistenza (della tutela) del diritto d'autore con la libertà di manifestazione del pensiero: solo in questo modo, infatti, la decisione politica potrà recuperare la centralità nell'ambito di un sistema che miri a garantire il pieno rispetto dei principi costituzionali. D'altronde, in questa sede, non si può non convenire con la conclusione di chi ha chiaramente affermato che il «confine ultimo del bilanciamento è ... il suo stesso presupposto: ogni ponderazione di interessi per essere legittima non può mai superare le colonne d'Ercole del processo di unificazione politica tracciato nella Costituzione»⁶².

un interprete solo quando voglia rilasciare dichiarazioni o non sappia né leggere né scrivere viene riconosciuta come palesemente insufficiente a garantire, nella fattispecie, il diritto dell'imputato di partecipare consapevolmente a tutto il procedimento. Infine, i limiti o la compressione di un diritto o di un interesse costituzionale devono essere "proporzionati" ovvero non eccessivi in relazione alla misura del sacrificio costituzionalmente ammissibile che, in ogni caso, non può mai essere tale da annullarne il contenuto essenziale. Un caso tipico è la pronuncia che ha dichiarato incostituzionale il reato di aborto di donna consenziente (art. 546 c.p.): nel bilanciare l'interesse costituzionalmente protetto alla tutela del concepito (ricavato dal combinato disposto degli art. 31 comma 2 e 2 cost.) e il diritto alla salute della madre (art. 32 cost.), la Corte costituzionale ha ritenuto che quest'ultimo subiva una compressione sproporzionata, nella misura in cui la fattispecie non prevedeva che la gravidanza potesse venir interrotta quando l'ulteriore gestazione avesse implicato danno, o pericolo grave, medicalmente accertato e non altrimenti evitabile, per la salute della madre. Nella fattispecie, infatti, non esisteva "equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare"».

⁶¹ Valutazioni positive in merito all'utilità del bilanciamento nella materia *de qua* sono espresse da A. SPAGNOLO, *Bilanciamento tra libertà d'espressione su internet e tutela del diritto d'autore nella giurisprudenza recente della Corte europea dei diritti umani*, in *Federalismi*, in particolare pag. 17, dove l'Autore osserva che la Corte avrebbe potuto spingersi più in là rispetto a quanto fatto nei casi analizzati nel contributo, pronunciandosi sui principi generali che governano il bilanciamento tra libertà di espressione e tutela del diritto d'autore.

⁶² A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, Volume II, Tomo 2, Milano, 2008, 202.

Torneremo sul tema nelle pagine seguenti – in particolar modo, nelle pagine dedicate all’analisi del recente regolamento dell’AGCOM sul diritto d’autore *online* – al fine di verificare se le indicazioni della dottrina siano state o meno disattese da chi si è assunto il compito di regolare la materia *de qua*: cercheremo, dunque, di verificare la correttezza del procedimento seguito, i risultati conseguiti e, soprattutto, la coerenza sistematica delle soluzioni proposte.

3. *Il modello americano: il notice and takedown nel Digital Millennium Copyright Act*

La prima normativa a tutela del diritto d’autore *online* si è avuta verso la fine degli anni Novanta in America, con l’approvazione – durante gli anni della presidenza di Bill Clinton – del *Digital Millennium Copyright Act*⁶³, una legge federale che ha cercato di adeguare l’ordinamento americano alle evoluzioni registratesi sul tema in ambito internazionale⁶⁴. Il *Digital Millennium Copyright Act* si compone di cinque parti, intitolate nel modo che segue:

⁶³ 105TH CONGRESS, *Digital Millennium Copyright Act*, 28 ottobre 1998. Il testo viene spesso ricordato con l’acronimo DMCA.

⁶⁴ Per completezza del discorso, si ritiene opportuno ricordare che il *Digital Millennium Copyright Act* è stato preceduto da importanti testi normativi che, in un certo senso, hanno contribuito a sviluppare una sensibilità nei confronti del tema. Tra essi ricordiamo: a) *Copyright Act* del 1976; b) *Copyright Felony Act* del 1992; c) *Criminal Copyright Improvement Act* del 1995; d) *No Electronic Theft Act* (ricordato anche con la formula *Net Act*) del 1997: quest’ultimo è particolarmente importante per il discorso *de qua* perché introduce nella legislazione vigente le locuzioni «*by electronic means*» e «*by making it available on a computer network accessible to members of the public*» al fine di estendere il novero delle condotte sanzionabili. Una ricostruzione di questi atti normativi – in particolare, di quelli indicati *sub a)* e *b)* – è presente in M.J. SAUNDERS, *Criminal Copyright Infringement And The Copyright Felony Act*, in *Denver University Law Review*, 1994, Volume 71, 671. In tempi più recenti, si segnalano: *Artists’ Rights and Theft Prevention Act* (c.d. ART Act) del 2005 (che ha previsto la reclusione non inferiore a tre anni nel caso di violazione o di tentata violazione del diritto d’autore) e il *Prioritizing Resources and Organization for Intellectual Property Act* (Pro IP Act) del 2008 (particolarmente interessante perché che ha introdotto la confisca dei beni impiegati o ricavati a seguito di *criminal copyright infringement*).

- 1) *WIPO Copyright and Performances and Phonograms Treaties Implementation Act.*
- 2) *Online Copyright Infringement Liability Limitation Act.*
- 3) *Computer Maintenance Competition Assurance Act.*
- 4) *Miscellaneous provisions.*
- 5) *Vessel Hull Design Protection Act.*

Il *Digital Millennium Copyright Act* ha il pregio di disciplinare in maniera organica il fenomeno della pirateria *online*, dato che prende in considerazione proprio quelle condotte rese possibili dall'impiego dei nuovi mezzi di comunicazione elettronica. In particolare, integra molte delle fattispecie già previste nella legislazione americana adeguandole agli sviluppi della tecnologia. L'intenzione di novellare il quadro normativo esistente si desume con grande chiarezza dall'analisi di alcune norme. Prendiamo in considerazione le due disposizioni contenute nei sezioni 1201 e 1202 espressamente dedicate alla *Circumvention of copyright protection systems* e alla *Integrity of copyright management information*.

Nel primo caso si sanziona l'elusione delle misure tecnologiche impiegate dai titolari di diritti d'autore per proteggere le loro opere, con la precisazione che «“(A) to ‘circumvent a technological measure’ means to descramble a scrambled work, to decrypt an encrypted work, or otherwise to avoid, bypass, remove, deactivate, or impair a technological measure, without the authority of the copyright owner; “(B) and a technological measure ‘effectively controls access to a work’ if the measure, in the ordinary course of its operation, requires the application of information, or a process or a treatment, with the authority of the copyright owner, to gain access to the work». Si tratta di una normativa particolarmente interessante, fondata su una nozione tanto ampia da includere qualsiasi operazione di decodifica di un'opera criptata e crittografata, che miri a evitare, ignorare, rimuovere, disattivare o mettere in pericolo una misura tecnologica senza l'autorizzazione del titolare del diritto. Il divieto in questione è entrato in vigore nel 2000 – due anni dopo

l'approvazione della legge – e non trova applicazione in ipotesi eccezionali indicate dalla stessa normativa⁶⁵.

Ancor più interessante è la disposizione contenuta nella successiva sezione, in virtù della quale è fatto divieto di porre in essere comportamenti che possano ledere l'altrui diritto d'autore o che, comunque, possano indurre, consentire, facilitare, o nascondere un'infrazione compiuta da altri. Pertanto, nessun soggetto può «“(1) *intentionally remove or alter any copyright management information*, “(2) *distribute or import for distribution copyright management information knowing that the copyright management information has been removed or altered without authority of the copyright owner or the law*, or “(3) *distribute, import for distribution, or publicly perform works, copies of works, or phonorecords, knowing that copyright management information has been removed or altered without authority of the copyright owner or the law*».

Quali sanzioni sono previste per il caso in cui un soggetto ponga in essere una delle condotte appena ricordate? La risposta a questo interrogativo è formulata nella sezione 1203, la quale prevede la possibilità di ricorrere all'autorità giudiziaria per ottenere un'ingiunzione – «*temporary and permanent injunctions*» – o il risarcimento del danno⁶⁶. Quest'ultima ipotesi è oggetto di una disciplina particolarmente dettagliata, in virtù della quale possiamo distinguere gli *actual damages* – comprensivi sia del danno emergente che del lucro percepito dal trasgressore – dagli *statutory damages*, la cui quantificazione è effettuata direttamente dal legislatore⁶⁷.

Il riferimento al risarcimento del danno lascia trasparire che siamo in presenza di tipici rimedi civilistici – così come confermato dalla rubrica della disposizione in esame – che, per espressa previsione del legislatore, non possono mai causare l'aprioristica restrizione della libertà di manifestazione del

⁶⁵ Si veda, ad esempio, la parte della disposizione dedicate alla *Exemption for Nonprofit Libraries, Archives, and Educational Institutions*.

⁶⁶ Per completezza della ricostruzione, si ricorda che, oltre alle sanzioni ricordate nel testo, la legge prevede alcune norme per il caso di reiterazione della condotta.

⁶⁷ La liquidazione del danno secondo questa modalità può essere richiesta in ogni momento precedente alla chiusura del giudizio.

pensiero. Sul punto, è molto chiara la disposizione secondo cui il giudice *«may grant temporary and permanent injunctions on such terms as it deems reasonable to prevent or restrain a violation, but in no event shall impose a prior restraint on free speech or the press protected under the 1st amendment to the Constitution»*. La norma è molto interessante perché rappresenta un chiaro esempio di bilanciamento compiuto dal legislatore, preoccupato di costruire un sistema sanzionatorio che non sia a sua volta fonte di ingiuste limitazioni di altre libertà costituzionali. Riservandoci di tornare sul tema nelle pagine seguenti, possiamo già in questa sede esprimere un giudizio positivo sul risultato conseguito dal legislatore, interessante perché garantisce la coesistenza del diritto d'autore con la libertà di manifestazione del pensiero evitando ingiustificati sacrifici dell'uno o dell'altra.

Il quadro normativo si chiude con alcune disposizioni di carattere penale, in virtù delle quali si sanziona, con misure pecuniarie o limitative della libertà personale, *«(a)ny person who violates section 1201 or 1202 willfully and for purposes of commercial advantage or private financial gain»*.

Dall'analisi dell'esperienza americana possiamo trarre alcune riflessioni. In primo luogo, pare condivisibile l'idea secondo cui *«(c)opyright law prevents the unauthorized use of copyrighted works in two ways. First, the law affords a civil remedy, including injunctions and damages, to copyright owners whose works have been infringed. Second, the law also defines certain violations of a copyright owner's rights to be criminal wrongs that can be prosecuted by the United States»*⁶⁸. La distinzione appena riportata è, ad avviso di chi scrive, molto importante perché segnala l'importanza di graduare la risposta sanzionatoria in ragione del tipo di violazione commessa. In particolar modo, un sistema efficiente dovrebbe essere costruito tenendo presente che solo violazioni particolarmente gravi dovrebbero condurre all'applicazione di una sanzione penale (o, comunque, come vedremo anche nel prosieguo, all'applicazione di una sanzione in grado di limitare l'esercizio di una libertà fondamentale). Per le altre ipotesi, pare adeguato e sufficiente

⁶⁸ I. TROTTER HARDY, *Criminal Copyright Infringement*, in *William & Mary Bill of Rights Journal*, 2002, Volume 11, 1, 305.

arginare le violazioni del diritto d'autore con rimedi di natura civilistica – in modo particolare, con la previsione del risarcimento del danno – per evitare un'irragionevole e ingiustificata compressione di altri valori di rilievo costituzionale. A ben vedere, una sorta di conferma della validità dell'impostazione appena riportata ci è data dalla stessa organizzazione del testo normativo in commento, il quale antepone i rimedi civilistici all'applicazione della sanzione penale: quest'ultima, dunque, viene correttamente inquadrata come l'*extrema ratio* di cui parla la dottrina penalistica⁶⁹ e trova applicazione solo laddove non sia possibile salvaguardare il bene giuridico – *id est*: il diritto degli autori – con un rimedio meno invasivo delle libertà costituzionali.

Per garantire la coerenza del sistema, il ragionamento appena sviluppato deve essere riferito anche a sanzioni diverse da quella penale, così come vedremo analizzando la disciplina del *notice and take down* prevista nel *Digital Millennium Copyright Act*.

La normativa americana attribuisce un ruolo attivo all'autore dell'opera protetta, il quale può segnalare al service *provider* la presunta violazione dei propri diritti da parte di terzi. In particolare, i titolari dei diritti d'autore possono comunicare all'ISP l'avvenuta immissione in rete di contenuti illeciti e, conseguentemente, domandarne la rimozione. La notifica deve essere redatta in forma scritta e deve contenere alcuni dati espressamente indicati dal legislatore⁷⁰.

⁶⁹ Esula dalla nostra competenza l'analisi delle principali teorie espresse dagli studiosi di diritto penale in merito alla questione indicata nel testo. Tuttavia, per quanto concerne il piano del diritto costituzionale, sembrano molto convincenti le posizioni di S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, *passim*.

⁷⁰ Nel disciplinare gli elementi della notifica, si prevede che «(t)o be effective under this subsection, a notification of claimed infringement must be a written communication provided to the designated agent of a service provider that includes substantially the following: “(i) A physical or electronic signature of a person authorized to act on behalf of the owner of an exclusive right that is allegedly infringed. “(ii) Identification of the copyrighted work claimed to have been infringed, or, if multiple copyrighted works at a single online site are covered by a single notification, a representative list of such works at that site. “(iii) Identification of the material that is claimed to be infringing or to be the

Il primo dato da prendere in considerazione attiene al piano della responsabilità dell'ISP. Quest'ultimo è tenuto a nominare un *agent* per godere delle *limitations on liability* previste dal titolo II della legge in commento. In particolare, l'*agent* viene incaricato di esaminare sollecitamente le comunicazioni ricevute dagli utenti al verificare la fondatezza della segnalazione: la valutazione dell'*agent* conforme al contenuto della richiesta determina la rimozione del contenuto dal sito (il c.d. *takedown*). Il meccanismo del *notice* prevede, dunque, un meccanismo particolarmente favorevole per il fornitore di servizi *online*, il quale non potrà mai essere ritenuto responsabile nei confronti dell'autore del contenuto rimosso nell'ipotesi in cui la rimozione sia avvenuta in buona fede. In un certo senso, per l'ISP è sufficiente adeguarsi al contenuto della richiesta per evitare qualsiasi addebito di responsabilità.

Tuttavia, il *notice and takedown* pone anche altre questioni. Quale garanzia viene data all'autore del contenuto immesso in rete? In che modo, quest'ultimo può far valere le proprie ragioni e, dunque, evitare la rimozione coatta del materiale? In merito a questo aspetto, si prevede la possibilità per il presunto trasgressore – che deve essere tempestivamente informato dell'avvenuta rimozione – di presentare una *counter notification*, a seguito della quale il *provider* è tenuto a comunicare all'originario richiedente la reimmissione del materiale in rete nel caso in cui si abbia notizia dell'avvio di una azione legale entro il termine fissato dalla legge. Dunque, il meccanismo antepone la tutela del titolare di *copyright* alla libertà di manifestazione del pensiero

subject of infringing activity and that is to be removed or access to which is to be disabled, and information reasonably sufficient to permit the service provider to locate the material. “(iv) Information reasonably sufficient to permit the service provider to contact the complaining party, such as an address, telephone number, and, if available, an electronic mail address at which the complaining party may be contacted. “(v) A statement that the complaining party has a good faith belief that use of the material in the manner complained of is not authorized by the copyright owner, its agent, or the law. “(vi) A statement that the information in the notification is accurate, and under penalty of perjury, that the complaining party is authorized to act on behalf of the owner of an exclusive right that is allegedly infringed».

dell'*uploader*, il quale è tenuto a subire l'iniziale rimozione del contenuto senza poter far indicare all'ISP le proprie ragioni.

I punti di criticità del sistema appena descritto sono molteplici. In primo luogo, preoccupa l'attribuzione di poteri ampi all'ISP⁷¹, il quale è incline alla rimozione del contenuto in ragione delle limitazioni di responsabilità sopra descritte. L'intervento dell'*agent* si colloca al di fuori di qualsiasi garanzia processuale e non è assistito dalla piena esplicazione del contraddittorio: quest'ultima, infatti, è subordinata a una manifestazione di interesse dell'*uploader*, il quale deve attivarsi con la *counter notification* per far valere le proprie ragioni.

In secondo luogo, si deve registrare che il legislatore contravviene a uno dei principi fondamentali in tema di tutela dei diritti. A ben vedere, l'*onus probandi* – che normalmente *incumbit ei qui dicit* – è spostato sul soggetto che ha caricato il contenuto. Se per il titolare del diritto d'autore è sufficiente comunicare la presunta violazione all'ISP, diversa è la situazione per l'*uploader*, il quale deve fornire ampia prova della liceità del contenuto caricato in Internet. D'altronde, una conferma di quanto appena detto si rinviene in un interessante commento al *Digital Millennium Copyright Act*, laddove si afferma che la legge «*gives ... the opportunity to respond to the notice and takedown*», con la possibile presentazione della *counter notification*, la cui (unica) funzione è evitare «*the possibility of erroneous or fraudulent notifications*»⁷². Pertanto, non è irragionevole sostenere che nelle intenzioni del legislatore l'inversione dell'onere della prova sia giustificata proprio dalla presunzione di illiceità che assiste il contenuto caricato in rete, la quale può essere contrastata solo in via di eccezione con la presentazione della *counter notification*.

Infine, è evidente il sacrificio della libertà di manifestazione del pensiero dell'*uploader*: quest'ultimo, infatti, subisce la rimozione del proprio

⁷¹ Sempre molto convincente la ricostruzione di C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, *passim*, in merito all'ipotesi in cui vengano attribuiti poteri sostanzialmente pubblici a soggetti privati.

⁷² U.S. COPYRIGHT OFFICE SUMMARY, *The Digital Millennium Copyright Act of 1998*, dicembre 1998, 12.

contenuto e continua a subire gli effetti negativi della decisione presa dall'ISP fino a quando non intervenga l'autorità giudiziaria. Con la procedura del *notice and takedown*, il legislatore ha tratteggiato un regime di favore per il diritto d'autore, la cui prevalenza è in grado di travolgere le tradizionali forme di garanzia previste dalla Costituzione a tutela della libertà di manifestazione del pensiero. Pertanto, è possibile qualificare il *takedown* alla stregua di una vera e propria sanzione, la cui applicazione desta molteplici perplessità in ragione del ruolo affidato al soggetto privato, il cui intervento si esplica in assenza di garanzie procedurali e sostanziali⁷³.

3.1. *Segue: i tentativi di riforma*

Il *Digital Millennium Copyright Act* ha trovato applicazione in molte vicende sottoposte all'attenzione dell'autorità giudiziaria americana, la quale, nel pieno rispetto dei principi propri dei sistemi di *common law*, ha contribuito in maniera non secondaria all'applicazione di quella che, ancor oggi, rappresenta l'unica legge posta a tutela del diritto d'autore *online* nel sistema

⁷³ Anche alla luce delle considerazioni indicate nel testo, non ci si deve sorprendere del giudizio negativo espresso dalla dottrina sul tema. Per esempio, propendono per una rivisitazione della normativa J.H. REICHMAN – G.B. DINWOODIE – P. SAMUELSON, *A Reverse Notice and Takedown Regime to Enable Public Interest Uses of Technically Protected Copyrighted Works*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2007, Volume 22, 981. M.L. RUSTAD – T.H. KOENIG, *Rebooting Cybertort Law*, in *Washington Law Review*, 2005, Volume 80, 335, affermano che il Congresso «*should amend § 230 to faithfully reflect the need to balance free expression with greater ISP accountability*» (in tal senso depono il ragionamento sviluppato a pag. 411). H. TRAVIS, *Pirates of the Information Infrastructure: Blackstonian Copyright and the First Amendment*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2000, Volume 15, 777, affronta il tema in chiave storica, interrogandosi sulla compatibilità dei «*natural rights of man*» con le «*new forms of economics*» (si veda, la conclusione – bella anche per i riferimenti letterari – a cui l'Autore giunge a pag. 863). Cenni al tema sono presenti anche in J.C. FROMER, *Claiming Intellectual Property*, in *University of Chicago Law Review*, 2009, Volume 76, 719. Infine, si segnala che il meccanismo del *notice and takedown* è stato impiegato anche in settori affini al *copyright*: sul punto, si vedano le riflessioni di B.A. AREHEART, *Regulating Cyberbullies Through Notice-Based Liability*, in *Yale Law Journal Pocket Part*, 2007, Volume 117, 41, il quale analizza quali impieghi ha avuto questo meccanismo nella lotta al fenomeno del cyberbullismo. Infine, si richiama la posizione delle Nazioni Unite ricordata nell'introduzione a questo lavoro.

giuridico americano⁷⁴. Nonostante le tante critiche mosse dalla dottrina e dagli operatori del settore, dunque, il sistema del *notice and takedown* è ancora vigente e viene costantemente applicato secondo la procedura descritta. Tuttavia, nelle pagine seguenti analizzeremo alcuni tentativi di riforma del sistema che, pur non essendo stati approvati in via definitiva dal Congresso, hanno aggiunto nuovi interrogativi al dibattito che stiamo ricostruendo.

Come già ricordato, la volontà di modificare la disciplina vigente ha rappresentato un obiettivo comune a più settori della società, anche se è innegabile che le varie soluzioni proposte tendono a differenziarsi in maniera vistosa a seconda dell'interesse ritenuto prevalente e degno di maggiore protezione. Il primo orientamento – formulato in ambito accademico e particolarmente gradito agli utenti della rete – si traduce in un'aperta critica del meccanismo del *notice and takedown* e propone di rimodulare la disciplina al fine di affermare la prevalenza della libertà di manifestazione del pensiero. Invece, la seconda tesi è stata sostenuta dagli operatori economici del settore con il dichiarato intento di rafforzare gli strumenti previsti dal legislatore, ritenuti poco incisivi e inefficaci. Le due impostazioni – evidentemente divergenti dal punto di vista contenutistico – hanno avuto un diverso peso nell'ambito del dibattito politico, così come dimostra l'ascrivibilità di entrambi i disegni di legge che analizzeremo al secondo filone di pensiero. Ancora una volta, dunque, si conferma l'idea che i poteri economici, particolarmente interessati alle questioni legate al controllo del *web*, sono in grado di orientare il dibattito politico in misura maggiore rispetto al mondo degli utenti. D'altronde, la mancata approvazione di entrambe le proposte non muta i termini della questione, dato che la mera presentazione dei disegni di legge di cui parleremo in prosieguo è elemento sufficiente a dimostrare la volontà di salvaguardare le libertà economiche anche quando ciò determini la violazione di diritti fondamentali.

⁷⁴ Per esempio, una delle prime applicazioni della legge del 1998 si ebbe nel c.d. caso Napster a cui faremo cenno nel § 5.

Nel maggio 2011, viene presentato un primo disegno di legge. Si tratta del *Protect IP Act*, il cui obiettivo, per espressa indicazione del legislatore, si sostanzia nel prevenire «*online threats to economic creativity and theft of intellectual property, and for other purposes*»⁷⁵.

L'intero atto mira a rafforzare il controllo da parte delle pubbliche autorità di quei siti che non hanno la propria sede sul territorio degli Stati Uniti d'America – i c.d. «*nondomestic domain name*» – reso possibile grazie all'introduzione di due nuove procedure a tutela dei diritti di proprietà intellettuale. In particolare, si può far ricorso a quella che viene definita azione *in personam* quando il procuratore generale⁷⁶ è in grado di individuare il soggetto responsabile della violazione. Invece, l'azione *in rem* trova applicazione nelle ipotesi residuali e consente al procuratore di occuparsi della violazione anche in assenza di una preventiva individuazione dei responsabili. L'autorità giudiziaria svolge un ruolo centrale in entrambe le procedure: in entrambi i casi, infatti, può emettere un provvedimento che contenga l'ordine di cessare e desistere dal proseguire qualsiasi attività illecita («*a preliminary injunction, or an injunction*»). L'avvio dell'azione è preceduta dalla «*notice of the alleged violation and intent to proceed under this Act*», una comunicazione posta in essere dal procuratore generale. Dunque, a differenza di quanto previsto nel *Digital Millennium Copyright Act*, siamo in presenza di un procedimento che, sin dall'inizio, si svolge dinanzi all'autorità giudiziaria, nel pieno rispetto del principio del contraddittorio e del diritto di difesa⁷⁷.

Lo stretto legame che sussiste tra tutela del diritto d'autore *online* e interessi economici è desumibile da molte delle norme contenute nella proposta in esame. In questa sede si ritiene opportuno soffermarsi sulla norma

⁷⁵ 112TH CONGRESS, *Senate Bill 968, Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act of 2011*, 12 maggio 2011. La proposta è stata presentata dal senatore Patrick Leahy. Il disegno di legge viene spesso ricordato con l'acronimo PIPA.

⁷⁶ Nel prosieguo useremo questa traduzione consapevoli del fatto che il disegno di legge attribuisce le funzioni di controllo all'*attorney general*.

⁷⁷ Tuttavia, ad avviso di chi scrive, non si può non sottolineare che manca nella normativa un meccanismo che consenta al titolare del diritto d'autore di sollecitare l'intervento dell'autorità giudiziaria.

del *Protect IP Act* che avrebbe permesso di sanzionare coloro che svolgono attività di transazione finanziaria tra il sito su cui sono caricati i contenuti illeciti e gli utenti finali. L'intento di reprimere il fenomeno della pirateria è considerato così rilevante da indurre il legislatore alla scrittura di una norma dal seguente tenore letterale: «(a) *financial transaction provider shall take reasonable measures, as expeditiously as reasonable, designed to prevent, prohibit, or suspend its service from completing payment transactions involving customers located within the United States and the Internet site associated with the domain name set forth in the order*». Quali misure possano essere considerate ragionevoli non è meglio specificato nella normativa in commento, la quale, nei fatti, avrebbe lasciato all'arbitrio dell'interprete la definizione del concetto di ragionevolezza. Inoltre, la possibile introduzione di questo tipo di controllo è stata fortemente contestata da parte degli stessi operatori economici che gestiscono i circuiti finanziari in Internet (in particolar modo, da parte delle imprese operanti nel mercato degli strumenti di pagamento), preoccupati dalla previsione di nuove forme di responsabilità a loro carico.

Anche le imprese operanti nel mercato pubblicitario hanno espresso il proprio dissenso, dato che la legge avrebbe fortemente ridotto la possibilità di fare pubblicità su siti stranieri: anche in questo caso, infatti, il disegno di legge contiene delle disposizioni volte all'adozione di non meglio precisate misure – «*shall take technically feasible and reasonable measures*»⁷⁸ – per prevenire o cessare la violazione di condotte lesive del diritto d'autore.

Infine, non possiamo non ricordare le sezioni 4 e 5 del disegno di legge che introducono rigide misure atte volte a eliminare qualsiasi forma di finanziamento in favore dei siti che causano lesioni al diritto di proprietà intellettuale altrui.

⁷⁸ Per espressa indicazione del disegno di legge, le misure ricordate nel testo avrebbero dovuto «*to (i) prevent its service from providing advertisements to the Internet site associated with such domain name; or (ii) cease making available advertisements for that site, or paid or sponsored search results, links or other placements that provide access to the domain name*».

Gli esempi appena riportati ci fanno comprendere che il legislatore americano avrebbe voluto introdurre una normativa fortemente limitatrice non solo della libertà di manifestazione del pensiero degli utenti ma anche delle libertà economiche dei soggetti che operano in Internet. La proposta di legge, dunque, è frutto di un bilanciamento non condivisibile, in virtù del quale la tutela di altri valori costituzionali è recessiva rispetto alla salvaguardia del diritto d'autore.

Un secondo profilo di criticità si ricollega al carattere nazionalistico della normativa: quest'ultima, infatti, differenzia il trattamento giuridico in ragione del paese di provenienza del sito e del contenuto caricato in rete. Pur ammettendo che vi possano essere strumenti tecnici in grado di isolare una zona geografica dalla rete, è veramente ingenuo ritenere sufficiente il blocco dei soli siti stranieri per contrastare il fenomeno della pirateria *online*. Il caso del diritto d'autore mostra chiaramente che la globalità della rete è un indice di cui non si può non tener conto nella configurazione di normative che aspirino a raggiungere gli obiettivi prefissati.

Il disegno di legge è stato fortemente criticato da importanti esponenti della società americana. In particolare, sembrano molto convincenti le osservazioni sviluppate dall'avvocato Floyd Abrams, il quale, in una lettera del 24 maggio 2011 indirizzata ad alcuni sostenitori della legge, afferma molto chiaramente che il tema del *copyright* deve essere inquadrato alla luce dei principi costituzionali contenuti nel I emendamento. La lettera, nella quale si richiama anche la posizione del segretario di Stato Hillary Clinton, contiene l'idea che il problema di garantire una tutela piena del diritto di esprimere il proprio pensiero in Internet deve essere affrontato con una certa urgenza in una dimensione sovranazionale. Pertanto, nelle more dell'approvazione di un quadro normativo sovranazionale, Floyd Abrams ritiene preferibile rifarsi alla normativa già esistente sul *copyright* per disciplinare il fenomeno della pirateria

in Internet, evitando così l'entrata in vigore di normative peggiori di quella esistente⁷⁹.

La medesima impostazione del problema si rinviene anche in una successiva proposta di legge esaminata dalla Camera dei Deputati del Congresso americano. Ci si riferisce al disegno di legge intitolato *Stop Online Piracy Act*⁸⁰, la cui approvazione avrebbe determinato il rafforzamento dei sistemi di controllo dei siti operanti in violazione del diritto d'autore. Anche in questo caso, nonostante l'affermazione di principio secondo cui «*(n)othing in this Act shall be construed to impose a prior restraint on free speech or the press protected under the 1st Amendment to the Constitution*», sono evidenti le violazioni della libertà di manifestazione del pensiero causate dall'intenzione di attribuzione autonomi poteri di intervento al titolare del diritto d'autore e alla pubblica autorità. La viva reazione del mondo del *web* ha contribuito in maniera determinante all'insabbiamento del disegno di legge, culminato con l'apposizione del veto da parte del presidente Barack Obama in data 15 gennaio 2012⁸¹.

⁷⁹ Si annoverano tra gli oppositori del disegno di legge anche importanti operatori economici (Mozilla Corporation, Facebook, Yahoo!, eBay, Google) e associazioni che operano nel settore della tutela dei diritti umani (Reporters sans frontières e Human Rights Watch). Per quanto riguarda il dibattito politico, si ricorda che alcuni movimenti politici (ad esempio, i conservatori di estrema destra del *Tea Party Patriots*) hanno ritenuto la proposta di legge fortemente lesiva dei diritti dei consumatori.

⁸⁰ 112TH CONGRESS, *House of Representatives Bill 3261, To promote prosperity, creativity, entrepreneurship, and innovation by combating the theft of U.S. property, and for other purposes*, 26 ottobre 2011. Il disegno di legge è spesso citato con l'acronimo SOPA.

⁸¹ Volendo, si confronti la ricostruzione sviluppata nel testo con i commenti di: A. BRIDY, *Copyright Policymaking as Procedural Democratic Process: A Discourse-Theoretic Perspective on ACTA, SOPA, and PIPA*, in *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 2012, Volume 30, 153; M.A. CARRIER, *Copyright and Innovation: The Untold Story*, in *Wisconsin Law Review*, 2012, 891, il quale afferma che «*(o)veraggressive copyright law and enforcement has substantially and adversely affected innovation. This story has not been told. For it is a difficult story to tell. It relies on a prediction of what would have happened if history had taken a different course. We cannot pinpoint these losses with certainty. And this gap is no match for piracy harms, which have been proclaimed with the loudest of megaphones*»; D.S. LEVINE, *Bring in the Nerds: Secrecy, National Security and the Creation of International Intellectual Property Law*, in *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 2012, Volume 30, 105; P.K. YU, *The Alphabet Soup of Transborder Intellectual Property Enforcement*, in *Drake Law Review Discourse*, 2012, 16. Il riferimento ai due disegni di legge desta ancora un certo interesse nella dottrina più

4. *La legislazione francese e la prassi dell'Haute Autorité pour la Diffusion des Oeuvres et la Protection des droits sur Internet: una cura peggiore del male?*

Come abbiamo più volte riscontrato nel corso di questo lavoro, l'esperienza americana ha spesso stimolato altri legislatori a intervenire in merito alla regolazione di alcuni specifici profili delle ICT. In particolare, anche sul tema del diritto d'autore possiamo riscontrare una forte influenza della legislazione federale americana, che a lungo ha rappresentato l'unico paradigma di riferimento. Tuttavia, nelle pagine seguenti ci soffermeremo sull'analisi dell'esperienza francese, particolarmente interessante perché ci permette di comprendere quale sia la reale efficacia delle misure meramente repressive della pirateria *online*⁸².

recente, così come dimostra il contributo di M.A. CARRIER, *SOPA, PIPA, ACTA, TPP: An Alphabet Soup of Innovation-Stifling Copyright Legislation and Agreements*, in *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, 2013, Volume 11, 2, 21.

⁸² La scelta di ripercorre la sola esperienza francese è presa nella piena consapevolezza della centralità del tema in molte legislazioni. Per una sintetica ricostruzione del quadro normativo adottato in altri paesi europei si veda AGCOM, delibera n. 398/11/CONS, 6 luglio 2011 di avvio della consultazione pubblica sullo schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica (in particolare, pagg. 7 e ss.). Per esempio, per quanto riguarda l'esperienza inglese, si ricorda che in data 8 aprile 2010 è entrato in vigore il *Digital Economy Act*, un provvedimento che ha attribuito all'Ofcom il compito di adottare le disposizioni attuative per l'esecuzione delle disposizioni inerenti le violazioni del *copyright*. Il 28 maggio 2010 la bozza elaborata dall'Ofcom è stata sottoposta a consultazione pubblica. Nella delibera dell'AGCOM sono presenti riferimenti alla Germania, Spagna e Paesi Bassi. Per un'analisi della giurisprudenza straniera sul tema *de qua*, si vedano i contributi di P. SAMMARCO, *La posizione dell'intermediario tra la estraneità ai contenuti trasmessi e l'effettiva conoscenza dell'illecito: un'analisi comparata tra Spagna, Francia e regolamentazione comunitaria*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2011, 2, 285 in nota a TRIBUNALE COMMERCIALE DI MADRID, sentenza 20 settembre 2010; V. RAGGI, *Brevi note sull'attività di filtraggio dei contenuti informativi veicolati in rete*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2011, 2, 292 in nota a TRIBUNALE DI CRETEIL, sentenza 14 dicembre 2010. Inoltre, l'AGCOM valuta con particolare attenzione l'impatto delle politiche europee affermando che «le iniziative in materia di diritti della proprietà intellettuale da parte della Commissione e del Parlamento europeo non siano da considerarsi momenti isolati, ma, bensì, facciano parte di un disegno più generale delle istituzioni comunitarie di incrementare la crescita e la competitività del mercato interno all'Unione, promuovendo l'accesso a beni e servizi tutelati dai diritti di proprietà intellettuale, puntando al giusto equilibrio tra sostegno della creatività e innovazione, garantendo riconoscimenti e investimenti agli autori, prevedendo l'intensificazione della lotta alla pirateria e alla contraffazione» (in questi termini, a pag. 13). Sullo stretto legame

La legge 28 ottobre 2009, n. 1311, entrata in vigore all'inizio del 2010, ha introdotto nell'ordinamento francese una nuova Autorità amministrativa indipendente – denominata *Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet*⁸³ – con il preciso obiettivo di prevenire tutte le forme di pirateria informatica attuate dagli utenti attraverso lo scambio illegale p2p⁸⁴.

L'approvazione della legge HADOPI è stata preceduta da una pronuncia del *Conseil constitutionnel* che, con sentenza 10 giugno 2009, n. 580, ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale della legge 12 giugno 2009, n. 669 (meglio nota con il nome HADOPI I)⁸⁵. La sentenza – resa secondo le modalità precedenti alla riforma del giudizio di costituzionalità avutasi di recente in Francia – è molto importante perché afferma alcuni principi che saranno poi ripresi nella c.d. legge HADOPI II. In particolare, il giudice delle

tra agenda digitale europea e politiche in materia di *copyright*, si veda il contributo di F. DE SANTIS, *Verso una riforma del diritto d'autore. libertà di ricerca e libera circolazione della conoscenza*, in *Rivista di diritto industriale*, 2013, 2, 118. Ampi riferimenti fondati sulla comparazione tra vari ordinamenti sono presenti in A. BERTONI – M.L. MONTAGNANI, *Il ruolo degli intermediari internet tra tutela del diritto d'autore e valorizzazione della creatività in rete*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2013, 3, 537.

⁸³ L'Alta Autorità per la diffusione delle opere e la protezione dei diritti in Internet è spesso ricordata con l'acronimo HADOPI.

⁸⁴ P. PIRRUCCIO, *Diritto d'autore e responsabilità del provider*, in *Giurisprudenza di merito*, 2012, 12, 2591, confronta l'istituzione dell'HADOPI con le politiche perseguite in Italia dall'AGCOM. Oltre alle questioni risolte con l'intervento del *Conseil constitutionnel*, non ci si può dimenticare delle resistenze mostrate da alcuni partiti politici durante la discussione parlamentare: sul punto, sia consentito il rinvio alla ricostruzione di V. FRANCESCHELLI, *I diritti di proprietà intellettuale e l'economia della conoscenza*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Trattato di diritto privato*, 2009, Volume XVIII, Tomo 4, 163 (in particolare, pag. 172).

⁸⁵ Per un commento in lingua italiana di CONSEIL CONSTITUTIONNEL, sentenza 10 giugno 2009, n. 580, si vedano i contributi di G. VOTANO, *Internet fra diritto d'autore e libertà di comunicazione: il modello francese*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2009, 533; B. CAROTTI, *L'accesso alla rete e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, 643; N. LUCCHI, *La legge «Création et Internet»: le censure del Conseil constitutionnel*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, 375; P. PASSAGLIA, *L'accesso ad Internet è un diritto (il Conseil constitutionnel francese dichiara l'incostituzionalità di parte della c.d. «legge anti file-sharing»)*, in *Foro italiano*, 2009, IV, 473. Un giudizio molto positivo in merito alla posizione accolta dalla Corte costituzionale francese è formulato da V. FRANCESCHELLI, *Libertà in internet: per fortuna c'è la Corte Costituzionale francese!*, in *Rivista di diritto industriale*, 2009, II, 414. Sul ruolo delle corti costituzionali in materia di tutela del diritto d'autore in Internet si veda la documentata ricostruzione di P. PASSAGLIA, *Diritto di accesso ad internet e giustizia costituzionale. una (preliminare) indagine comparata*, in *Giurcost*.

leggi è intervenuto sulla previsione che avrebbe imposto a ogni fornitore di connettività di vigilare attivamente⁸⁶ sulle connessioni dei propri utenti al fine di consentire alla neo-istituita Autorità di ordinare agli ISP la rimozione dei contenuti protetti da diritti d'autore: nella sua stesura originaria, infatti, la legge prevedeva la possibilità di procedere alla disconnessione forzata dal servizio, con conseguente applicazione di sanzioni pecuniarie, nei confronti degli utenti che avessero continuato a compiere attività illecite a seguito di tre successivi richiami effettuati dall'ISP. Dunque, il sistema si fondava su un controllo *a priori* da parte di un soggetto privato, posto in essere in assenza di alcun mandato da parte degli organi preposti e in carenza di alcun sospetto di colpevolezza. La normativa, come ha osservato il *Conseil constitutionnel*, era mal costruita perché escludeva il naturale intervento dell'autorità giudiziaria, la quale non avrebbe potuto pronunciarsi sulla legittimità della disconnessione neppure *a posteriori*.

Il rispetto della riserva di giurisdizione è l'argomento della sentenza che ha maggiormente influenzato il successivo dibattito politico. Nella procedura disciplinata nella legge HADOPI II si prevede la possibilità per il titolare di diritti d'autore di comunicare all'Autorità la prova della violazione compiuta da terzi e l'indirizzo IP attraverso il quale è stata commessa la violazione. Dunque, a differenza di quanto previsto nella legge del 2009, il fornitore di connettività è tenuto solo a identificare il nominativo corrispondente

⁸⁶ Molto pertinenti sul problema dell'imposizione di obblighi di controllo a carico delle imprese sono le riflessioni di A. MANTELERO, *La responsabilità on-line: il controllo nella prospettiva dell'impresa*, in *Diritto dell'informatica*, 2010, 3, 405. Anche in questo caso si pongono questioni di bilanciamento: l'attuale stato dell'arte rivela, infatti, l'esistenza di un bilanciamento fra le esigenze di tutela dei diritti e gli oneri di controllo incombenti sull'intermediario. Tale bilanciamento – osserva l'Autore – risulta economicamente e tecnicamente sostenibile, oltre che legittimato da specifiche scelte legislative. Si interroga sulla esigibilità-inesigibilità della prestazione avente ad oggetto il controllo, L. GUIDOBALDI, *You Tube e la diffusione di opere protette dal diritto d'autore: ancora sulla responsabilità dei providers tra hoster attivi, conoscenza dell'illecito e obbligo di sorveglianza*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 2, 278, in nota a TRIBUNALE DI ROMA, sentenza 11 febbraio 2010. A. MUSSO, *La proprietà intellettuale nel futuro della responsabilità sulla rete: un regime speciale?*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 6, 2010, 795, distingue il regime di responsabilità a seconda che venga in rilievo un fornitore attivo o un fornitore passivo di servizi telematici.

all'indirizzo IP da cui provengono le violazioni. Il compito di monitorare le condotte illecite è affidato all'Autorità, la quale, dopo tre successivi richiami, deve segnalare il nominativo dell'utente ai competenti organi giudiziari. Dunque, la nuova normativa esclude la possibilità per l'Autorità amministrativa di comminare direttamente la sanzione del distacco e prevede il ricorso a un procedimento d'urgenza per la rapida definizione della questione da parte del giudice⁸⁷.

La sentenza del *Conseil constitutionnel* richiama istituti tradizionali del diritto costituzionale – *id est*: la riserva di giurisdizione – al fine di garantire il rispetto dei diritti fondamentali, anche nell'ipotesi in cui sia richiesto all'interprete di procedere all'adattamento di questi alla mutata realtà. Per questa ragione, la protezione dei diritti su Internet rappresenta una funzione di estrema importanza che deve seguire l'evoluzione sociale e tecnologica.

⁸⁷ Una specifica riflessione sulle modalità di applicazione della pena è presente in N. LUCCHI, *Access to Network Services and Protection of Constitutional Rights: Recognizing the Essential Role of Internet Access for the Freedom of Expression*, in *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 2011, Volume 19, 645. L'Autore, dopo aver ricordato che «*communication technologies are not only an instrument for free expression, but also a way to access culture and enhance education*», precisa che «*the constitutional principle of freedom of expression has been formally expanded to include Internet access as part of freedom of speech. The rationale for this expansion is based on the idea that the right of each individual to access Internet network services is an essential ingredient in the freedom of communication and expression. In particular, the inability to access to Internet networks negatively affects other rights. While the Conseil constitutionnel's opinion recognizes the freedom to connect to the Internet, it does not imply that Internet access is a fundamental right. In other words, it is the constitutional guarantee of freedom of expression that includes a constitutional guarantee of Internet access. A prerequisite for the realization of the effective exercise of freedom of expression and access to information is uninhibited access to Internet network infrastructure. As a consequence, limitations on the right of Internet access can only be imposed under strict conditions (as is true of limitations imposed on other forms of expression and communication)*». Il giudizio sulla legislazione francese è molto duro, così come dimostrano le seguenti parole: «*the current version of the French law (HADOPI 2) would be difficult to enforce not only because technology always offers a way to circumvent legal restrictions, but also because the law requires strong cooperation from Internet Service Providers who have traditionally served only as neutral intermediaries*» (in questi termini, il ragionamento sviluppato a partire da pag. 675). L'Autore aveva già espresso la propria posizione sulla legislazione francese in un precedente scritto in lingua italiana: ID., *Le regole della comunicazione e dell'informazione nell'era di Internet*, *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, 8, 858. in Esprime il proprio favore nei confronti di un sistema che ponga la riserva di giurisdizione al centro del dibattito. C. BLENGINO, *Difese e sanzioni penali*, in *Giurisprudenza italiana*, 2011, 10, 2207 (si veda, in particolare, l'affermazione riportata nella nota 27).

Quindi, il legislatore non può impedire l'applicazione di fondamentali conquiste di civiltà giuridica in ragione del fatto che quelle stesse libertà costituzionali vengano esercitate in Internet⁸⁸. Pertanto, pare quantomeno apprezzabile il tentativo del legislatore di riposizionare l'amministrazione entro i limiti della tradizione costituzionale: l'«*expertise* necessaria alla regolazione di nuovi settori non giustifica di per sé l'attribuzione di una piena potestà punitiva. Le sanzioni più gravi possono essere irrogate soltanto dai giudici. L'amministrazione, che ha un ruolo centrale nell'assicurare l'effettività dei diritti fondamentali riconosciuti ai singoli, non gode di una preminenza assoluta. L'asse di equilibrio tra giudice e amministrazione si sposta, lasciando un ruolo maggiore al primo»⁸⁹.

Dunque, la pronuncia sana un'evidente illegittimità e riconduce la riflessione del legislatore entro i sicuri binari del diritto costituzionale. Tuttavia, la sentenza lascia impregiudicata la questione dell'opportunità politica dell'intervento, la quale, come è noto, esula dal sindacato dei giudici costituzionali⁹⁰. In particolare, l'intervento del *Conseil constitutionnel* non ha potuto risolvere i tanti problemi che, invece, sono emersi già dalle prime applicazioni della normativa in parola. A titolo meramente esemplificativo, si ricorda che la legge consente al titolare del diritto d'autore di conoscere il nominativo dell'intestatario dell'utenza dalla quale provengono le attività illecite⁹¹, il quale, tuttavia, potrebbe non coincidere con l'autore della condotta proibita: infatti, in assenza di meccanismi tecnici idonei a garantire l'individuazione del vero responsabile, è possibile che le conseguenze negative

⁸⁸ Questo aspetto è bene messo in luce da B. CAROTTI, *L'accesso alla rete e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, 6, 643.

⁸⁹ In questo senso, le conclusioni formulate da B. CAROTTI, *L'accesso alla rete e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, 6, 643.

⁹⁰ Sul tema, *ex multibus*, si vedano le parole di G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, *passim*.

⁹¹ Per A. DI MAJO, *La responsabilità del provider tra prevenzione e rimozione*, in *Corriere giuridico*, 2012, 4, 551, in nota a TRIBUNALE DI ROMA, Sezione IX, sentenza 11 luglio 2011, sembrano sussistere tutti i presupposti per riconoscere ai detentori dei diritti d'autore la facoltà di acquisire i dati necessari ad ottenere un'effettiva tutela dei propri diritti, così come di richiedere ogni provvedimento idoneo ad inibire le condotte illecite.

delle azioni compiute ricadano su soggetti che non hanno alcuna responsabilità. Un secondo esempio della difficoltà di attuare il meccanismo configurato nell'HADOPI II è rappresentato dal problema dei costi: il ricordato meccanismo presenta dei costi connessi, ad esempio, alla gestione della *black list* dei disconnessi e all'esigenza di assicurare un controllo costante dei *downloads*. Tali costi saranno posti inizialmente a carico dei *providers*, i quali, tuttavia, col tempo riusciranno a spostarli almeno in buona parte sugli utenti finali del servizio⁹².

Pertanto, pur esprimendo un giudizio positivo sull'operato del *Conseil constitutionnel* – il quale, forse, avrebbe potuto fare di più di ciò che ha fatto – possiamo comunque interrogarci sulla reale efficacia della normativa introdotta. In particolare, prendendo le mosse da un recente e circostanziato rapporto nel quale si evidenziano molti punti di criticità del sistema HADOPI⁹³, verificheremo se il fine ultimo – un'efficace protezione del diritto d'autore – si sia concretamente realizzato.

Il sistema francese dei «*three strikes*»⁹⁴, benché rispettoso del principio della «*réponse graduée*», pone problemi applicativi non secondari, dato che il carattere repressivo della legge e la prassi dell'HADOPI hanno alterato il già precario equilibrio delineato dal legislatore: a ben vedere, infatti, è stato giustamente affermato che «*la logique pédagogique inscrite dans la loi a été renforcée par la pratique de l'Hadopi, qui a veillé à n'enclencher la phase répressive qu'en dernier ressort et à respecter scrupuleusement les droits de la défense. La peine pécuniaire encourue reste légère au regard de celle à laquelle l'internaute était exposé, avant les lois Hadopi, au titre du*

⁹² Aderente alla posizione espressa nel testo è il giudizio di S. ALVANINI, *La disconnessione da internet come sanzione per il download illegale*, in *Diritto Industriale*, 2010, 2, 176.

⁹³ P. LESCURE, *Mission «Acte II de l'exception culturelle». Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, maggio 2013, Tomo I; ID., *Mission «Acte II de l'exception culturelle». Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, maggio 2013, Tomo II.

⁹⁴ Il meccanismo dei tre avvertimenti è stato immediatamente ribattezzato con la terminologia impiegata nel testo. Quest'ultima è ormai impiegata anche dalla dottrina (*ex multibus*, F. MACALUSO, *Distribuzione di contenuti digitali in rete*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2010, 4, 821).

délict de contrefaçon. La réponse graduée n'a donné lieu, à ce jour, qu'à deux condamnations effectives; le juge pénal veille, au titre de son pouvoir d'individualisation des peines, à adapter la sanction à la gravité des faits constatés. En revanche, la sanction de la coupure de la connexion Internet, bien qu'elle n'ait jamais été appliquée, contribue fortement à l'image répressive dont souffre le dispositif. Par ailleurs, le fait que l'auteur du téléchargement illicite reste passible de poursuites pour contrefaçon nuit à la lisibilité du dispositif et brouille le message pédagogique⁹⁵. A ben vedere, queste parole descrivono l'insoddisfazione nei confronti di un sistema fondato esclusivamente sulla previsione di sanzioni meramente repressive, la cui applicazione non ha affatto mutato l'incidenza della pirateria *online* nel sistema economico francese. I dati statistici confortano l'idea che un rimedio equilibrato rappresenti un presupposto indispensabile per la creazione di un sistema efficace ed efficiente. Pertanto, si condivide la proposta «*d'abroger la peine de suspension de l'abonnement Internet, particulièrement sévère au regard de la gravité des actes en cause, et dont l'applicabilité pratique est, au demeurant, incertaine*»⁹⁶: quest'ultima, infatti, appare non solo sproporzionata ma anche inadeguata rispetto al fine ultimo da raggiungere.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, possiamo ritenere valido il sistema delineato nell'HADOPI II? Potrebbe, per esempio, essere assunto come modello da parte del legislatore italiano? Questi interrogativi trovano, ad avviso di chi scrive, sufficiente risposta nel dibattito politico sviluppatosi in Francia all'indomani dell'entrata in vigore della legge. Le sempre più insistenti richieste di modifica della normativa vigente⁹⁷ provano l'insuccesso delle politiche meramente repressive. Quale sarà l'esito di questo dibattito è un dato difficile da prevedere; è innegabile, invece, che allo stato attuale l'ordinamento

⁹⁵ P. LESCURE, *Mission «Acte II de l'exception culturelle». Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, maggio 2013, Tomo I, 32.

⁹⁶ P. LESCURE, *Mission «Acte II de l'exception culturelle». Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, maggio 2013, Tomo I, 33.

⁹⁷ Gli esperti della materia auspicano il radicale superamento della legge HADOPI II grazie all'approvazione di una legge che viene già comunemente denominata HADOPI III. In merito alle istanze di riforma, si veda il contributo di E. BERTOLINI, *La lotta al file sharing illegale e la "dottrina Sarkozy" nel quadro comparato: quali prospettive per libertà di espressione e privacy nella rete globale?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010, 1, 74.

francese abbia perso l'occasione di costruire un sistema efficace e pienamente in grado di affrontare le sfide poste dal diritto d'autore *online*⁹⁸.

5. *Azioni positive e interventi repressivi nella regolamentazione italiana sul diritto d'autore*

L'esigenza di introdurre anche nell'ordinamento italiano forme di regolazione del diritto d'autore *online* è stata avvertita con un certo ritardo rispetto alle legislazioni che abbiamo appena esaminato. In particolare, il ritardo è evidente con riguardo all'esperienza americana, caratterizzata dall'introduzione di una normativa specifica per il mercato digitale già nel 1998. Il dato è di particolare interesse se si tiene presente che l'entrata in vigore del *Digital Millennium Copyright Act* è precedente rispetto ad alcune delle principali vicende analizzate dai giudici americani: già nel luglio del 2000, infatti, la *Court of Appeals for the Ninth Circuit* applicò la nuova disciplina per adottare un'ingiunzione preliminare nei confronti dei titolari di Napster – un programma largamente impiegato per lo scambio p2p di brani musicali e contenuti audiovisivi – contenente l'obbligo di rimuovere tutti i file coperti da *copyright* resi disponibili attraverso l'applicazione⁹⁹. Il preventivo intervento del

⁹⁸ Una bella ricostruzione dei principi che dovrebbero orientare il legislatore nel regolare il diritto d'autore in Internet è formulata da P.S. MENELL, *Envisioning Copyright Law's Digital Future*, in *New York Law School Law Review*, 2002-2003, Volume 46, 63 (per esempio, interessanti le conclusioni riportate a pag. 199). Sul punto, si confronti anche l'impostazione di V. FRANCESCHELLI, *Il buon droit d'auteur e l'odioso diritto d'autore di oggi*, in *Rivista di diritto industriale*, 2008, 3, 151.

⁹⁹ M. OROFINO, *Una vicenda di rilevante interesse costituzionale che coinvolge l'AGCOM in materia di diritto d'autore. Come andrà a finire?*, in *Astrid*. L'Autore riporta anche dati statistici per dimostrare che «(i)l fenomeno della pirateria on line si è nel frattempo letteralmente ingigantito. Non solo più files musicali, ma anche video ed e-book sono divenuti oggetto di scambio al di fuori delle norme sul diritto d'autore». Nel corso degli anni si sono avute ulteriori vicende rispetto a quella ricordata nel testo. Per un'esauritiva ricostruzione delle principali questioni portate all'attenzione dei giudici, si veda il contributo di L. FEROLA, *Diritto d'autore vs. diritto alla riservatezza: alla ricerca di un equo bilanciamento nella rete. I casi Peppermint, FAPAV e Scarlet*, in F. PIZZETTI (a cura di), *I diritti nella "rete" della rete. Il caso del diritto di autore*, Torino, 2011, 67.

legislatore, quindi, è stato importante e utile per gli operatori del settore, dato che ha contribuito a inquadrare sin da subito le principali questioni connesse alla distribuzione in formato digitale delle opere coperte da *copyright*. Non a caso, il caso Napster viene ancora oggi ricordato come una sorta di *leading case* in materia di tutela del diritto d'autore *online*, fonte di ispirazione non solo per la giurisprudenza americana ma anche per i regolatori di altri paesi.

Invece, per quanto riguarda l'esperienza italiana, si deve sottolineare che l'importanza della questione è stata avvertita soltanto a seguito degli interventi dell'AGCOM, la quale ha iniziato a occuparsi del tema a partire dal 2010. Nelle pagine seguenti, dunque, ripercorreremo i principali passaggi che hanno portato all'approvazione del recente regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica.

In via preliminare, dobbiamo osservare che il dibattito non ha suscitato l'interesse del nostro legislatore che, infatti, non ha ritenuto opportuno la modifica dei testi normativi che disciplinano in termini generali il diritto d'autore. Il quadro di riferimento delineato nel 1941 è rimasto sostanzialmente immutato¹⁰⁰, anche se alcuni interventi nel corso degli ultimi decenni hanno toccato aspetti più o meno rilevante per il tema *de qua*¹⁰¹.

La questione del mancato intervento del legislatore ha importanti implicazioni sulle attività compiute, anche di recente, dall'AGCOM. In particolare, prima di entrare nel merito delle soluzioni proposte, è importante comprendere se l'omissione del legislatore abbia o meno una diretta influenza sulla legittimità – formale e sostanziale – della regolamentazione posta in

¹⁰⁰ Nel testo ci si riferisce, in particolare, alla legge 22 aprile 1941, n. 633 recante “Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio”.

¹⁰¹ In questa sede sia consentito il rinvio ai soli atti normativi richiamati dall'AGCOM per giustificare il proprio intervento: a) legge 31 luglio 1997, n. 249, recante “Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo”; b) decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, recante “Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico”; c) decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante il “Codice delle comunicazioni elettroniche”; d) decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 44, recante il “Testo Unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici”.

essere dall'Autorità di settore. Il tema è stato ampiamente affrontato dalla dottrina costituzionalistica con percorsi argomentativi che hanno condotto i vari Autori alla configurazione di diverse soluzioni.

Un primo orientamento sottolinea che l'inerzia del legislatore è elemento di cui bisogna tener conto per qualificare in termini di illegittimità gli atti posti in essere dall'AGCOM. A tal proposito, è stato affermato con chiarezza che «il fatto che fino a oggi il legislatore abbia ommesso di compiere il suo dovere e che di contro le Autorità abbiano occupato il vuoto di potere lasciato dal primo, non rende conforme a Costituzione tale sequenza di atti normativi»¹⁰². Si esprime, dunque, una forte critica nei confronti dell'operato dell'AGCOM, il cui comportamento compromette non solo la riserva di legge, ma anche il principio di gerarchia tra le fonti del diritto¹⁰³, dato che consente all'Autorità di disciplinare una materia che non le era stata assegnata dal legislatore. L'intervento dell'AGCOM sul tema qui analizzato rende colpevole l'Autorità di compiere almeno tre illegittimità: in un solo colpo, essa «ha violato il principio di gerarchia, ledendo la norma primaria attributiva del potere (art. 6 del Decreto 44/10); ha concorso con detto Decreto a svuotare la riserva di legge, divenendo al tempo stesso legge e regolamento di se stessa; e, infine, ha ignorato la riserva di giurisdizione ... affidando la prima verifica sulla fondatezza della lite addirittura a un soggetto privato, l'ISP»¹⁰⁴.

Un secondo orientamento prende le mosse dall'idea che il quadro normativo di riferimento – soprattutto grazie ai vari interventi di modifica avutisi nel corso degli ultimi anni – sia sufficiente a giustificare l'introduzione di regole da parte dell'Autorità di settore. Alla luce dei principi generali in tema di potestà normativa delle Autorità indipendenti, i sostenitori di questa tesi

¹⁰² G. DE MINICO, *Diritto d'autore batte Costituzione 2 a 0*, in *Costituzionalismo*.

¹⁰³ L'organizzazione gerarchica delle fonti rappresenta un settore tradizionale di studi per la dottrina costituzionalistica. In questa sede, sia consentito il solo rinvio all'idea secondo cui il principio gerarchico è il più semplice e intuitivo principio per la costruzione di un sistema giuridico: esso rappresenta, infatti, un modo per comporre la complessità molteplice delle fonti del diritto. In questi termini, M. VILLONE, *Il tempo della Costituzione*, Roma, 2012, 9-10.

¹⁰⁴ G. DE MINICO, *Diritto d'autore batte Costituzione 2 a 0*, in *Costituzionalismo*.

ritengono che l'AGCOM sia titolare di specifiche funzioni di vigilanza in materia di diritto d'autore, espressamente riconducibili alla previsione contenuta nell'art. 182 *bis* della legge n. 633 del 1941 così come risultante a seguito della legge n. 248 del 2000: questa disposizione, infatti, prevede che «l'AGCOM e la SIAE svolgano, nell'ambito delle rispettive competenze, compiti di vigilanza, al fine di prevenire ed accertare eventuali violazioni del diritto d'autore, “sull'attività di riproduzione e duplicazione, su supporto audiovisivo, fonografico e qualsiasi altro supporto nonché su impianti di utilizzazione in pubblico, via etere e via cavo, nonché sull'attività di diffusione radiotelevisiva”»¹⁰⁵. Un ulteriore argomento a sostegno di questa seconda tesi si rinviene nell'analisi di un'altra norma. In particolare, si valuta positivamente il rafforzamento dei poteri di vigilanza e controllo dell'AGCOM previsti negli artt. 14, 15 e 16 del d.lgs. n. 70 del 2003. Le norme appena citate disciplinano la responsabilità civile del prestatore di un servizio della società dell'informazione per eventuali illeciti compiuti in occasione della fornitura del servizio e vengono impiegate da alcuni Autori per coprire anche l'ipotesi in cui venga violato il diritto d'autore. Pertanto, nel decreto – che distingue, nel merito, la posizione del soggetto mero trasportatore (c.d. *mere conduit*) da quella dei soggetti che offrono un servizio di memorizzazione temporanea (c.d.

¹⁰⁵ Le parole riportate nel testo sono impiegate da M. OROFINO, *Una vicenda di rilevante interesse costituzionale che coinvolge l'AGCOM in materia di diritto d'autore. Come andrà a finire?*, in *Astrid*, per descrivere l'orientamento favorevole all'intervento dell'AGCOM. L'Autore, tuttavia, riconosce che la formulazione della norma presenta alcune carenze piuttosto rimarchevoli: «(i)n primo luogo, la norma non definisce quale sia la ripartizione delle competenze tra AGCOM e SIAE, facendo un generico richiamo alle rispettive attribuzioni. Questa previsione sembra limitare l'azione AGCOM alle sue tradizionali aree di competenza, con esclusione quindi di ambiti quali la contraffazione di cd e dvd, le ispezioni in sale cinematografiche o in centri di fotocopia, mentre, al contrario, sembra mantenere in capo alla SIAE una competenza generale. Il che conduce al rischio di una sovrapposizione di competenze. In secondo luogo, la legge non chiarisce, fatto salvo per le ispezioni, quali altri atti possano essere compiuti dall'Autorità nell'esercizio della funzione di vigilanza: in generale, la legge non definisce nemmeno come tale attività debba essere organizzata. Infine, pur espressamente finalizzando l'attività di ispezione alla prevenzione ed alla repressione degli illeciti, non assegna alcun potere all'Autorità una volta che essa abbia accertato un'effettiva violazione. Pertanto si deve concludere che, sulla base della norma in questione, la competenza dell'AGCOM si arresta con l'obbligo di informare l'autorità giudiziaria (e l'autorità di pubblica sicurezza) di quanto eventualmente rilevato».

caching) o permanente (c.d. *hosting*) – si rinviene il presupposto normativo per attribuire all'AGCOM, in quanto autorità amministrativa avente funzioni di vigilanza, il potere di ordinare al prestatore di un servizio della società dell'informazione la cessazione o l'obbligo di impedire eventuali comportamenti illeciti¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Il tema della responsabilità dei prestatori di servizi nella società dell'informazione ha suscitato le ampie riflessioni della dottrina, in modo particolare di quella civilistica. Un circostanziato resoconto dei principali orientamenti è presente in M. DE CATA, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, Milano, 2010. L'Autore, pur affermando che l'esperienza italiana si caratterizza per la relativa scarsità di pronunzie giurisprudenziali sul tema, adotta un metodo essenzialmente casistico che gli permette di comparare esperienze distanti tra di loro in punto di diritto. Il metodo casistico è ricorrente nella dottrina sul tema, che spesso si è trovata a fare le proprie riflessioni a seguito di interventi giurisprudenziali. Tra i tanti contributi, si vedano: I. CECCHINI, *Diritto d'autore e società dell'informazione: il punto di vista degli autori*, in *Diritto industriale*, 2001, 4, 384; L. NIVARRA, *Responsabilità del provider*, in *Digesto discipline privatistiche – Sezione civile*, Volume 2, Torino, 2003, 1195; M.S. SPOLIDORO, *Una nuova riforma per il diritto d'autore nella società dell'informazione*, in *Corriere giuridico*, 2003, 7, 845; G. CASSANO – I.P. CIMINO, *Il nuovo regime di responsabilità dei providers: verso la creazione di un novello «censore telematico»?*, in *Contratti*, 2004, 88; A. PIAZZA, *La responsabilità civile dell'Internet Provider*, in *Contratto e impresa*, 2004, 1, 130; S. STABILE, *Il diritto d'autore nella società dell'informazione*, in *Diritto industriale*, 2004, 1, 88; I.P. CIMINO – F. DI CIOMMO, *Responsabilità dell'internet provider per violazione del diritto d'autore*, in *Diritto dell'Internet*, 2005, 1, 72 (in nota a TRIBUNALE DI CATANIA, Sezione IV, sentenza 29 giugno 2004); G. CASSANO – J.P. CIMINO, *La responsabilità del content provider per la diffusione di materiale protetto dal diritto d'autore*, in *Responsabilità civile*, 2005, 5, 426 (in nota a TRIBUNALE DI CATANIA, Sezione IV, sentenza 29 giugno 2004); D. DE ANGELIS – D. MULA, *Il service provider e la legittimazione passiva nel procedimento cautelare per violazioni dei diritti d'autore commesse da terzi*, in *Diritto dell'Internet*, 2006, 6, 557 (in nota a TRIBUNALE DI MILANO, ordinanza 3 giugno 2006); G. SAVORANI, *Diritto d'autore: rimedi civilistici dopo la direttiva enforcement*, in *Danno e responsabilità*, 2007, 5, 500; A. SIROTTI GAUDENZI, *Violazione della proprietà intellettuale: non è ammesso il provvedimento di discovery in caso di peer to peer. L'ordine di discovery che consenta l'acquisizione immediata ed in via d'urgenza della prova dell'illecito è ammesso dalla normativa processuale in tema di proprietà intellettuale introdotta dal D.Lgs. n. 140/2006*, in *Giurisprudenza italiana*, 2008, 7, 1738 (in nota a TRIBUNALE DI ROMA, Sezione speciale proprietà industriale ed intellettuale, sentenza 17 marzo 2008); S. ALVANINI, *La disconnessione da Internet come sanzione per il download illegale*, in *Diritto industriale*, 2010, 2, 76; D. MULA, *La responsabilità e gli obblighi degli Internet Provider per violazione del diritto di autore*, in *Rivista di diritto industriale*, 2010, 3, 252; M. TESCARO, *La responsabilità dell'internet provider nel d.lg. n. 70/2003*, in *Responsabilità civile*, 2010, 3, 166. Per un'interessante applicazione dei principi del diritto costituzionale al tema *de qua*, si veda il contributo di L. TRUCCO, *Pubblicazione d'immagini personali in rete e responsabilità del provider*, in *Diritto dell'Internet*, 2006, 6, 563 (in nota a TRIBUNALE DI BARI, Sezione I, sentenza 13 giugno 2006). Accenni al tema sono presenti anche in V. FRANCESCHELLI, *Commercio elettronico*, Milano, 2001 e R. BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico*,

Tuttavia, in questa sede, non si possono non ricordare i molteplici dubbi sollevati in sede di applicazione della ricordata normativa, dato che ha indotto alcuni Autori a meditare circa la possibilità di procedere alla radicale rivisitazione della stessa. In particolare, la necessità di un intervento legislativo che renda più chiare e fruibili le tracce contenute nella regolamentazione già esistente dovrebbe combinarsi con le indicazioni provenienti dal legislatore comunitario¹⁰⁷, il cui rispetto rappresenta ormai un presupposto imprescindibile per la legittimità della normativa interna. Anzi, così come è stato giustamente osservato, la rivisitazione della disciplina contenuta nel d.lgs n. 70 del 2003 potrebbe rappresentare l'*occasione* per il pieno recupero del canone della diligenza, elemento centrale nella direttiva 2000/31/CE¹⁰⁸. Il suggerimento è degno di interesse perché stimola il *conditor jus* a rintracciare il corretto temperamento delle contrapposte situazioni che vengono in rilievo: gli interessi di cui sono portatori i prestatori dei servizi e i diritti degli utenti. D'altronde, nel corso degli ultimi anni, i fornitori hanno notevolmente incrementato il numero di servizi offerti agli utenti e ciò ha reso ancor più complessa e difficoltosa l'applicazione della normativa alle nuove fattispecie emerse nella prassi¹⁰⁹. Per esempio, quale regime giuridico dovrebbe trovare applicazione con riguardo alla funzione di completamento automatico della stringa di ricerca sviluppata da alcuni motori di ricerca? Che tipo di controllo

Napoli, 2003. Infine, si segnala l'impostazione di L. NIVARRA, *La tutela del diritto d'autore in internet*, Milano, 2001, interessante perché affronta in maniera specifica il rapporto tra responsabilità dei soggetti che operano in rete e tutela del *copyright*.

¹⁰⁷ A. PIROZZOLI, *La responsabilità dell'internet service provider. Il nuovo orientamento giurisprudenziale nell'ultimo caso Google*, in *Rivista dell'associazione italiana dei costituzionalisti*, 2012, 3 (in particolare, si veda il ragionamento compiuto a pag. 8).

¹⁰⁸ A. MUSSO, *La proprietà intellettuale nel futuro della responsabilità sulla rete: un regime speciale?*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 799. Sul recupero del canone della diligenza, sono molto chiare le parole di M. GAMBINI, *Gli hosting providers tra doveri di diligenza professionale e assenza di un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni memorizzate*, in *Costituzionalismo*, 2011, 2.

¹⁰⁹ C. ROSSELLO, *Riflessioni de jure condendo in materia di responsabilità del Provider*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 617.

deve essere effettuato dal fornitore di servizio in base alla vigente normativa.¹¹⁰

Innegabilmente, i dubbi interpretativi appena ricordati rappresentano un *vulnus* per la teoria che rinviene in quelle norme il fondamento del potere di intervento dell'AGCOM. Sorprende, dunque, che la stessa Autorità – così come vedremo in prosieguo – abbia scelto di giustificare l'adozione del recente regolamento in tema di tutela del diritto d'autore *online* proprio con il riferimento al d.lgs. n. 70 del 2003.

Le difficoltà applicative, d'altronde, non sono completamente sconosciute al legislatore, così come dimostra una vicenda risalente a qualche anno fa. Con un emendamento assai controverso, il parlamento ha cercato di modificare una delle norme di cui stiamo discorrendo. Ci si riferisce, in particolare, all'emendamento alla legge comunitaria per il 2011 presentato dall'on. Fava al fine di modificare l'attuale art. 16 del d.lgs. n. 70. La vicenda è qui ricordata solo per confermare l'esistenza di dubbi interpretativi e non certo per suggerire il contenuto di una futura riforma: ad avviso di chi scrive, infatti, l'approvazione dell'emendamento proposto avrebbe ampliato in maniera irragionevole il potere dei *provider* di rimuovere i contenuti (forse illeciti) dai siti Internet, possibilità non più prevista nei soli casi di effettiva conoscenza e su comunicazione delle autorità competenti, ma anche nelle ipotesi di

¹¹⁰ La giurisprudenza di merito italiana si è occupata della specifica ipotesi indicata nel testo con due sentenze che hanno ricostruito il problema in maniera diametralmente opposta. Per un esaustivo commento, si veda il già citato contributo di A. PIROZZOLI, *La responsabilità dell'internet service provider. Il nuovo orientamento giurisprudenziale nell'ultimo caso Google*, in *Rivista dell'associazione italiana dei costituzionalisti*, 2012, 3, 8. Per l'Autrice «è evidente che la mancanza di esaustività del d.lgs. n. 70 sulle circostanze idonee a integrare i profili di responsabilità del provider lascia un ampio margine d'interpretazione al giudice, che dovrà valutare di volta in volta il comportamento tenuto dal gestore del servizio, con la conseguenza di uno scenario giuridico incerto e poco omogeneo, sfornito dei necessari riferimenti utili per operare in un ambito che coinvolge importanti libertà come quella di manifestazione del pensiero e la libertà di iniziativa economica». In merito alla specifica posizione del motore di ricerca, si veda la ricostruzione di E. ANDREOLA, *Profili di responsabilità civile del motore di ricerca*, in *Nuova giurisprudenza civile*, 2012, 2, 127. Il tema è trattato anche da G. PINO, *Assenza di un obbligo generale di sorveglianza a carico degli Internet Service Providers sui contenuti immessi da terzi in rete*, in *Danno e responsabilità*, 2004, 8-9, 832.

segnalazione proveniente da qualsiasi soggetto interessato, senza alcun accertamento da parte dell'autorità giudiziaria o amministrativa. Il meccanismo delineato nell'emendamento avrebbe sicuramente incrementato forme di controllo censorio della rete, dato che la possibilità di eliminare i contenuti caricati in rete risultava sganciata da qualsiasi forma di controllo pubblico; il fornitore del servizio, dunque, una volta ricevuta la segnalazione del terzo, avrebbe dovuto procedere alla rimozione del materiale, senza alcuna forma di controllo – esterno e preventivo – in merito alla correttezza del suo operato. Dunque, l'eliminazione dei contenuti avrebbe determinato una sensibile riduzione delle libertà degli utenti in rete, giustificabile solo in ragione della volontà di accordare una maggiore protezione ai titolari di diritti d'autore¹¹¹.

¹¹¹ La delicatezza della questione affrontata nel testo emerge in tutta la sua chiarezza se si legge l'art. 16 nella formulazione conseguente all'approvazione dell'emendamento, riportata qui di seguito integralmente: «1. Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione, consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore:

a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione avvalendosi a tal fine di tutte le informazioni di cui dispone, incluse quelle che gli sono state fornite dai titolari dei diritti violati dall'attività o dall'informazione, anche in relazione ad attività o a informazioni illecite precedentemente memorizzate dal prestatore a richiesta dello stesso o di altri destinatari del servizio;

b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti o di qualunque soggetto interessato, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.

2. Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore.

3. L'autorità giudiziaria o quella amministrativa competente può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 1, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse.

3-bis. In ogni caso le esenzioni e le deroghe in materia di responsabilità previste dal presente decreto non si applicano:

a) al prestatore che deliberatamente collabora con un destinatario del suo servizio al fine di commettere atti illeciti;

b) al prestatore che mette a disposizione del destinatario dei suoi servizi oggetto del presente decreto, o comunque fornisce o presta a suo favore, anche strumenti o servizi ulteriori, in particolare di carattere organizzativo o promozionale, ovvero adotta modalità di presentazione delle informazioni non necessarie ai fini dell'espletamento dei servizi oggetto del presente decreto, che sono idonei ad agevolare o a promuovere la messa in commercio di prodotti o di servizi a opera del destinatario del servizio;

L'emendamento dell'On. Fava – fortemente osteggiato dagli utenti della rete – testimonia l'importanza di addivenire a un corretto bilanciamento tra le varie situazioni giuridiche soggettive interessate dal tema della tutela del diritto d'autore *online*. Dalla relativa vicenda, dunque, possiamo trarre alcune considerazioni, utili anche per il successivo sviluppo del discorso.

In primo luogo, si corrobora l'idea che il bilanciamento rappresenti un'attività necessariamente demandata al legislatore. L'ordinamento giuridico attribuisce a quest'ultimo il compito di garantire la coesistenza delle varie situazioni giuridiche soggettive coinvolte, senza che ciò determini il completo annullamento di una di esse a vantaggio dell'altra. Pertanto, il tentativo di riforma appena esaminato merita un giudizio negativo proprio perché il sistema conseguente alla sua approvazione avrebbe determinato sempre e comunque la prevalenza del diritto d'autore: lo dimostra chiaramente l'eliminazione di qualsiasi forma di controllo preventivo da parte del soggetto pubblico, garanzia costituzionalmente necessaria per la tutela della libertà di manifestazione del pensiero.

Dal primo traiamo anche il secondo insegnamento che guarda alla titolarità del potere di intervenire *in subiecta materia*. Come già anticipato, si deve ritenere assolutamente non sufficiente il mero riferimento al d.lgs. n. 70 del 2013 per giustificare la potestà regolamentare dell'AGCOM. In base all'organizzazione gerarchica delle fonti e tenendo ben presente la riserva di legge che assiste le libertà fondamentali, possiamo ancora una volta ribadire che le scelte di politica normativa in settori così delicati competono unicamente al legislatore, il quale, così come le compie, le può disfare e cioè può rettificare la precedente regola a favore dell'uso responsabile della rete,

3-ter. Le esenzioni e le deroghe in materia di responsabilità previste dal presente decreto lasciano impregiudicata la possibilità di azioni inibitorie di altro tipo e, in particolare, delle azioni inibitorie previste dal codice della proprietà industriale, di cui al decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30, e dalla legge 22 aprile 1941, n. 633, che obbligano a porre fine a una violazione di diritti della proprietà industriale o intellettuale o a impedirli, anche con la rimozione dell'informazione illecita o con la disabilitazione dell'accesso alla medesima».

sempre che lo voglia. Invece, nelle pagine seguenti dimostreremo che è l'Autorità a parlare in sostituzione al legislatore nazionale, nonché a quello comunitario, pur essendo priva della necessaria rappresentatività politica per farlo¹¹².

Tenendo ben presenti queste due conclusioni, riprendiamo il discorso riguardante gli atti regolamentari dell'AGCOM. Il primo atto a cui bisogna far cenno è rappresentato dalla delibera n. 668/10/CONS¹¹³, che ha posto in consultazione il documento che definisce i profili essenziali delle attività dell'Autorità in merito all'attività di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica.

Sia dal titolo che dalle prime battute del documento, emerge la preoccupazione di delineare – *rectius*: di giustificare – il perimetro delle competenze dell'AGCOM in materia di diritto d'autore, proprio al fine di fugare qualsiasi dubbio circa l'ampiezza dei poteri ad essa attribuiti¹¹⁴. La posizione dell'Autorità sul punto è chiaramente espressa nell'allegato B alla delibera ed è sintetizzato con le seguenti parole: «(l)a legittimità di un intervento volto a garantire l'estensione automatica degli effetti di accordi volontari relativi agli utilizzi consentiti di opere protette online – e alle modalità di remunerazione e gestione dei diritti collettivi – si fonda sul potere normativo attribuito all'Autorità nella materia considerata. In questo senso, vanno richiamati: (i) il potere normativo generale di tipo “para-legislativo” che è riconosciuto all'autorità indipendente di regolazione del settore delle comunicazioni elettroniche dall'ordinamento comunitario e nazionale; (ii) le competenze ad essa attribuite dalla legislazione nazionale in materia di diritto d'autore; (iii) l'ampia delega contenuta nel D.Lgs. n. 44 del 2010 all'articolo 6.

¹¹² In questi termini, G. DE MINICO, *Diritto d'autore batte Costituzione 2 a 0*, in *Costituzionalismo*.

¹¹³ AGCOM, delibera n. 668/10/CONS, 17 dicembre 2010 di avvio della consultazione pubblica sui “Lineamenti di provvedimento concernente l'esercizio delle competenze dell'Autorità nell'attività di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica”.

¹¹⁴ A. PIROZZOLI, *L'iniziativa dell'Agcom sul diritto d'autore nelle rete di comunicazione elettronica*, in *Rivista dell'associazione italiana dei costituzionalisti*, 2011, 2.

La disposizione citata, infatti, si limita ad attribuire all’Autorità il compito di adottare gli interventi regolamentari necessari per rendere effettiva l’osservanza di limiti e divieti vigenti in materia di violazione del diritto d’autore attraverso le reti di comunicazione elettronica. Pertanto, non pone particolari vincoli all’esercizio del potere regolamentare, né indica specifiche soluzioni normative da adottare nel perseguimento di tali finalità. Nel caso di specie queste consisterebbero nell’adozione di regole che promuovono la sottoscrizione di accordi volontari e attribuiscono efficacia generale alle pattuizioni tra enti rappresentativi delle categorie di operatori coinvolti»¹¹⁵.

Quali ripercussioni ha il ragionamento appena ricordato sul piano della gerarchia delle fonti? Ad avviso di chi scrive, l’AGCOM evidenzia la chiara intenzione di volersi svincolare dalle (poche e deboli) indicazioni provenienti dal legislatore. In particolare, la scelta di disciplinare con proprio regolamento la materia *de qua* – che, paradossalmente, l’AGCOM giustifica anche alla luce dell’esigenza di tutelare il diritto di accesso all’informazione degli utenti attraverso le reti di comunicazione elettronica – entra in contrasto con il principio di legalità, dato che altera il rapporto tra la fonte primaria e la fonte secondaria. Recuperando, dunque, l’impostazione della dottrina che ha studiato il tema con riguardo alla potestà regolamentare del governo¹¹⁶, possiamo ritenere che ci si trovi in presenza di un regolamento sostanzialmente indipendente, disancorato dalle prescrizioni di rango primario e lesivo della riserva di legge che copre la libera manifestazione del pensiero. L’Autorità, dunque, si appropria di uno spazio che la Costituzione affida al potere legislativo e al potere giudiziario, ignorando il fatto in altri Paesi dell’Unione europea le stesse tematiche siano state oggetto di lunghe discussioni parlamentari.

¹¹⁵ Il ragionamento riportato nel testo è sviluppato a partire da pag. 24 dell’allegato.

¹¹⁶ V. COCOZZA, *La delegificazione. Modello legislativo – attuazione*, Napoli, 2003 (in particolare, si veda il ragionamento sviluppato a pag. 115 e ss.). L’Autore compara la disciplina contenuta nella legge 400/1988 con la previgente normativa di cui alla legge 100/1926 per affermare che il nuovo quadro appare, forse, ancor più audace di quello precedente.

La consultazione ha permesso agli operatori del settore, agli studiosi e alle associazioni di categoria di formulare obiezioni precise e circostanziate. Per quel che rileva ai fini del nostro discorso, si deve osservare che la maggior parte delle opinioni espresse ha salutato con grande interesse la proposta dell'AGCOM, formulando un giudizio approvativo del contenuto. Sono poche le voci contrarie a questa tendenza, quasi sempre riconducibili a soggetti appartenenti al mondo degli utenti. In questa sede, sia consentito il solo rinvio alla posizione espressa dalle associazioni promotrici dell'iniziativa pubblica www.sitononraggiungibile.it, le quali, pur riconoscendo che il diritto d'autore e, più in generale, i diritti di proprietà intellettuale costituiscano un cardine inamovibile del sistema culturale e il loro rispetto rappresenti un'esigenza ineliminabile per garantire un adeguato sviluppo del patrimonio culturale, ritengono che le misure di *enforcement* di tali diritti debbano sempre essere temperate con il necessario e irrinunciabile rispetto degli altri diritti fondamentali dei cittadini. Pertanto, la bozza di regolamento, oltre a porre questioni di carattere formale connesse al mancato rispetto del principio di legalità, non è rispettosa della *ratio* dell'art 182 *bis* della legge sul diritto d'autore, in virtù del quale bisogna affermare che l'accertamento di eventuali violazioni da parte degli utenti della rete postula necessariamente il ricorso all'autorità giudiziaria.

La delicatezza dei problemi ha indotto l'Autorità a ritornare sul tema con l'avvio di una seconda consultazione pubblica¹¹⁷ a cui è seguita la recente approvazione del regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica¹¹⁸. Tuttavia, il decorso del tempo non si è tradotto in una maggiore ponderazione dei temi interessati; lo dimostra il fatto che la sequenza di errori emersa nella prima fase di interventi dell'AGCOM si

¹¹⁷ AGCOM, delibera n. 398/11/CONS, 6 luglio 2011 di avvio della consultazione pubblica sullo schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica.

¹¹⁸ AGCOM, delibera n. 680/13/CONS, 12 dicembre 2013 recante il "Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70".

è ripetuta con modalità analoghe negli atti appena richiamati. Ad avviso di chi scrive, è chiaro che l'Autorità fraintende ancora una volta i termini della questione quando afferma testualmente che essa «opera ... ispirandosi ai principi fondamentali sanciti dal testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici e alle eccezioni previste dalla legge sul diritto d'autore»¹¹⁹: il richiamo ai valori costituzionali fatto dall'Autorità in vari documenti, infatti, è destinato a perdere di rilievo se congiuntamente si individua come modello dell'azione istituzionale dell'AGCOM una normativa primaria, considerata in forte contrasto con il diritto comunitario sotto vari profili¹²⁰. Pertanto, a prescindere da quanto diremo nelle pagine seguenti in merito al contenuto del recente regolamento, dobbiamo riscontrare che anche queste ultime attività dell'AGCOM pongono problemi di legittimità assolutamente non trascurabili.

Tenendo presente questo giudizio, analizziamo il contenuto del regolamento recentemente approvato. Esso intende tutelare il diritto d'autore *online* attraverso due azioni, complementari tra loro e di uguale importanza:

a) il sostegno allo sviluppo del mercato dei contenuti mediante campagne informative e alla diffusione dell'offerta legale;

b) la lotta alla pirateria professionale attraverso lo sviluppo di procedure di *enforcement* effettive, proporzionate e dissuasive, che, pur tutelando il diritto d'autore, non comprimano in alcun modo gli altri diritti rilevanti¹²¹.

¹¹⁹ AGCOM, delibera n. 398/11/CONS, 6 luglio 2011, 53.

¹²⁰ G. DE MINICO, *Libertà e copyright nella costituzione e nel diritto dell'Unione*, in *Rivista dell'associazione italiana dei costituzionalisti*, 2014, 1, analizzando nel merito il regolamento, ravvisa gli estremi di un illecito comunitario, i quali potrebbero costituire titolo idoneo per l'apertura di una procedura di infrazione contro lo Stato italiano. L'Autorità, tuttavia, ancorché autrice dell'atto normativo contestato, non potrebbe essere chiamata a rispondere dell'illecito commesso, perché l'*infringement* è, come ricorda giustamente l'Autrice, una violazione dell'impegno concluso dallo Stato verso la comunità sovranazionale, e di esso, pertanto, risponderà solo quest'ultimo, pur non essendo nella sua disponibilità giuridica evitarlo. Se lo Stato volesse rimuovere il regolamento o l'ordine dell'AGCOM in ottemperanza al diritto europeo, non potrebbe farlo, in quanto gli strumenti, quali l'annullamento in autotutela o in sede di controllo, non sarebbero attivabili sugli atti normativi o amministrativi delle Autorità, sottratti in nome dell'indipendenza a ogni sorta di riesame amministrativo (in particolare, si vedano le conclusioni sul punto a pag. 13).

¹²¹ La dicotomia indicata nel testo è assunta come presupposto rispetto al fine di «realizzare una ragionevole sintesi fra i differenti e variegati interessi in gioco» in

Come è stato giustamente osservato dai primi commentatori, lo schema di provvedimento si articola in due parti¹²²: la prima persegue l'obiettivo di promuovere la diffusione legale dei contenuti accessibili agli utenti, anche attraverso lo sviluppo di un mercato aperto; la seconda ha ad oggetto la definizione delle misure repressive a tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica.

In base alla prima parte del regolamento, l'Autorità potrà – *rectius*: dovrà – promuovere l'educazione degli utenti alla legalità nella fruizione delle opere digitali¹²³. Pertanto, l'AGCOM dovrà adoperarsi con interventi positivi al fine di accrescere la consapevolezza degli utenti in merito all'importanza del *copyright* in Internet. Pertanto, dovranno essere sviluppate campagne di sensibilizzazione sul tema, rivolte, in modo particolare, agli utenti più giovani. Queste nuove competenze istituzionali saranno compiute dall'Autorità grazie all'ausilio di un istituendo Comitato per lo sviluppo e la tutela dell'offerta legale di opere digitali¹²⁴, composto da esponenti delle associazioni di categoria, chiamato a occuparsi anche sul delicato tema dell'autoregolamentazione da parte degli operatori delle questioni attinenti alla diffusione di contenuti digitali legali¹²⁵.

Il condivisibile contenuto di questa parte del regolamento non rende meno rilevante l'obiezione che ancora una volta può essere mossa nei confronti del metodo impiegato dall'AGCOM. Possiamo ritenere coerente con

AGCOM, *Audizione del Presidente presso le Commissioni riunite VII e IX della Camera dei Deputati sul tema Tutela della proprietà intellettuale sulle reti di comunicazione elettronica e tutela dei minori nella programmazione, nelle trasmissioni e nella pubblicità dei media audiovisivi*, 15 gennaio 2014, 4.

¹²² In questi termini, M. AVVISATI, *Verso il regolamento sul copyright: un percorso accidentato*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2013, 3. L'Autrice descrive il contenuto del regolamento distinguendo le azioni di *promotion* da quelle di *enforcement* (si veda, in particolare, il ragionamento sviluppato a partire da pag. 5).

¹²³ L'importanza della funzione pedagogica è ampiamente messa in luce da P. LESCURE, *Mission «Acte II de l'exception culturelle». Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, maggio 2013, Tomo I, 34.

¹²⁴ Ricordato nelle pagine seguenti anche con la sola dicitura di Comitato.

¹²⁵ Tra le altre competenze affidate al Comitato si ricordano: a) monitorare l'applicazione del regolamento e b) formulare proposte di aggiornamento in relazione ai cambiamenti tecnologici e di mercato.

l'ordinamento giuridico la scelta di delegare l'esercizio di una competenza che l'Autorità si è auto-attribuita a un Comitato non previsto in alcuna fonte normativa di rango primario? Nonostante le differenze strutturali, possiamo ritenere valido anche in questo caso il principio generale secondo cui non è possibile delegare a terzi (l'esercizio di) un potere che è stato a sua volta oggetto di delega? Considerato che le azioni rientranti nelle politiche di *promotion* hanno un ruolo determinante nella prospettiva generale del regolamento, riteniamo di dover concludere sul punto affermando che l'Autorità avrebbe dovuto meglio precisare i contorni dell'azione del Comitato – soprattutto con riguardo alla possibilità di un'autoregolamentazione del settore – magari affidandogli una mera funzione consultiva: se, infatti, sussistono già molti dubbi con riguardo alle attività che l'AGCOM svolgerà in base al presente regolamento, è evidente che ancor più problematica sarà l'analisi delle questioni poste dall'intervento del Comitato.

Tuttavia, i punti di maggiore criticità del regolamento sono racchiusi nella parte dedicata alle politiche di *enforcement*, il cui specifico contenuto, a differenza delle politiche di *promotion*, non è condivisibile in ragione dell'evidente violazione dei principi costituzionali.

Prendendo spunto dalla legislazione di altri paesi, l'Autorità presta particolare attenzione alle violazioni compiute con finalità di lucro. Inoltre, assegna carattere assolutamente prioritario alla lotta contro la pirateria c.d. massiva, ritenuta particolarmente pericolosa a differenza delle violazioni compiute in maniera sporadica e occasionale¹²⁶.

Le politiche di *enforcement* si traducono nella previsione di una procedura amministrativa – che non è infondato qualificare speciale – più rapida rispetto alla via giudiziaria, dato che risponde alle esigenze di celerità proprie della rete,

¹²⁶ AGCOM, *Audizione del Presidente presso le Commissioni riunite VII e IX della Camera dei Deputati sul tema Tutela della proprietà intellettuale sulle reti di comunicazione elettronica e tutela dei minori nella programmazione, nelle trasmissioni e nella pubblicità dei media audiovisivi*, 15 gennaio 2014, 12, dove si assume che «l'obiettivo di colpire la "pirateria massiva", e non le singole manifestazioni di libertà del pensiero degli utenti e dei bloggers, è chiaramente indicato nell'ambito di applicazione del regolamento».

senza che ciò determini l'ingiusta compressione delle garanzie di partecipazione e difesa: il procedimento, infatti, assicura il contraddittorio tra le parti ed è scandito da tempi adeguati durante i quali ogni soggetto interessato potrà far valere le proprie ragioni¹²⁷.

Il procedimento dinanzi all'Autorità può essere avviato solo su istanza del soggetto legittimato, il quale deve preventivamente rivolgersi con una richiesta di rimozione al gestore della pagina Internet. Qualora l'opera tutelata dal diritto d'autore non venga rimossa – anche in ossequio alle prescrizioni contenute nei codici di autoregolamentazione redatti dal Comitato – potrà essere richiesta la rimozione direttamente all'Autorità, la quale, dopo l'istruttoria in contraddittorio tra le parti, potrà disporre l'archiviazione del procedimento o l'imposizione dell'obbligo di rimozione¹²⁸. Infine, sono previste delle sanzioni pecuniarie per il caso di inottemperanza all'ordine dell'AGCOM, il cui ammontare varia da un minimo di diecimila euro a un

¹²⁷ In questi termini, ancora una volta, AGCOM, *Audizione del Presidente presso le Commissioni riunite VII e IX della Camera dei Deputati sul tema Tutela della proprietà intellettuale sulle reti di comunicazione elettronica e tutela dei minori nella programmazione, nelle trasmissioni e nella pubblicità dei media audiovisivi*, 15 gennaio 2014, 12.

¹²⁸ I tipi di provvedimenti che l'AGCOM è legittimata ad adottare sono ben schematizzati da M. AVVISATI, *Verso il regolamento sul copyright: un percorso accidentato*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2013, 3, 7-8: «nel caso in cui sia riscontrata la violazione, entro 45 giorni dal ricevimento dell'istanza dell'avente diritto, la Commissione per i servizi ed i prodotti disporrà di due misure inibitorie: a) la rimozione selettiva – intesa come “eliminazione dalla pagina internet delle opere digitali diffuse in violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi ovvero del collegamento ipertestuale (link o tracker) alle stesse” (cfr. art. 1 comma 1 lett. cc. del regolamento). La misura della rimozione selettiva del contenuto illegale è applicabile nei casi in cui il sito ospiti sia contenuti legali che contenuti illegali, e non abbia quale finalità prevalente quello della pirateria informatica. b) Alternativamente, l'Autorità potrebbe ordinare la misura di disconnessione dei siti posti all'estero, vale a dire la “disabilitazione dell'accesso al sito internet univocamente identificato da uno o più nomi di dominio (DNS) o dagli indirizzi IP ad essi associati”. La misura della disabilitazione dell'accesso al contenuto illegale (cd. oscuramento dei siti) è ritenuta la più idonea per i casi di pirateria massiva effettuata con server situati all'estero. Difatti, poiché l'autore dell'illecito e/o il gestore del sito situato all'estero appaiono fuori della giurisdizione delle autorità interne, l'ordine inibitorio può comunque investire l'attività dell'operatore ubicato nel territorio nazionale che fornisca il servizio di connessione e accesso alla rete». Inoltre, l'Autrice osserva che le misure proposte in consultazione coincidono con quelle previste dal decreto legislativo n. 70/2003 – rimozione selettiva o disabilitazione dell'accesso ai contenuti illeciti – e sono improntate a gradualità e proporzionalità, tenendo conto della gravità della violazione e della localizzazione del *server*.

massimo di duecentocinquantamila euro. Il mancato rispetto dell'ordine dell'Autorità può assumere anche una rilevanza penale.

La procedura pone alcuni interrogativi. Riservandoci di riprendere il discorso nelle conclusioni di questo capitolo, riteniamo opportuno evidenziare già in questa sede i possibili dubbi interpretativi che potranno porsi in sede applicativa. Limitandoci al solo profilo soggettivo, possiamo, ad esempio, chiederci: chi sarà realmente legittimato a presentare istanza di rimozione? Quale criterio potrà essere impiegato per qualificare un soggetto come autore nell'ambito di sistema in cui sono frequenti meccanismi di condivisione¹²⁹ e creazione¹³⁰ delle opere assolutamente non corrispondenti a quelli che caratterizzano il mondo *offline*? E ancora, spostandoci dal lato del soggetto passivo: riscontrata la terminologia ampia e generica impiegata nel regolamento, quali soggetti potranno essere chiamati a dare esecuzione ai provvedimenti inibitori dell'AGCOM¹³¹? Queste domande troveranno, forse, un'adeguata risposta nella prassi dell'Autorità, la quale, ancora una volta, potrà decidere a chi spetteranno diritti e chi sarà tenuto a rispettare i propri ordini.

¹²⁹ La tecnica del *file sharing* ha imposto ai giudici di rivedere le tradizionali categorie del diritto. In questa sede sia consentito il solo riferimento alla recentissima sentenza della Corte di Giustizia, con la quale si è affermato che condividere un *link* che rimanda a opere tutelate da *copyright* non necessita dell'autorizzazione dei titolari dei diritti, a meno che i contenuti in questione non siano disponibili solo in abbonamento. Pertanto, il relativo comportamento non assume alcuna rilevanza penale. Per un primo commento alla sentenza, si veda la ricostruzione della stampa specializzata (in particolare, R. NATALE, *Diritto d'autore, Corte di Giustizia Ue: 'Linkare opere gratuite non è reato'*, in *Key4biz*, 13 febbraio 2014). Per un commento della dottrina sul ruolo della Corte di Giustizia, si veda il contributo di M. SIANO, *La sentenza Scarlet della Corte di Giustizia: punti fermi e problemi aperti*, in F. PIZZETTI (a cura di), *I diritti nella "rete" della rete. Il caso del diritto di autore*, Torino, 2011, 81. In merito alla possibilità di configurare una responsabilità penale, F. GIOVANELLA, *La responsabilità per linking a files audiovisivi contraffatti e l'incerta natura del motore di ricerca*, in *Danno e responsabilità*, 2011, 8-9, 847, in nota a TRIBUNALE DI ROMA, sentenza 22 marzo 2011.

¹³⁰ La dottrina sempre più frequentemente ricorda che in Internet circolano contenuti creati dagli utenti del *web* esclusivamente per Internet. Per un'analisi dei c.d. *web content based*, si vedano le attente riflessioni tecnico-giuridiche di N. LUCCHI, *I contenuti digitali. Tecnologie, diritti e libertà*, Milano, 2010, *passim*.

¹³¹ Una risposta a quest'ultimo interrogativo fondata sul dato normativo è data da M. AVVISATI, *Verso il regolamento sul copyright: un percorso accidentato*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2013, 3, 8.

6. *Una conclusione sul tema: quis custodiet custodem?*

Le varie esperienze prese in considerazione in questo capitolo mostrano che non è affatto semplice individuare il punto di equilibrio tra l'efficace tutela del diritto d'autore e la piena garanzia della libertà di espressione in Internet. Spesso, i legislatori intervenuti in *subiecta materia* hanno prodotto normative sbilanciate a favore del diritto d'autore causando un'irragionevole compressione della manifestazione del pensiero. Ciò giustifica un primo giudizio negativo, dato che la strada intrapresa dalla maggioranza dei legislatori nazionali – orientata all'implementazione di meccanismi di blocco e/o di rimozione rispetto ai siti *Internet* ove siano diffuse illegalmente opere protette da diritto d'autore – pone problemi sia in termini di efficacia che di efficienza del sistema: infatti, gli interventi meramente sanzionatori, oltre ad essere inefficaci rispetto al fine di garantire adeguatamente i diritti degli autori, sono anche inefficienti perché sacrificano gli altri diritti costituzionalmente rilevanti in misura ultronea rispetto a quanto sarebbe realmente necessario. Pare, dunque, condivisibile, l'idea secondo cui le varie soluzioni normative proposte, «a prescindere dalla circostanza che possano sostanziarsi nella totale privazione della connessione ad *Internet* ovvero in misure più selettive e meno invasive, non possono non essere considerate con particolare prudenza, alla luce della rilevanza del terreno che sono destinate ad incidere. Specialmente, ove si ponga mente allo sviluppo della nuova libertà di accesso alla rete, che può essere ormai inquadrata come proiezione nel nuovo universo digitale della tradizionale libertà di espressione»¹³².

Internet è uno spazio in cui l'esercizio di nuove libertà è reso possibile grazie al pieno riconoscimento dei tradizionali diritti. Pertanto, il blocco dei siti Internet che non trovi la propria giustificazione nell'esigenza di tutelare un altro valore di rango costituzionale rappresenta un'indebita limitazione del

¹³² La citazione riportata nel testo è tratta dalle conclusioni formulate da O. POLLICINO, *Copyright versus freedom of speech nell'era digitale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2011, 8-9, 1994.

diritto di accesso alla rete¹³³ e deve essere considerata alla stregua della lesione di un diritto fondamentale, in grado di incidere negativamente sull'esercizio di altre libertà fondamentali dell'individuo. Dunque, se da un lato è vero che le nuove tecnologie hanno rappresentato e continuano a rappresentare un fattore di sviluppo per le libertà, dato che hanno permesso di accrescere ed espandere l'agire umano¹³⁴, è altrettanto corrispondente al vero che alcune vicende mostrano che la tendenza a comprimere la dimensione libertaria di Internet non è affatto trascurabile.

Tenendo ben presente questo assunto, formuliamo le nostre considerazioni sul tema. La tutela del diritto d'autore in Internet dimostra l'importanza di inquadrare la regolazione dei nuovi mezzi di comunicazione secondo le procedure ordinarie e nel pieno rispetto dei principi fondamentali del sistema. Questo dato è particolarmente evidente con riguardo alla situazione italiana, caratterizzata, a seguito dell'entrata in vigore del regolamento dell'AGCOM, da molti profili di illegittimità: in questo caso, infatti, l'Autorità «ha esercitato un potere *sine titulo*; ha disatteso il principio di gerarchia; ha concorso, occupando gli spazi troppo ampi lasciati liberi dal D.lgs. 44/2010, a svuotare la riserva di legge; e, infine, ha sacrificato valori costituzionali preminenti»¹³⁵. Un legislatore attento avrebbe dovuto impedire un tale comportamento dell'Autorità e non è peregrino affermare che debba comunque intervenire, anche a seguito dell'entrata in vigore del regolamento, con atti congrui rispetto all'intenzione di riappropriarsi della materia *de qua*.

In primo luogo, il legislatore dovrebbe procedere alla rapida approvazione di una legge di riforma del sistema così da rendere il sistema conforme al principio di legalità. Quest'ultimo, come è stato da sempre

¹³³ Il tema del diritto d'accesso, pur essendo centrale in qualsiasi trattazione dedicata a Internet, esula dal presente lavoro. Pertanto, in questa sede, sia consentito il solo rinvio al primo contributo monografico che analizza in lingua italiana le molteplici applicazioni di questo diritto: G. DE MINICO, *Internet. Regola e anarchia*, Roma, 2012.

¹³⁴ T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a internet*, in *Rivista dell'associazione italiana dei costituzionalisti*, 2011, 1, 2.

¹³⁵ G. DE MINICO, *Libertà e copyright nella costituzione e nel diritto dell'Unione*, in *Rivista dell'associazione italiana dei costituzionalisti*, 2014, 1, 12.

osservato dalla più attenta dottrina costituzionalistica, assolve a una funzione che è al contempo democratica e garantista. Esso postula che il potere regolamentare possa esercitarsi solo dopo che una legge – atto pubblico alla cui formazione partecipano maggioranza e opposizione – ne abbia legittimato il dispiegarsi¹³⁶: ciò è sicuramente vero per i regolamenti dell'esecutivo ma, ad avviso di chi scrive, è ancor più vero nel caso in cui l'esercizio della potestà regolamentare venga riferito alle Autorità amministrative indipendenti, sfornite per definizione di una qualsiasi forma di legittimazione politica. Il regolamento dell'AGCOM viola questo principio, dato che i deboli riferimenti alla legislazione vigente sono assolutamente insufficienti rispetto al fine di affermare la titolarità della potestà regolamentare.

Analoghe considerazioni valgono per la riserva di legge, sacrificata dall'Autorità in ragione della volontà di tutelare i soli interessi degli autori. Anche in questo caso è evidente l'alterazione del paradigma accolto in Costituzione: pur volendo rifarsi a un'accezione minima dell'istituto, è incontrovertibile che obiettivo della riserva è imporre un inderogabile ordine di intervento tra legge e regolamento. In particolare, la norma secondaria di alta amministrazione deve sopravvenire rispetto al quadro di riferimento dettato dalla norma primaria, in forza del suo essere una decisione politica. Invece, il regolamento in esame riunisce in un unico atto la decisione politica con quella di alta amministrazione, facendo da legge di se stesso e dissolvendo la distinzione voluta dalla riserva nell'imputazione soggettiva e nella conseguente responsabilità¹³⁷.

¹³⁶ Tra i tanti contributi sul tema, sia consentito il solo rinvio a L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966, *passim*.

¹³⁷ G. DE MINICO, *Libertà e copyright nella costituzione e nel diritto dell'Unione*, in *Rivista dell'associazione italiana dei costituzionalisti*, 2014, 1, 10. L'Autrice giunge alla medesima conclusione a prescindere dal tipo di riserva che viene in rilievo: infatti, se si assume la riserva come assoluta, essa è concettualmente incompatibile con un potere normativo sostanzialmente primario, in cui il regolamento diventa legge di se stesso. Anche a voler assumere la riserva come relativa, rimangono come condizioni minime un principio di disciplina immediatamente precettiva posta in prima battuta dal legislatore, e puntuali criteri orientativi della futura normazione secondaria. Condizioni che la nuda attribuzione del potere da parte del legislatore non sembra aver assolto. La riserva, come criterio di distribuzione del lavoro tra fonti di diverso grado, impone che il discorso

Infine, l'auspicato intervento del legislatore dovrebbe dare piena attuazione alla riserva di giurisdizione, baluardo invalicabile del costituzionalismo moderno in virtù del quale si afferma che ogni intervento limitativo delle libertà fondamentali debba essere preventivamente vagliato dall'autorità giudiziaria¹³⁸. Anche in questo caso, il senso della riserva è escludere l'intervento di un altro soggetto – *id est*: la pubblica amministrazione, in tutte le sue articolazioni – e blindare la limitazione delle libertà fondamentali entro precise garanzie. Fermo restando il rilievo assorbente delle argomentazioni espresse in precedenza, si ritiene ancora largamente insufficiente la possibilità di cumulare il rimedio amministrativo con quello giurisdizionale prevista nell'attuale stesura del regolamento: se, infatti, il primo non è più preclusivo del trasferimento della lite in sede giudiziaria, non si può non riconoscere che «(r)iserva e cumulo sono in un rapporto di incompatibilità reciproca. Né il divieto appare superabile con l'argomento che il privato con la scelta del rimedio amministrativo implicitamente rinuncia alla tutela fornita attraverso la riserva. Questa protegge non un bene individuale e, come tale, disponibile, ma il valore oggettivo delle libertà fondamentali. Connotando la forma di Stato, le libertà ne sono attributi ineliminabili, intangibili nel loro nocciolo duro anche dalla volontà normativa di revisione costituzionale o sovranazionale, e limitabili solo su decisione motivata dell'autorità giudiziaria alle condizioni poste dalla legge»¹³⁹.

Il principio di legalità e le riserve rappresentano ancora oggi validi strumenti di garanzia per le libertà fondamentali e non subiscono alcuna alterazione in ragione delle particolarità caratterizzanti il mezzo da disciplinare. Pertanto, si auspica un intervento del legislatore italiano, anche se è nota

normativo sia avviato in sede primaria, e solo completato in quella secondaria (in tal senso, si veda il ragionamento sviluppato a pag. 5, dove è fatto espresso riferimento alla posizione espressa da V. Onida in un recente parere).

¹³⁸ M. OROFINO, *Una vicenda di rilevante interesse costituzionale che coinvolge l'AGCOM in materia di diritto d'autore. Come andrà a finire?*, in *Astrid*, 8.

¹³⁹ G. DE MINICO, *Libertà e copyright nella costituzione e nel diritto dell'Unione*, in *Rivista dell'associazione italiana dei costituzionalisti*, 2014, 1, 14. Considerazioni sul punto sono fatte anche da M. AVVISATI, *Verso il regolamento sul copyright: un percorso accidentato*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2013, 3, 8-9.

l'intenzione delle istituzioni comunitarie di occuparsi del tema¹⁴⁰. A ben vedere, si tratta di progetti che non saranno approvati in breve tempo e che, dunque, richiederanno ancora un lungo dibattito nelle competenti sedi. Invece, l'attualità della tutela del diritto d'autore in Internet non può tollerare indugi da parte del *conditor jus*, il quale dovrebbe essere in grado di anticipare i fenomeni e predisporre per tempo gli opportuni accorgimenti normativi. In questo caso, il confronto dell'esperienza italiana con quella americana è assai eloquente, dato che mette bene in luce il fatto che la tempestività dell'intervento rappresenti di per sé un valore non secondario.

Il legislatore, dunque, deve disciplinare questo specifico aspetto di Internet con l'obiettivo di realizzare in modo più efficace le finalità sottese al diritto d'autore¹⁴¹: infatti, «(p)roprio quel diritto d'autore che vede minacciate le proprie fondamenta dall'avvento di nuovi strumenti di condivisione può in essi trovare inatteso supporto alla sua missione di progresso socioculturale»¹⁴².

¹⁴⁰ M.L. MONTAGNANI, *Il diritto d'autore nell'era digitale. La distribuzione online delle opere dell'ingegno*, Milano, 2012 (si veda, in particolare, il capitolo II dedicato alle fonti normative).

¹⁴¹ L'intervento del legislatore dovrebbe altresì procedere alla semplificazione del sistema normativo: solo in questo modo, infatti, si potrà agevolare il compito degli operatori del settore (e, *in primis*, dei giudici). Sul punto, si è concordi con la posizione di F. MACALUSO, *E Mozart finì in una fossa comune. Vizi e virtù del copyright*, Milano, 2013, 164.

¹⁴² In questi termini, O. POLLICINO, *Copyright versus freedom of speech nell'era digitale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2011, 8-9, 1994. L'Autore giunge a conclusioni analoghe a quelle indicate nel testo laddove afferma che «(t)utto ciò implica la necessità di sottoporre ogni possibile limitazione di questa prerogativa alle garanzie tipiche che assistono le libertà costituzionalmente tutelate in forma rafforzata: in primo luogo, una precisa enucleazione in sede legislativa dei presupposti al ricorrere dei quali si ricollega la potestà di comprimere lo spazio d'esercizio della libertà di espressione; in secondo luogo, l'attribuzione di siffatta potestà a organi giurisdizionali, unitamente alla previsione di garanzie procedurali che assicurino l'effettivo esercizio dei diritti di difesa. E questo, peraltro, senza trascurare la possibilità che un percorso di forte caratterizzazione in senso partecipativo possa interessare sempre più la stessa libertà di accesso alla rete: libertà della quale, finora, si è apprezzato forse il solo ruolo di presupposto per l'esercizio di altri diritti, senza porre nel dovuto risalto, invece, la sua formidabile capacità di promuovere un nuovo spazio di espressione. Nello specifico, con riguardo al fenomeno del *file sharing*, un rigoroso ossequio al principio di proporzionalità nel definire la portata delle eventuali misure restrittive si impone quale condizione affinché la stessa tutela offerta dal diritto d'autore non tradisca i suoi motivi ispiratori: e cioè per scongiurare che, in luogo di valorizzare la capacità di espressione, l'*enforcement* delle regole sul diritto d'autore finisca per importare un eccessivo sacrificio proprio alla libertà di espressione e

Da ciò discende che è opportuno inquadrare il ruolo dell'AGCOM *secundum Constitutionem*, dato che «(c)onferire deleghe in bianco alle Autorità non appare la migliore e più efficace protezione di diritti e libertà perché al pericolo eventuale di scelte affidate al decisore politico, rappresentativo e responsabile, si sostituisce il danno certo di scelte politiche dettate da Autorità autoreferenziali e non responsabili»¹⁴³.

Per tutte queste ragioni, riteniamo di poter concludere affermando che lo sviluppo tecnologico debba essere continuamente orientato dal legislatore verso l'emersione di quelle posizioni giuridiche soggettive che sono state acutamente qualificate dalla dottrina come nuovi diritti fondamentali¹⁴⁴, la cui rilevanza per il diritto costituzionale discende, pur in assenza di un esplicito riconoscimento normativo, dal forte e chiaro tono che esse presentano: solo in questo modo, infatti, si potrà dare un'adeguata risposta ai tanti problemi emersi nel *cyberspazio* che pongono nuovi interrogativi al giurista¹⁴⁵. Dunque, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, il regolamento dell'AGCOM non chiude la partita, così come dimostra l'idea secondo cui sarà indispensabile una sua riscrittura – almeno in sede interpretativa – maggiormente rispettosa dei principi espressi in Costituzione e nel diritto dell'Unione europea.

segnatamente alla libertà di essere informati, conseguenza questa che originerebbe laddove si optasse per una condanna totale di un sistema, come il *file sharing*, che non è totalmente estraneo alla circolazione anche legale di contenuti, preconditione di sviluppo culturale».

¹⁴³ G. DE MINICO, *Libertà e copyright nella costituzione e nel diritto dell'Unione*, in *Rivista dell'associazione italiana dei costituzionalisti*, 2014, 1, 18.

¹⁴⁴ La teoria dei nuovi diritti ricordata nel testo è ampiamente formulata da F. MODUGNO, *La tutela dei «nuovi diritti»*, in F. RICCOBONO (a cura di), *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, Milano, 1991, 89, e ribadita poi in ID., *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995. Sul punto, sono molto affascinanti le recenti osservazioni di S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari-Roma, 2012.

¹⁴⁵ A titolo meramente esemplificativo, il legislatore dovrebbe occuparsi della possibilità di cedere a terzi opere acquistate in Internet: è noto, infatti, che le grandi società del settore informatico stiano sviluppando prodotti in grado di permettere questa forma di cessione con modalità legali. I modelli in via di sviluppo si fondano su un sistema che permette all'acquirente di entrare nella disponibilità della copia digitale solo a seguito della cancellazione del prodotto da tutti i terminali nella disponibilità dell'utente cedente. In questo modo, potrà continuare a svilupparsi – al di fuori delle ipotesi in cui la licenza è strettamente individuale – un mercato dell'usato in formato digitale.

Conclusioni

Le questioni affrontate in questo lavoro confermano l'idea esposta nell'introduzione a questa ricerca: Internet non può diventare una zona franca per il diritto e, in particolare, per gli operatori economici, i quali, allo stato attuale, sono tenuti al rispetto della normativa generale sulle attività economiche. Il giurista, dunque, deve occuparsi delle regole applicabili alle nuove tecnologie, soprattutto nell'ipotesi in cui la loro applicazione possa influire sull'esercizio delle libertà costituzionali. Nelle pagine seguenti, partiremo proprio da questa considerazione per formulare alcuni rilievi conclusivi sul tema che qui ci ha impegnato.

La scelta di avviare un'iniziativa economica sul mercato di Internet non può determinare l'instaurazione di un regime di vantaggio per l'operatore economico che abbia compiuto tale scelta. Per sostenere quest'idea, pare sufficiente ricordare quanto abbiamo detto in riferimento al diritto antitrust e al principio della *network neutrality*: la casistica affrontata nei relativi capitoli, infatti, dimostra quanto sia importante circoscrivere i poteri delle grandi società operanti nella *web economy*, interessate, molto spesso, ad acquisire vantaggi ingiustificati e incoerenti rispetto alla vocazione genetica di Internet. Per quale ragione si dovrebbe consentire a un operatore economico del *web* di non rispettare i limiti antitrust previsti nella legislazione vigente? Una società fornitrice di connettività potrebbe decidere di ridurre la velocità di trasmissione dei nostri dati in rete in ragione di valutazioni meramente economiche ed egoistiche?

Questi interrogativi richiamano questioni che abbiamo affrontato nei capitoli dedicati alla *competition* e alla *net neutrality*, tematiche che, come abbiamo già osservato, presentano molti punti in comune: non a caso, abbiamo sostenuto che la neutralità della rete potrebbe essere qualificata alla stregua di una norma antitrust laddove fosse in grado di imporre la parità di trattamento

tra tutti gli operatori – in particolar modo, tra i *content provider* – operanti in Internet. Tuttavia, riteniamo utile completare le riflessioni già svolte con l'aggiunta della seguente considerazione. A ben vedere, non si può negare che le due tematiche vengano impiegate dalla dottrina per riferirsi a ipotesi tra loro diverse. In particolare, la volontà di sottoporre le imprese operanti in Internet allo *scrutiny* delle autorità antitrust risponde all'esigenza di garantire la piena parità di trattamento tra operatori *online* e operatori *offline*. La corretta ricostruzione del principio della *net neutrality*, invece, porta ad escludere che possano esserci differenze di trattamento tra le imprese che abbiano scelto di svolgere la propria attività sulla medesima piattaforma. In particolare, per i sostenitori della neutralità della rete, non può esserci alcuna discriminazione tra i *content provider* in ragione di criteri meramente economici: anche la *net neutrality*, dunque, è regola di concorrenza perché guarda allo specifico mercato *online* con l'obiettivo di contribuire al raggiungimento del c.d. equilibrio competitivo.

Entrambe le tematiche riconoscono l'importanza della regolazione del mercato e rispondono a due obiettivi che, anche in tempi meno recenti, sono stati richiamati dalla Corte costituzionale per spiegare quale sia la funzione del diritto antitrust nel nostro sistema: da un lato, infatti, la *competition* «integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori» e, dall'altro lato, rende possibile la «protezione della collettività, in quanto l'esistenza di una pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenerne i prezzi»¹⁴⁶. Dunque, la concorrenza costituisce un valore coesistente alla libertà di iniziativa economica, situazione giuridica soggettiva che è suscettibile di limitazioni solo laddove siano presenti ragioni di utilità sociale. Pertanto, l'autonomia privata non riceve dall'ordinamento una protezione assoluta, dato che le limitazioni volte al soddisfacimento contestuale di altri interessi costituzionalmente rilevanti sono coerenti con l'architettura dell'art. 41 Cost., in particolare con le

¹⁴⁶ In questi termini, CORTE COSTITUZIONALE, sentenza 22 luglio 2010, n. 270, in *Giurcost*.

clausole generali dell'utilità sociale e dei fini sociali di cui al secondo e terzo comma.

Il ragionamento sviluppato dalla Corte costituzionale conferma l'impostazione che abbiamo ritenuto preferibile e offre argomenti di grande interesse per Internet. Ad avviso di chi scrive, il fondamento costituzionale del diritto antitrust – terminologia che è qui impiegata per riferirsi anche principio di neutralità della rete – induce a ritenere che lo svolgimento di un'iniziativa economica in Internet possa essere limitata laddove vi sia un'altra esigenza di rilievo costituzionale. L'obiettivo è evitare che l'iniziativa economica possa comprimere l'esercizio di altri diritti costituzionali, in maniera del tutto corrispondente a quanto accade nell'ambito dell'economia *offline*. Il rischio riguarda ogni posizione di vantaggio e, dunque, interessa anche situazioni diverse dalla libertà di manifestazione del pensiero, su cui più ampiamente ci siamo soffermati: non è da escludere, infatti, che gli operatori economici, in futuro, possano porre in essere comportamenti volti a comprimere altre libertà costituzionali, diverse da quelle strettamente afferenti al principio del pluralismo.

Tuttavia, nella nostra ricostruzione abbiamo sostenuto anche l'inopportunità di configurare a carico delle società operanti nel *web* obblighi ulteriori rispetto a quelli inseriti nel c.d. statuto generale dell'imprenditore. In questa sede, pare sufficiente richiamare il dibattito sul diritto d'autore, che, talvolta, è stato animato dall'idea di imporre a carico dei fornitori di connettività obblighi di controllo che, invece, sarebbe più opportuno attribuire direttamente alle pubbliche autorità. Tale possibilità ci lascia perplessi perché, oltre ad essere inefficace rispetto all'obiettivo di una reale tutela del diritto d'autore in Internet, appare non rispettosa dei tradizionali istituti posti a garanzia delle libertà fondamentali: una conferma in tal senso, d'altronde, si rinviene nella più recente legislazione francese, tacciata di illegittimità dal *Conseil constitutionnel* per l'espressa previsione di un intervento delle autorità private in un settore assai delicato per i valori costituzionali coinvolti.

Quale è, dunque, lo scenario regolatorio che immaginiamo per Internet?

La nostra ricerca non ha cercato di rispondere a quest'interrogativo fornendo una teoria valida *sub specie aeternitatis*: infatti, riteniamo che qualsiasi ricostruzione teorica riguardante Internet sia destinata a chiudersi con più interrogativi di quelli indicati in apertura. La rapidità dell'evoluzione tecnologia resiste alla staticità delle tradizionali teorie giuridiche che, infatti, dovranno considerare la possibilità di introdurre nuove forme regolatorie, maggiormente aderenti alla realtà delle cose.

Tuttavia, riteniamo di concludere sul tema con l'indicazione di alcuni punti fermi del dibattito. In particolare, ad avviso di chi scrive, tutti gli argomenti trattati impongono una riflessione che porti a distinguere la vocazione aperta di Internet dalla tentazione di voler configurare un diritto naturale per la rete.

I concetti appena esposti solo apparentemente sono coincidenti: a ben vedere, il positivo riconoscimento della vocazione all'apertura di Internet non è affatto assicurato da un diritto naturale che traduca quest'idea in precetto giuridico. Nessun principio immanente ci assicura che il futuro comportamento degli operatori economici sia volto a garantire la piena esplicazione delle libertà in Internet: siamo sicuri che le grandi società del *web* faranno tutto ciò che è necessario per rendere possibile la partecipazione degli utenti alla vita pubblica sulla rete o l'ingresso di altri *competitors* sul mercato *online*?

La distinzione diventa ancor più chiara se si considera che il vuoto regolatorio non è affatto irrilevante rispetto agli obiettivi appena ricordati. Sul punto, è sufficiente ricordare quali siano state le tendenze del mercato all'indomani dell'annullamento del principio della *net neutrality* da parte dell'autorità giudiziaria americana: se è sufficiente una sentenza per stimolare l'interesse degli operatori economici a sottoscrivere quegli accordi in precedenza vietati, si può forse concludere sul punto affermando che non

esiste un principio di diritto naturale in grado di limitare discriminazioni in Internet. Ad avviso di chi scrive, un diritto naturale per Internet – ispirato al principio di uguaglianza e improntato al carattere dell’apertura – avrebbe dovuto di per sé impedire quelle trattative che, invece, sono ormai quasi giunte alla conclusione e che, una volta tradotte in accordi contrattuali, permetteranno ai grandi operatori di degradare il traffico dei *content provider* che non saranno disposti a pagare il prezzo imposto per ottenere la prioritizzazione del traffico. Dunque, allo stato attuale, non è da escludere che, in assenza di un nuovo intervento regolamentare, le prime violazioni della neutralità della rete vengano istituzionalizzate con accordi privati proprio nell’ambito dell’ordinamento in cui è sorto il *debate* sulla *net neutrality*.

La possibile configurazione di una rete a più velocità, caratterizzata da continui blocchi e arbitrarie discriminazioni è oggetto di vivaci contestazioni. Per chiudere sul tema, dunque, riteniamo utile richiamare l’autorevole posizione dell’Assemblea generale delle Nazioni Unite, che si è preoccupata di affermare alcuni dei principi fondamentali che abbiamo richiamato nel corso del lavoro.

In primo luogo, si afferma che «*States’ use of blocking or filtering technologies is frequently in violation of their obligation to guarantee the right to freedom of expression*»¹⁴⁷: dunque, anche le Nazioni Unite auspicano un Internet che sia improntato al principio del pluralismo, pienamente rispettoso della libertà di manifestazione del pensiero che costituisce, altresì, l’oggetto di una speciale obbligazione di garanzia a cui sono tenuti gli Stati.

Il rapporto si occupa anche della specifica posizione degli operatori economici: «*intermediaries, as private entities, are not best placed to make the determination of whether a particular content is illegal, which requires careful balancing of*

¹⁴⁷ GENERAL ASSEMBLY OF UNITED NATIONS, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, 16 maggio 2011, 10.

*competing interests and consideration of defences»*¹⁴⁸. In questo passaggio, è insito tutta la sfiducia nei confronti di quei controlli demandati a soggetti esclusivamente privati che consentano a questi ultimi di bilanciare contrapposti interessi

Infine, si osserva che «*Internet has become an indispensable tool for realizing a range of human rights, combating inequality, and accelerating development and human progress, ensuring universal access to the Internet should be a priority for all States»*¹⁴⁹. Quindi, è compito di tutti gli Stati occuparsi dello sviluppo di Internet con una regolazione che prenda nella giusta considerazione il carattere inclusivo della rete.

È questa la strada che condurrà al pieno sviluppo di una moderna società telematica e che confermerà, anche per Internet, l'idea secondo cui *ubi ius, ibi societas*.

¹⁴⁸ GENERAL ASSEMBLY OF UNITED NATIONS, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, 16 maggio 2011, 12.

¹⁴⁹ GENERAL ASSEMBLY OF UNITED NATIONS, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, 16 maggio 2011, 22.

Bibliografia

AA.VV., *Nuove dimensioni dei diritti di libertà. Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, 1990.

AA. VV., *Studi in memoria di Franco Piga*, Volume II, Milano, 1992.

AA. VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo: le autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1997.

AA. VV., *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Tomo II, Napoli, 2008.

ABOVITZ I., *Why the United States should rethink its legal approach to internet gambling: a comparative analysis of regulatory models that have been successfully implemented in foreign jurisdictions*, in *Temple International and Comparative Law Journal*, 2008, Volume 22, 437.

AGUS D., *Una global governance della concorrenza?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2007, 2, 345.

AINIS M., *Azioni positive e principio di uguaglianza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, 582.

ALBERT J., *Adding uncertainty to the virtual shopping cart: antitrust regulation of internet minimum advertised price policies*, in *Beth Fordham Law Review*, 2012, Volume 80, 1679.

ALEXANDROV A. – DELTAS G. – SPULBER D.F., *Antitrust and competition in two sided markets*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 2011, Volume 7, 4, 775.

ALPA G., *Nuove prospettive della protezione dei consumatori*, in *Nuova Giurisprudenza civile commentata*, 2005, II, 103.

ALVANINI S., *La disconnessione da internet come sanzione per il download illegale*, in *Diritto Industriale*, 2010, 2, 176.

ALVANINI S. – CASSINELLI A., *I (possibili) nuovi poteri di Agcom in materia di diritto d'autore nel settore dei media*, in *Diritto industriale*, 2011, 6, 543.

AMATO G., *Il governo dell'economia: il modello politico*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* (diretto da GALGANO F.), Volume I, *La costituzione economica*, Padova, 1977, 209.

ID., *Le Autorità indipendenti nella costituzione economica*, in AA. VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo: le autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1997.

AMMANNATI L. – BILANCIA P. (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea*, Volume II, Milano, 2008.

AMMANNATI L. – CANEPA A. – CARFÌ V., *La tutela della concorrenza nei mercati regolati: le decisioni dell'Agcm in materia di servizi di interesse economico generale (secondo semestre 2009 e 2010)*, in *Concorrenza e mercato*, 2011, 197.

AMMORI M. – PELICAN L., *Competitors' proposed remedies for search bias: search "neutrality" and other proposals*, in *Journal of Internet Law*, 2012, Volume 15, 11, 1.

ANDERMAN S. – EZRACHI A., *Intellectual Property and Competition Law: New Frontiers*, Oxford, 2011.

ANDERSON S.P. – GABSEWICZ J.J., *The media and advertising: a tale of two-sided markets*, in GINSBURGH V.A. – THROSBY D. (eds), *Handbook of Cultural Economics*, Amsterdam 2005.

ANDREOLA E., *Profili di responsabilità civile del motore di ricerca*, in *Nuova giurisprudenza civile*, 2012, 2, 127.

ANGELINI F., *Costituzione ed economia al tempo della crisi...*, in *Rivista dell'associazione italiana dei costituzionalisti*, 2012, 4, 5.

ANGELINI R., *Le pratiche commerciali scorrette: alcune considerazioni di sistema*, in *Obbligazione e Contratti*, 2011, 5, 327.

ANGIOLINI V. (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1992.

ID., *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali*, Padova, 1993.

ANTONINI S., *La tutela del diritto d'autore nella musica*, in VALENTI A. (a cura di), *La legislazione per lo spettacolo e le attività musicali. Norme, contratti, diritti, obblighi, sanzioni*, Torino, 2012, 93.

ANZON A., *Le regioni tra disciplina del «mezzo» e disciplina dell'«oggetto» dell'informazione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, I, 1214.

ARAGIUSTO M., *Dinamiche e regole della concorrenza*, Padova, 2006, 176.

ARDIZONE A. – RAMELLO G.B., *Diritto d'autore e mercato: effetti economici, rilievi critici e novità nell'era digitale*, in RICOLFI M. (a cura di), *Copyright digitale. L'impatto delle nuove tecnologie tra economia e diritto*, Torino, 2009, 6.

AREHEART B.A., *Regulating Cyberbullies Through Notice-Based Liability*, in *Yale Law Journal Pocket Part*, 2007, Volume 117, 41.

ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960.

ATKINSON R.D., *Economic doctrines and network policy*, in *Telecommunications Policy*, 2011, Volume 35, 413.

AVVISATI M., *Verso il regolamento sul copyright: un percorso accidentato*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2013, 3.

AZZARITI G., *Il futuro dei diritti fondamentali nell'era della globalizzazione*, in *Politica del diritto*, 2003, 3, 341.

ID., *Verso un governo dei giudici? Il ruolo dei giudici comunitari nella costruzione dell'Europa politica*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2009, 3.

ID., *Contro l'art. 41, Costituzione stravolta*, in *Costituzionalismo*, 2011.

ID., *Internet e Costituzione*, in *Costituzionalismo*, 2011, 2.

BACHELET V., *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, 1957, 230.

BALDASSARRE A., *Libertà di stampa e diritto all'informazione nelle democrazie contemporanee (con particolare riguardo a Francia, RTF e USA)*, in *Politica del diritto*, 1986, 584.

BALKIN V., *Digital Speech and Democratic Culture: a Theory of Freedom of Expression for the Information Society*, in *New York University Law Review*, 2004, Volume 79, 1.

BARBUR P.T. – MACH K.W. – CLARKE J.J., *Market definition in complex internet markets*, in *The Sedona Conference Journal*, 2011, Volume 12, 285.

BARILE P., *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975.

ID., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1987.

BARLOW P., *Declaration of the Independence of Cyberspace*, 8 febbraio 1996.

BARTOLOMEI F., *Rapporti economici e garanzie costituzionali*, Milano, 1979.

BAUER G.N., *eMonopoly: Why Internet-Based Monopolies Have an Inherent 'Get-out-of-Jail-Free Card'*, in *Brooklyn Law Review*, 2011, Volume 76, 731.

BAUMAN Z., *Dentro la globalizzazione*, Roma-Bari, 2001.

BAVASSO A., *Communications in EU Antitrust Law. Market Power and Public Interest*, The Hague, 2003, 207.

BECHTOLD S., *The Present and Future of Digital Rights Management. Musings on Emerging Legal Problems*, in BECKER E. – BUHSE W. – GÜNNEWIG D. – RUMP N. (eds), *Digital Rights Management. Technological, Economic, Legal and Political Aspects*, Berlino, 2003, 597.

BECK U., *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Roma, 1999.

BECKER E. – BUHSE W. – GÜNNEWIG D. – RUMP N. (eds), *Digital Rights Management. Technological, Economic, Legal and Political Aspects*, Berlino, 2003.

BECKER G.S. – CARLTON D.W.– SIDER H.S., *Net neutrality and consumer welfare*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2010, Volume 6, 3, 497.

BELL T.W., *Fair Use vs. Fared Use: The Impact of Automated Rights Management on Copyright's Fair Use Doctrine*, in *North Carolina Law Review*, 1998, Volume 76, 557.

BELVISO U., *Il concetto di 'iniziativa economica privata' nella Costituzione*, in *Rivista di diritto civile*, 1961, I, 149.

BENTLY L. – SUTHERSANEN U. – TORREMANS P. (eds), *Global Copyright. Three Hundred Years Since the Statute of Anne, from 1709 to Cyberspace*, Cheltenham-Northampton, 2010.

BERTANI M., *Proprietà intellettuale, antitrust e rifiuto di licenze*, Milano, 2004, 214.

ID., *Diritto d'autore europeo*, Torino, 2011, 145-146.

BERTOLA V., *Una visione globale della neutralità della rete*, in *Quaderni dell'Internet italiano*, 2010, 5, 33.

BERTOLINI E., *La lotta al file sharing illegale e la "dottrina Sarkozy" nel quadro comparato: quali prospettive per libertà di espressione e privacy nella rete globale?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010, 1, 74.

BERTONI A. – MONTAGNANI M.L., *Il ruolo degli intermediari internet tra tutela del diritto d'autore e valorizzazione della creatività in rete*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2013, 3, 537.

BIANCA C.M., *Le autorità private*, Napoli, 1977.

BIN R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

BLENGINO C., *La tutela penale del copyright digitale: un'onda confusa e asincrona*, in RICOLFI M. (a cura di), *Copyright digitale. L'impatto delle nuove tecnologie tra economia e diritto*, Torino, 2009, 69.

ID., *Difese e sanzioni penali*, in *Giurisprudenza italiana*, 2011, 10, 2207.

BLUE L., *Internet and Domain Name Governance: Antitrust Litigation and ICANN*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2004, Volume 19, 387.

BOBBIO N., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Napoli, 1992.

BOCCHINI F., *Nozione di consumatore e modelli economici*, in BOCCHINI F. (a cura di), *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, Volume I, Torino, 2003, 25.

ID. (a cura di), *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, Volume I, Torino, 2003.

BOCCHINI R., *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico*, Napoli, 2003.

BOGNETTI G., *Diritti fondamentali nell'esperienza costituzionale*, in *Iustitia*, 1977, 24.

BOLIEK B.E.L., *FCC regulation versus antitrust: how net neutrality is defining the boundaries*, in *Boston College Law Review*, 2011, Volume 52, 1627.

BONACCORSI A. – ROSSI C., *L'economia della produzione di OSS: regimi di protezione della proprietà intellettuale e modelli di business*, in UBERTAZZI G. (a cura di), *La produzione di software Open Source. Aspetti economici e giuridici*, Milano, 2005.

BONELLI G. – CASSESE S. (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, 1999.

BORK R.H. – SIDAK J.G., *What does the Chicago school teach about internet search and the antitrust treatment of Google?*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 2012, Volume 8, 4, 663.

BOURREAU M. – SONNAC N., *Competition in two-sided markets: Application to information and communication industries*, in *Communications & Strategies*, 2006, 61.

BRANCOLI BUSDRAGHI B., *La regolazione di una rete che non c'è: il caso delle NGN*, in *Concorrenza e mercato*, 2012, 803.

BRIDY A., *Copyright Policymaking as Procedural Democratic Process: A Discourse-Theoretic Perspective on ACTA, SOPA, and PIPA*, in *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 2012, Volume 30, 153.

BROCKMEYER K.M., *State Regulation of Resale Price Maintenance on the Internet: The Constitutional Problems with the 2009 Amendment to the Maryland Antitrust Act*, in *Washington & Lee Law Review*, 2010, Volume 67, 1111.

BURK D.L. – COHEN J.E., *Fair Use Infrastructure for Rights Management Systems*, in *Harvard Journal of Law and Technology*, 2001, Volume 15, 41.

BUTTS C., *The Microsoft Case 10 Years Later: Antitrust and New Leading 'New Economy' Firms*, in *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, 2010, Volume 8, 275.

BYGRAVE L.A., *Digital Rights Management and Privacy. Legal Aspects in the European Unions*, in BECKER E. – BUHSE W. – GÜNNEWIG D. – RUMP N. (eds), *Digital*

Rights Management. Technological, Economic, Legal and Political Aspects, Berlino, 2003, 504.

CAFAGGI F., *Un diritto privato europeo della regolazione? Coordinamento tra pubblico e privato nei nuovi modelli regolativi*, in *Politica del diritto*, 2004, 2, 205.

CAGGIANO G., *La riforma del regime delle radiofrequenze nel quadro delle comunicazioni elettroniche*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2009, 6, 861.

CARANTA R., *I contratti pubblici*, Torino, 2012, 169.

CARBONE V., *I giudici e la globalizzazione dei diritti e delle tutele*, in *Corriere giuridico*, 2010, 5, 676.

CARDARELLI F. – ZENO-ZENCOVICH V., *Il diritto delle telecomunicazioni. Principi, normativa, giurisprudenza*, Bari-Roma, 1997.

CARETTI P., *Normative antitrust in occidente*, in *Democrazia e diritto*, 1990, 3-4, 207.

ID., *La Corte in difesa del pluralismo informativo*, in *Diritto pubblico*, 1995, 435.

ID., *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2002.

ID., *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Bologna, 2013, 209.

CARLASSARE L., *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966.

CAROLI CASAVOLA H., *Giustizia ed eguaglianza nella distribuzione dei benefici pubblici*, Milano, 2004, 9.

CAROTTI B., *L'Icann e la governance di internet*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2007, 3, 681.

ID., *L'accesso alla rete e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, 643.

ID., *Google books, o di Alessandria d'Egitto ai tempi della globalizzazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, 11, 1236.

CARRIER M.A., *Innovation for the 21st Century: Harnessing the Power of Intellectual Property and Antitrust Law*, New York, 2009.

ID. (ed), *Intellectual Property and Competition*, Cheltenham-Northampton, 2011.

ID., *Copyright and Innovation: The Untold Story*, in *Wisconsin Law Review*, 2012, 891.

ID., *SOPA, PIPA, ACTA, TPP: An Alphabet Soup of Innovation-Stifling Copyright Legislation and Agreements*, in *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, 2013, Volume 11, 2, 21.

CASABURI G., *Tutela dei consumatori, disciplina della concorrenza sleale e dei segni distintivi tra giudice ordinario e Autorità garante*, in *Diritto industriale*, 2013, 1, 58.

CASAVOLA F.P., *I principi supremi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Foro italiano*, 1995, V, 153-161.

CASO R., *Digital Rights Management. Il commercio delle informazioni digitali tra contratto e diritto d'autore*, Padova, 2004.

ID., *“Modchips” e tutela penale delle misure (tecnologiche) di protezione dei diritti d’autore: ritorno al passato?*

CASSANO G. – CIMINO I.P., *Il nuovo regime di responsabilità dei providers: verso la creazione di un novello «censore telematico»?», in Contratti*, 2004, 88.

ID., *La responsabilità del content provider per la diffusione di materiale protetto dal diritto d’autore*, in *Responsabilità civile*, 2005, 5, 426.

CASSANO G. – VACIAGO G. – SCORZA G. (a cura di), *Diritto dell’Internet. Manuale operativo*, Padova, 2012.

CASSESE S., *Tipologia della programmazione economica*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia* (diretto da F. GALGANO), Volume I, *La costituzione economica*, Padova, 1977, 301.

ID., *Regolazione e concorrenza*, in TESAURO G. – D’ALBERTI M. (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000.

CASTELLS M., *The Internet Galaxy: Reflections on the Internet, Business, and Society*, Oxford, 2001, 2.

CECCHINI I., *Diritto d’autore e società dell’informazione: il punto di vista degli autori*, in *Diritto industriale*, 2001, 4, 384.

CERRI A., *Appunti sul concorso conflittuale di diverse norme della Costituzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1976, I, 272.

CHANG L., *The Red Flag Test for Apparent Knowledge Under the Dmca § 512(C) Safe Harbor*, in *Cardozo Arts & Entertainment*, 2010, Volume 28, 195.

CHELI E., *La giurisprudenza della Corte costituzionale italiana in tema di media*, in *Cortecostituzionale.it*.

ID., *Libertà di informazione e pluralismo informativo negli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Cortecostituzionale.it*.

ID., *Manifestazione, divulgazione ed esercizio di attività economiche connesse alla divulgazione del pensiero*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1961, 684.

ID., *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967.

CHELI E. – MANACORDA P., *Il sistema radiotelevisivo. Dieci proposte di riforma*, Firenze, 2006.

CHESSA O., *La misura minima essenziale dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, 1170.

CHIOLA C., *L'informazione nella Costituzione*, Padova, 1973.

ID., *I comandamenti della Corte per il settore radiotelevisivo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1974, 2191.

CHITI E. – FRANCHINI C., *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003.

CHOI J.P. – KIM B.C., *Net neutrality and investment incentives*, in *Journal of Economics*, 2010, Volume 41, 3, 446.

CIANCIO A. – DE MINICO G. – DEMURO G. – DONATI F. – VILLONE M. (a cura di), *Nuovi mezzi di comunicazione e identità: omologazione o diversità?*, Roma, 2012.

CIASULLI A., *Le agenzie esecutive europee nel sistema amministrativo comunitario [Commento al Regolamento del Consiglio n. 58/2003 del 19 dicembre 2002]*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, 10, 5, 569.

CIMINO I.P. – DI CIOMMO F., *Responsabilità dell'internet provider per violazione del diritto d'autore*, in *Diritto dell'Internet*, 2005, 1, 72.

CIMINO I.P., *Sospensione dell'account di vendita nel marketplace di eBay, tutela del contratto e della libertà di impresa nel commercio elettronico*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2011, 1, 120.

CINTIOLI F., *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010, 33.

ID., *I nuovi strumenti di tutela antitrust: misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, Milano, 2007.

ID., *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"*, in *Diritto e società*, 2009, 382.

CLARICH M. – CARTEI F.G. (a cura di), *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2004.

COCOZZA V., *La delegificazione. Modello legislativo – attuazione*, Napoli, 2003.

COGO A., *I contratti di diritto d'autore nell'era digitale*, Torino, 2010.

COHEN J.E., *DRM and Privacy*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2003, Volume 13, 575.

COMANDUCCI P. – GUASTINI R. (a cura di), *Analisi e diritto 1996. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 1997.

COSTANZO P., *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, Volume 8, Torino, 1993, 319.

ID., *Quale partecipazione politica attraverso le nuove tecnologie comunicative in Italia*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2011, 1, 19.

CRAIG C.J., *Copyright, Communication and Culture. Towards a Relational Theory of Copyright Law*, Cheltenham-Northampton, 2011.

CRANE D.A., *Search neutrality as an antitrust principle*, in *George Mason Law Review*, 2012, Volume 19, 5, 1199.

CRESPI S., *Spunti di riflessione a margine dei nuovi orientamenti in materia di calcolo delle ammende per violazione degli artt. 81 e 82 del Trattato CE*, in *Rivista italiana di diritto pubblico e comunitario*, 2006, 5, 811.

CROWCROFT J., *Net Neutrality: The Technical Side of the Debate: A White Paper*, in *Computer Communication Review*, 2007, Volume 37, 1, 49.

CUNIBERTI M., *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007.

CZAPRACKA K., *Intellectual Property And The Limits Of Antitrust. A Comparative Study of US and EU Approaches*, Cheltenham-Northampton, 2009.

D'ACUNTO L., *L'azione di classe dell'art. 140 bis, c. cons.: quale innalzamento della tutela dei consumatori?*, in *Contratto e impresa*, 2011, 4-5, 1103.

D'AGOSTINO F. (a cura di), *Ontologia e fenomenologia del giuridico. Studi in onore di Sergio Cotta*, Torino, 1995.

D'AGOSTINO G., *Copyright, Contracts, Creators. New Media, New Rules*, Cheltenham-Northampton, 2012.

D'ALOIA A., *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, Padova, 2002, 94.

ID. (a cura di), *Diritti e Costituzione*, Milano, 2003.

DANIELE L., *La tutela del diritto di proprietà e del diritto al libero esercizio delle attività economiche nell'ordinamento comunitario e nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto dell'Unione europea*, 1998, 69.

DE ANGELIS D. – MULA D., *Il service provider e la legittimazione passiva nel procedimento cautelare per violazioni dei diritti d'autore commesse da terzi*, in *Diritto dell'Internet*, 2006, 6, 557.

DEAZLEY R., *Rethinking Copyright. History, Theory, Language*, Cheltenham-Northampton, 2010.

DE CATA M., *La responsabilità civile dell'internet service provider*, Milano, 2010.

DE CUPIS A., *I diritti della personalità*, Milano, 1982.

DELFINO M.M., *Concorrenza del diritto americano*, in *Digesto discipline privatistiche – Sezione commerciale*, Volume 3, Torino, 1988, 349.

DELL'AVERSANA F., *Il "regime patrimoniale" della famiglia di fatto*, in *Vita notarile*, 2012, 2, 989.

ID., *Il minore: autore dei contratti telematici*, in DE MINICO G. (a cura di), *Nuovi media e minori*, Roma, 2012, 207 e in CIANCIO A. – DE MINICO G. – DEMURO

G. – DONATI F. – VILLONE M. (a cura di), *Nuovi mezzi di comunicazione e identità: omologazione o diversità?*, Roma, 2012, 353.

ID., *L'actio finium regundorum tra le Autorità Amministrative Indipendenti nella repressione delle pratiche commerciali scorrette: la posizione del Consiglio di Stato*, in *Forum di Quaderni costituzionali*.

ID., *Nota alla Segnalazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sulle recenti proposte di legge in materia di concorrenza e liberalizzazioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2012, 1.

ID., *Segregazione patrimoniale e famiglia di fatto*, in *Gazzetta forense*, 2012, 3, 24.

DE LUCA A.M., *Brevi note sul caso Europa 7*, in *Corriere giuridico*, 2009, 8, 1102.

DE MINICO G., *Regole. Comando e consenso*, Torino, 2005, 18.

ID., *L'«affaire» audiovisivo tra legislatore e giudice: una storia infinita?*, in *Politica del diritto*, 2008, 2, 317 e in AA. VV., *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Tomo II, Napoli, 2008, 907.

ID., *Regulation, banda larga e servizio universale. Immobilismo o innovazione?*, in *Politica del diritto*, 2009, 4, 531.

ID. (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti. Banda larga e servizi a rete*, Napoli, 2010.

ID., *Tecnica e diritti sociali nella regulation della banda larga*, in DE MINICO G. (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti. Banda larga e servizi a rete*, Napoli, 2010, 3.

ID., *Diritti Regole Internet*, in *Costituzionalismo*, 2011, 2.

ID., *Diritto d'autore batte Costituzione 2 a 0*, in *Costituzionalismo*.

ID., *Internet. Regola e anarchia*, Roma, 2012.

ID. (a cura di), *Nuovi media e minori*, Roma, 2012.

ID., *La neutralità della rete e i diritti dei cittadini*, in *l'Unità*, 22 marzo 2014, 16.

ID., *Libertà e copyright nella costituzione e nel diritto dell'Unione*, in *Rivista dell'associazione italiana dei costituzionalisti*, 2014, 1.

ID., *Uguaglianza e accesso a Internet*, in *Forum di Quaderni costituzionali*.

DE PAOLI L., *Blackout, sviluppo delle reti e liberalizzazione del settore elettrico*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2004, 103.

DE PAOLI L. – GULLÌ F., *Bilancio della liberalizzazione del mercato dell'elettricità e del gas in Italia: 1999-2009*, in *Economia delle fonti di energia e dell'ambiente*, 2010, Volume 53, 2, 5.

DE ROSA V., *La formazione di regole giuridiche per il "cyberspazio"*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2003, 2, 361.

DE SANCTIS V.M., *I soggetti del diritto d'autore*, Milano, 2005.

DE SANTIS F., *Verso una riforma del diritto d'autore: Libertà di ricerca e libera circolazione della conoscenza*, in *Rivista di diritto industriale*, 2013, 2, 118.

DI BONA C. – OCKMAN S. – STONE M. (eds), *Open Sources: Voices from the Open Source Revolution*, Sebastopol, 1999.

DI CRISTINA F., *L'attuazione del “terzo pacchetto” e il nuovo assetto dei mercati energetici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, 9, 925.

DI GIOVINE A., *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1969.

DI MAJO A., *La responsabilità del provider tra prevenzione e rimozione*, in *Corriere giuridico*, 2012, 4, 551.

DINWOODIE G.B. – DREYFUSS R.C., *TRIPs and the Dynamics of Intellectual Property Lawmaking*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2004, Volume 36, 95.

DI PORTO F., *Il coordinamento tra autorità di regolazione nella governance dell'energia e delle comunicazioni elettroniche a livello comunitario: spunti da una comparazione*, in AMMANNATI L. – BILANCIA P. (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea*, Volume II, Milano, 2008, 273.

ID., *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, Padova, 2008.

DONATIVI V., *Introduzione storica*, in FRIGNANI A. – PARDOLESI R. – PATRONI GRIFFI A. – UBERTAZZI L.C. (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, Volume I, Bologna, 1993, 57.

D'ORLANDO E., *Profili costituzionali dell'amministrazione digitale*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2011, 2, 213.

DRAETTA U., *Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*, Milano, 2001, 199.

ECONOMIDES N. – TÅG J., *Network neutrality on the Internet: A two-sided market analysis*, in *Information Economics and Policy*, 2012, Volume 24, 2, 91.

EISENACH J.A. – LENARD T.M. (eds), *Competition, Innovation and the Microsoft Monopoly: Antitrust in the digital marketplace*, Berlino, 1999.

EISENMANN T.– PARKER G. – VAN ALSTYNE M.W., *Strategies for Two-Sided Markets*, in *Harvard Business Review*, 2006, 10.

ESPOSITO C., *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958.

EVANS D.S., *Antitrust issues raised by the emerging global internet economy*, in *Northwestern University Law Review*, 2008, Volume 102, 1987.

ID., *The Antitrust Economics of Free*, in *Competition Policy International*, 2011, Volume 7, 71.

FALCE V., *Cooperazione e regolazione nell'area unica dei sistemi di pagamento al dettaglio: note in materia di commissioni interbancarie*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2009, 714.

FARINA M., *Il dolo specifico e la tutela penale del diritto d'autore: il caso della pirateria altruistica on line*, in *Diritto penale e processo*, 2007, 8, 1017.

FARREL J. – WEISER P.J., *Modularity, vertical integration and open access policies: towards a convergence of antitrust and regulation in the Internet age*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 2003, Volume 17, 1, 86.

FENGHI F., Programmazione economica e modo di produzione capitalistico, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* (diretto da GALGANO F.), Volume I, *La costituzione economica*, Padova, 1977, 235.

FEROLA L., *Diritto d'autore vs. diritto alla riservatezza: alla ricerca di un equo bilanciamento nella rete. I casi Peppermint, FAPAV e Scarlet*, in PIZZETTI F. (a cura di), *I diritti nella "rete" della rete. Il caso del diritto di autore*, Torino, 2011, 67.

FERRANDO J. – GABSZEWICZ J.J. – LAUSSEL D. – SONNAC N., *Two-Sided Networks Effects and Competition: an Application to Media Industries*, in *Lucarnes bleues*, 2004, 9.

FERRILL A.M. – HYMAN L.S. – VALENCIANO S., *Antitrust and Consumer Protection*, in *SMU Law Review*, 2010, Volume 63, 291.

FIDANZA VESPERINI P., *La Corte Suprema USA e i servizi "internet a banda larga"*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, 1, 105.

FILIPPELLI M., *Le presunzioni nel diritto antitrust europeo*, in *Federalismi*.

ID., *Telecom Italia e Trinko: la dialettica tra norme antitrust generali e disciplina regolatoria delle telecomunicazioni in Europa e negli Stati Uniti*, in *Rivista di diritto industriale*, 2009, 1, 24.

FIRST H., *Re-framing Windows: The Durable Meaning of the Microsoft Antitrust Litigation*, in *Utah Law Review*, 2006, Vol. 3, 641.

FIRTH A.C. – PIERSON N.H. (eds), *The Open Internet, Net neutrality and the FCC*, New York, 2011.

FLAIM S.M., *Copyright conspiracy: how the new copyright alert system may violate the sherman act*, in *New York University Journal of Intellectual Property & Entertainment Law*, 2012, Volume 2, 142.

FLANAGAN A. – MONTAGNANI A. (eds), *Intellectual Property Law*, Cheltenham-Northampton, 2010.

FLOR R., *Misure tecnologiche di protezione e tutela penale dei diritti d'autore: l'esperienza applicativa italiana*, in *Diritto penale e processo*, 2011, 8, 1003.

FOÀ S., *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2002.

FOIS S., *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957.

ID., *La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963.

ID., *La natura dell'attività radiotelevisiva alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1977, 437.

FRANCESCHELLI V., *I diritti di proprietà intellettuale e l'economia della conoscenza*, in RESCIGNO P. (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Volume XVIII, Tomo 4, 163.

ID., *Commercio elettronico*, Milano, 2001.

ID., *Il buon droit d'auteur e l'odioso diritto d'autore di oggi*, in *Rivista di diritto industriale*, 2008, 3, 151.

ID., *Libertà in internet: per fortuna c'è la Corte Costituzionale francese!*, in *Rivista di diritto industriale*, 2009, II, 414.

ID., *Digital platforms in a competition law context. A new function of competition law in the digital era?*, in *Rivista di diritto industriale*, 2012, 6, 289.

FRIGNANI A. – PARDOLESI R. – PATRONI GRIFFI A. – UBERTAZZI L.C. (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, Volume I, Bologna, 1993.

ID., *Diritto antitrust italiano*, Volume II, Bologna, 1993.

ID., *Diritto antitrust italiano*, Volume III, Bologna, 1993.

ID., *Diritto antitrust italiano*, Volume IV, Bologna, 1993.

FRIGNANI A., *La concorrenza nella disciplina radiotelevisiva*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2006, 6, 1005.

FROMER J.C., *Claiming Intellectual Property*, in *University of Chicago Law Review*, 2009, Volume 76, 719.

FROSINI T.E., *Il diritto costituzionale di accesso a internet*, in *Rivista dell'associazione italiana dei costituzionalisti*, 2011, 1, 2.

GALGANO F. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Volume I, *La costituzione economica*, Padova, 1977.

GAMBINI M., *Gli hosting providers tra doveri di diligenza professionale e assenza di un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni memorizzate*, in *Costituzionalismo*, 2011, 2.

GANGI M., *Prezzi predatori nel mercato dei servizi d'accesso ad internet ad alta velocità: l'orientamento comunitario*, in *Diritto dell'Internet*, 2007, 3, 231.

GANLEY P., *Acces to the Individual: Digital Rights Management Systems and the Intersection of Informational and Decisional Privacy Interests*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 2002, Volume, 10, 241.

GARZANTI L. – O'REGAN M. (eds), *Telecommunications, Broadcasting and the Internet EU Competition Law and Regulation*, Londra, 2010.

GEE W., *Internet tracking: stalking or a necessary tool for keeping the internet free?*, in *CommLaw Conspectus*, 2011, Volume 20, 223.

GERVAIS D., *The Google Book Settlement and the TRIPS Agreement*, in *Stanford Technology Law Review*, 2011, 1.

GHINI G. – AREZZO E., *La prospettiva costituzionale della tutela della concorrenza*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2012, 4, 459.

GIAMPIERETTI M., *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Diritto e società*, 2003, 442.

GIANNINI M.S., *Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1959, I, 322.

ID., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1992, 175.

GIANNITI L., *Note sul dibattito alla Costituente sulla "costituzione economica"*, in *Diritto pubblico*, 2000.

GIFFORD D.J., *Dominance, innovation, and efficiency: modifying antitrust and intellectual property doctrines to further welfare*, in *Hofstra Law Review*, 2011, Volume 49, 437.

GILLE L., *La protezione della proprietà intellettuale, fattore della divisione internazionale della conoscenza*, in PILATI A. – PERRUCCI A. (a cura di), *Economia della conoscenza. Profili teorici ed evidenze empiriche*, Bologna, 2005.

GINSBURGH V.A. – THROSBY D. (eds), *Handbook of Cultural Economics*, Amsterdam 2005.

GIORGIS A., *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999.

GIOVANELLA F., *La responsabilità per linking a files audiovisivi contraffatti e l'incerta natura del motore di ricerca*, in *Danno e responsabilità*, 2011, 8-9, 847.

GIUBBONI S., *Solidarietà e concorrenza: «conflitto» o «concorso»?* , in *Mercato concorrenza regole*, 2004, 1, 75.

GIULIANO F., *Le segnalazioni dell'Autorità Antitrust e la politica della concorrenza*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, 1, 83.

GIURATO D., *La decisione con impegni nel diritto antitrust italiano*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012, 6, 455.

GOLDFOOT J.A., *Antitrust implications of internet administration*, in *Virginia Law Review*, 1998, Volume 84, 909.

GOTTARDO D.A., *Commercialism and the downfall of internet self governance: an application of antitrust law*, in *The John Marshall Journal of Computer & Information Law*, 1997, Volume 16, 125.

GRANDINETTI O., *Disciplina televisiva italiana e diritto europeo: gli sviluppi recenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, 7, 808.

ID., *Il testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, 2, 121.

ID., *Il Consiglio di Stato sulla gara per il “dividendo digitale”*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, 9, 1003.

GRASSO G., *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006.

GRAZIADEI F. – RIZZO G. – STAZI A., *Reti e contenuti nella prospettiva della convergenza: scenari ed opzioni aperte dallo sviluppo del digitale*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2005, 3, 539.

GRECO P., *Saggio sulle concezioni del diritto d'autore (monismo e dualismo)*, in *Rivista di diritto civile*, 1964, I, 539.

GRECO P. – VERCELLONE P., *I diritti sulle opere dell'ingegno*, Torino, 1974.

GROSHEIDE W. (ed), *Intellectual Property and Human Rights. A Paradox*, Cheltenham-Northampton, 2010.

GROSSI P., *Inviolabilità dei diritti*, in *Enciclopedia del diritto*, Volume XXII, 1972, 712-731.

GROVES P., *A dictionary of Intellectual Property Law*, Cheltenham-Northampton, 2012.

GUADAMUZ A., *The Digital Divide: It's the Content, Stupid!*, in *Computer and Telecommunications Law Review*, 2005, Volume 304, 73.

GUARINO G., *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione e istituzioni comunitarie*, in *Quaderni costituzionali*, 1992, 40.

GUASTINI R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, 379-385.

GUIDOBALDI L., *You Tube e la diffusione di opere protette dal diritto d'autore: ancora sulla responsabilità dei providers tra hoster attivi, conoscenza dell'illecito e obbligo di sorveglianza*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 2, 278.

GUIZZI G., *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti*, Milano, 2010.

GUO H. – BANDYOPADHYAY S. – CHENG H.K. – YANG Y.C., *Net Neutrality and Vertical Integration of Content and Broadband Services*, in *Journal of Management Information Systems*, 2010, Volume 27, 2, 243.

GUO H. – CHENG H.K. – BANDYOPADHYAY S., *Net Neutrality, Broadband Market Coverage, and Innovation at the Edge*, in *Decision Sciences*, 2012, Volume 43, 1, 141.

GÜRKAYNAK G. – DURLU D. – HAGAN M., *Antitrust on the Internet: a Comparative Assessment of Competition Law Enforcement in the Internet Realm*, in *Business Law International*, 2013, Volume 14, 1, 51-89.

HAHN R. – WALLSTEN S., *The Economics of Net Neutrality*, in www.aeibrookings.org/publications/abstract.php?pid=1067, 2006.

HAUNSS S. – SHADLEN K.C. (eds), *Politics of Intellectual property*, Cheltenham-Northampton, 2009.

HAZAN J.G., *Stop Being Evil: A Proposal for Unbiased Google Search*, in *Michigan Law Review*, 2013, Volume 111, 789.

HELD D. – MCGREW A., *Globalismo e antiglobalismo*, Bologna, 2001.

HELPER L.R., *Adjudicating Copyright Claims Under the TRIPs Agreement: The Case for a European Human Rights Analogy*, in *Harvard International Law Journal*, 1998, Volume 39, 2, 357.

ID., *Toward a Human Rights Framework for Intellectual Property*, in *University of California Davis Law Review*, 2007, Volume 40, 971.

ID., *The New Innovation Frontier? Intellectual Property and the European Court of Human Rights*, in *Harvard International Law Journal*, 2008, Volume 49, 1, 1.

HESS C. – OSTROM E., *Ideas, Artifacts, and Facilities: Information as a Common-Pool Resource*, in *Law and Contemporary Problems*, 2003, Volume 66, 1-2, 111.

ID. (eds), *Understanding knowledge as common*, Cambridge, 2007.

ID., *La conoscenza come bene comune. Dalla teoria alla pratica*, edizione italiana a cura di FERRI P., Milano, 2009.

HOYT P.J., *Developing Antitrust Policy on the Internet: Lessons from the Airline Industry*, in *Transportation Law Journal*, 2001, Volume 28, 315.

IRTI N., *Iniziativa privata e concorrenza (verso la nuova costituzione economica)*, in *Giurisprudenza italiana*, 1997, 6, 226.

ID., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998.

ID., *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001.

JAMISON M.A., *Should Google be Regulated as a Public Utility?*, in *Journal of Law, Economics & Policy*, 2013, Volume 9, 223.

JAROSCH J., *Novel 'neutrality' claims against internet platforms: a reasonable framework for initial scrutiny*, in *Cleveland State Law Review*, 2011, Volume 59, 537.

KAGAN J., *Bricks, Mortar, and Google: Defining the Relevant Antitrust Market for Internet-Based Companies*, in *New York Law School Law Review*, 2010-2011, Volume 55, 271.

KAISER H.F., *Are 'Closed Systems' an Antitrust Problem?*, in *Competition Policy International*, 2011, Volume 7, 91.

KEINTZ B., *The Recording Industry's Digital Dilemma: Challenges and Opportunities in High Piracy Markets*, in *Review of Economic Research on Copyright Issues*, 2005, Volume 2, 2, 83.

KIM M. – CHUNG C.J. – KIM J.H., *Who shapes network neutrality policy debate? An examination of information subsidizers in the mainstream media and at Congressional and FCC hearings*, in *Telecommunications Policy*, 2011, Volume 35, 314.

KINGSTON W., *Beyond Intellectual Property. Matching Information Protection to Innovation*, Cheltenham-Northampton, 2010.

KIRSCH A. – WEESNER W., *Can Antitrust Law Control E-commerce? A Comparative Analysis in Light of U.S. and E.U. Antitrust Law*, in *U.C. Davis Journal of International Law & Policy*, 2006, Volume 12, 297.

KULESZA J., *Freedom of information in the global information society – the question of The Internet Bill of Rights*, in *University of Warmia and Mazury in Olsztyn Law Review*, 2008, Volume I, 81.

KUR A. – MIZARAS V. (eds), *The structure of intellectual Property Law*, Cheltenham-Northampton, 2011.

KWOK K.H.F., *A Rule of Reason Approach to the Antitrust Issues of the Google Book Search Settlement*, in *DePaul Business & Commercial Law Journal*, 2011, Volume 10, 1, 401.

LAMANNA DI SALVO D., *La tutela del consumatore nell'ordinamento italiano tra strumenti privatistici e pubblicistici*, in *Giurisprudenza di merito*, 2013, 12, 265.

LANDI N., *Il nuovo regime della concorrenza nella Repubblica d'Irlanda: il Competition Act 2002*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2004, 2, 297.

LANDY R., *Copyright Cartels or Legitimate Joint Ventures? What the MusicNet and Pressplay Litigation Means for the Entertainment Industry's New Distribution Models*, in *UCLA Entertainment Law Review*, 2012, Volume 19, 371.

LAO M., *Internet retailing and "free-riding": a post-leeegin antitrust analysis*, in *Journal of Internet Law*, 2011, Volume 14, 9, 1.

LASTOWKA G., *Innovative copyright. (Reviewing Michael A. Carrier, Innovation for the 21st Century: Harnessing the Power of Intellectual Property and Antitrust Law.)*, 2011, Volume 109, 1011.

LEPP J.T., *Icann's escape from antitrust liability*, in *Washington University Law Review*, 2012, Volume 89, 4, 931.

LESCURE P., *Mission «Acte II de l'exception culturelle». Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, maggio 2013, Tomo I.

ID., *Mission «Acte II de l'exception culturelle». Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, maggio 2013, Tomo II.

LESSIG L., *Code and other law of Cyberspace*, New York, 1999.

ID., *Innovating copyright*, in *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 2001-2002, Volume 20, 610.

ID., *Cultura libera: un equilibrio fra anarchia e controllo, contro l'estremismo della proprietà intellettuale*, Milano, 2005.

ID., *Il futuro delle idee*, Milano, 2006.

ID., *The Code, version 2.0.*, New York, 2006.

ID., *Remix: il futuro del copyright (e delle nuove generazioni)*, Milano, 2009.

LÉVÊQUE F. – SHELANSKI H. (eds), *Antitrust, Patents And Copyright. EU and US Perspectives*, Cheltenham-Northampton, 2005.

LEVINE D.S., *Bring in the Nerds: Secrecy, National Security and the Creation of International Intellectual Property Law*, in *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 2012, Volume 30, 105.

LIBERTINI M., *Il diritto della concorrenza nel pensiero di Tullio Ascarelli*, in *Dircomm*.

ID., *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, 2, 1429.

LIBONATI B., *Ordine giuridico e legge economica del mercato*, in *Rivista delle società*, 1998, 1558.

LINDNER B. – SHAPIRO T. (eds), *Copyright In The Information Society. A Guide to National Implementation of the European Directive*, Cheltenham-Northampton, 2011.

LOIODICE A., *Contributo allo studio sulla libertà d'informazione*, Napoli, 1969.

LONGOBARDI N., *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009.

LOPATKA J.E. – PAGE W.H., *Internet Regulation and Consumer Welfare: Innovation, Speculation, and Cable Bundling*, in *Hastings Law Journal*, 2001, Volume 52, 891.

ID., *Antitrust on Internet Time: Microsoft and the Law and Economics of Exclusion*, in *Supreme Court Economic Review*, 2009, Volume 7, 157.

LOTTINI M., *La libertà d'impresa come diritto fondamentale*, in *Foro amministrativo TAR*, 2004, 2, 541.

LUCCHI N., *I contenuti digitali. Tecnologie, diritti e libertà*, Milano, 2010, 11.

ID., *La legge «Création et Internet»: le censure del Conseil constitutionnel*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, 375.

ID., *Access to Network Services and Protection of Constitutional Rights: Recognizing the Essential Role of Internet Access for the Freedom of Expression*, in *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 2011, Volume 19, 645.

LUCIANI M., *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983.

ID., *La libertà di informazione nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Politica del diritto*, 1989, 606.

ID., *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Volume V, Torino, 1990, 382.

ID., *I diritti fondamentali come limiti alla revisione costituzionale*, in ANGIOLINI V. (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1992, 121-129.

ID., *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Politica del diritto*, 2000, 3, 367.

ID., *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della costituzione repubblicana*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2013, 1, 25.

LYONS D.A., *Virtual Takings: The Coming Fifth Amendment Challenge to Net Neutrality Regulation*, in *Notre Dame Law Review*, 2010, Volume 86, 65.

ID., *Net Neutrality and Nondiscrimination Norms in Telecommunications*, in *Arizona Law Review*, 2012, Volume 54, 1029.

MACALUSO F., *Distribuzione di contenuti digitali in rete*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2010, 4, 821.

ID., *E Mozart finì in una fossa comune. Vizi e virtù del copyright*, Milano, 2013, 164.

MAC SÍTHIGH D., *Regulating the Medium: reactions to network neutrality in the European Union and Canada*, in *Journal of Internet law*, 2011, Volume 14, 8, 3.

MAGGIOLINO M., *Intellectual Property and Antitrust. A Comparative Economic Analysis of US and EU Law*, Cheltenham-Northampton, 2011.

ID., *Standard probatori: alcuni spunti di riflessione per e da il diritto della concorrenza*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2013, 1, 51.

MAGGIPINTO A., *Internet e Pubbliche Amministrazioni: quale democrazia elettronica?*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2008, 1, 45.

MALKAN J., *What Is a Copy?*, in *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 2005, Volume 23, 313.

MANETTI M., *Le autorità indipendenti*, Bari-Roma, 2007.

MANFRELOTTO R., *Le libertà economiche nella prospettiva della concorrenza: l'esperienza italiana tra amministrazione e giurisdizione*, in D'ALOIA A. (a cura di), *Diritti e Costituzione*, Milano, 2003, 411.

ID., *Autorità indipendenti e funzione sociale del mercato. Programmazione della concorrenza e modelli di tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, 103.

MANGIAMELI S., *Il contributo dell'esperienza costituzionale alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, in PACE A. (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milano, 2006, 516.

MANNE G.A. – WRIGHT G.D., *Google and the limits of antitrust: the case against Google*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2011, Volume 34, 171.

ID., *If Search Neutrality is the Answer, What's the Question?*, in *Columbia Business Law Review*, 2012, 151.

MANTELERO A., *La responsabilità on-line: il controllo nella prospettiva dell'impresa*, in *Diritto dell'informatica*, 2010, 3, 405.

MARSDEN C.T., *Net Neutrality and Consumer Access to Content*, in *Scripted*, 2007, Volume 4, 4, 407.

ID., *Net neutrality: towards a co-regulatory solution*, Londra, 2010, 30.

MARTINES T., *Diritto costituzionale*, Milano, 2011, 136.

MARTINO S., *Il caso «Alice». Regolazione e concorrenza, nuova frontiera del giudizio amministrativo*, in *Giurisprudenza di merito*, 2007, 3, 841.

MARZI G. – PROSPERETTI L. – PUTZU E., *La regolazione dei servizi infrastrutturali. Teoria e pratica*, Bologna, 2001.

MASSA PINTO I., *La discrezionalità politica del legislatore tra tutela costituzionale del contenuto essenziale e tutela ordinaria caso per caso dei diritti nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, 1309.

ID., *Contenuto minimo essenziale dei diritti e concezione espansiva della Costituzione*, in *Diritto pubblico*, 2001, 3, 1096.

MASTRANTONIO G., *Tra mito ed antitrust: il caso Microsoft all'indomani dell'ordinanza del Tribunale CE*, in *Diritto industriale*, 2005, 2, 173.

MASTROIANNI R., *Diritto internazionale e diritto d'autore*, Milano, 1997.

ID., *Proprietà intellettuale e costituzioni europee*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2005, 9.

MATTEI U., *Liberalizzazioni, mercati e legalità*, in *Notariato*, 2012, 1, 5.

MATTHEWS D., *Intellectual Property, Human Rights and Development. The Role of NGOs and Social Movements*, Cheltenham-Northampton, 2011.

MATULIONYTE R., *Law Applicable To Copyright. A Comparison of the ALI and CLIP Proposals*, Cheltenham-Northampton, 2011.

MAY R.J. (ed), *New Directions in Communications Policy*, Durham, 2009.

MCGOWAN D., *Legal Implications of Open Source Software*, in *Illinois Law Review*, 2001, 241.

MCJOHN S., *The Paradoxes of Free Software*, in *George Mason Law Review*, 2000, Volume 9, 25.

MEHRA S.K., *Paradise is a walled garden? trust, antitrust, and user dynamism*, in *George Mason Law Review*, 2011, Volume 18, 4, 889.

MENELL P.S., *Envisioning Copyright Law's Digital Future*, in *New York Law School Law Review*, 2002-2003, Volume 46, 63.

MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992.

MODUGNO F., *La tutela dei «nuovi diritti»*, in RICCOBONO F. (a cura di), *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, Milano, 1991, 89.

ID., *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995, 101-107.

ID., *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo*, 2005, 3.

MONTAGNANI M.L., *Il diritto d'autore nell'era digitale. La distribuzione online delle opere dell'ingegno*, Milano, 2012, 20.

MONTALDO S., *Internet e commons: le risorse della rete nella prospettiva dei beni comuni*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2013, 2, 287.

MONTANARI A., *Contratto di AdWords e profili di responsabilità. Osservazioni a margine di Corte di giustizia 23 marzo 2010, cause riunite da C-236/08 a C-238/08*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2011, 2, 524.

MORANDO F., *Principi tecnici ed economici per l'analisi del mercato delle piattaforme software: il caso Microsoft europeo*, in *Concorrenza e mercato*, 2004, 1, 185.

MORRONE A., *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, Volume II, Tomo 2, Milano, 2008, 185.

MUFFATTO M. – FALDANI M., *Open Source. Strategie, organizzazione, prospettive*, Bologna, 2004.

MULA D., *La responsabilità e gli obblighi degli Internet Provider per violazione del diritto di autore*, in *Rivista di diritto industriale*, 2010, 3, 252.

MUNARI F., *La legge 10 ottobre 1990, n. 287 e il diritto comunitario della concorrenza*, in *Contratto e impresa*, 1992, 627.

MUSSO A., *La proprietà intellettuale nel futuro della responsabilità sulla rete: un regime speciale?*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 6, 2010, 795.

NATALE R., *Net neutrality: sentenza Verizon-Netflix, una risposta al boom del traffico online*, in *Key4biz*, 15 gennaio 2014.

ID., *Google si allinea alle richieste Ue: indagine Antitrust verso la chiusura*, in *Key4biz*, 5 febbraio 2014.

ID., *Diritto d'autore, Corte di Giustizia Ue: 'Linkare opere gratuite non è reato'*, in *Key4biz*, 13 febbraio 2014.

NAVA G., *Net neutrality, tra tutela del consumatore e della concorrenza*, in CASSANO G. – VACIAGO G. – SCORZA G. (a cura di), *Diritto dell'Internet. Manuale operativo*, Padova, 2012, 81.

NICCOLAI S., *Mercato come valore o mercato come regola? Osservazioni minime su un tema importante*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1991, 3680.

NICODEMO S., *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Padova, 2002.

NIKOLINAKOS N.T., *EU Competition Law and Regulation in the Converging Telecommunications, Media and IT Sectors*, Alphen aan den Rijn, 2006.

NIVARRA L., *La tutela del diritto d'autore in internet*, Milano, 2001.

ID., *Responsabilità del provider*, in *Digesto discipline privatistiche – Sezione civile*, Volume 2, Torino, 2003, 1195.

ID., *La proprietà europea tra controriforma e «rivoluzione passiva»*, in *Europa e diritto privato*, 2011, 3, 575.

NUNZIATO D.C., *Virtual freedom. Net Neutrality and Free Speech in the Internet Age*, Stanford, 2009, 136.

ID., *Virtual freedom. Net Neutrality and Free Speech in the Internet Age*, Stanford, 2009, 131.

OPPO G., *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1984, I, 190.

ID., *Costituzione e diritto privato nella 'tutela della concorrenza'*, in *Rivista di diritto civile*, 1993, 543.

OROFINO M., *Una vicenda di rilevante interesse costituzionale che coinvolge l'AGCOM in materia di diritto d'autore. Come andrà a finire?*, in *Astrid*.

OSTERGARD R.L., *Intellectual Property: A Universal Human Right?*, in *Human Rights Quarterly*, 1999, Volume 21, 1, 156.

OWEN B.M., *Antitrust and Vertical Integration in "New Economy" Industries itb Application to Broadband Access*, in *Review of Industrial Organization*, 2011, Volume 38, 363.

PACE A., *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici «comuni»*, in AA.VV., *Nuove dimensioni dei diritti di libertà. Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, 1990, 109.

ID., *L'iniziativa economica privata come diritto di libertà. Implicazioni teoriche e pratiche*, in AA. VV., *Studi in memoria di Franco Piga*, Volume II, Milano, 1992, 1591.

ID., *Il discutibile avvio del «digitale terrestre» tra la sent. 466 del 2002 della Corte Costituzionale e il rinvio ex art. 74 Cost. del Presidente della Repubblica*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2004, 2, 1369.

ID. (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milano, 2006.

PACE F.L. (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013.

PALADIN L., *Problemi e vicende della libertà d'informazione nell'ordinamento giuridico italiano*, in PALADIN L. (a cura di), *La libertà d'informazione*, Torino, 1979.

ID. (a cura di), *La libertà d'informazione*, Torino, 1979.

PALLADINO P., *La tutela penale del diritto d'autore dopo la riforma*, in *Diritto penale e processo*, 2002, 2, 235.

PARDOLESI R., *Analisi economica della legislazione antitrust italiana*, in *Foro italiano*, 1993, V, 2.

PASQUAL S., *La SLAE. La sezione Musica*, in VALENTI A. (a cura di), *La legislazione per lo spettacolo e le attività musicali. Norme, contratti, diritti, obblighi, sanzioni*, Torino, 2012, 225.

PASSAGLIA P., *Diritto di accesso ad internet e giustizia costituzionale. una (preliminare) indagine comparata*, in *Giurcost*.

ID., *L'accesso ad Internet è un diritto (il Conseil constitutionnel francese dichiara l'incostituzionalità di parte della c.d. «legge anti file-sharing»)*, in *Foro italiano*, 2009, IV, 473.

PATTERSON M.R., *Non-network barriers to network neutrality*, in *Fordham Law Review*, 2011, Volume 78, 2843.

PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006.

PIAZZA A., *La responsabilità civile dell'Internet Provider*, in *Contratto e impresa*, 2004, 1, 130.

PICOZZA E., *Vicende e procedure della programmazione economica*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* (diretto da GALGANO F.), Volume I, *La costituzione economica*, Padova, 1977, 263.

PIERANDREI F., *La televisione in giudizio davanti alla Corte Costituzionale*, in *Rivista diritto comunitario*, 1961, 11, 161.

PILATI A. – PERRUCCI A. (a cura di), *Economia della conoscenza. Profili teorici ed evidenze empiriche*, Bologna, 2005.

PINELLI C., *La tutela della concorrenza come principio e come materia. La giurisprudenza costituzionale 2004-2013*, in *Rivista dell'associazione italiana dei costituzionalisti*, 2014, 1.

PINO G., *Assenza di un obbligo generale di sorveglianza a carico degli Internet Service Providers sui contenuti immessi da terzi in rete*, in *Danno e responsabilità*, 2004, 8-9, 832.

ID., *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica & Politica*, 2006, 1, 13.

PIROZZOLI A., *L'iniziativa dell'Agcom sul diritto d'autore nelle rete di comunicazione elettronica*, in *Rivista dell'associazione italiana dei costituzionalisti*, 2011, 2.

ID., *La responsabilità dell'internet service provider. Il nuovo orientamento giurisprudenziale nell'ultimo caso Google*, in *Rivista dell'associazione italiana dei costituzionalisti*, 2012, 3, 8.

PIRRUCCIO P., *Diritto d'autore e responsabilità del provider*, in *Giurisprudenza di merito*, 2012, 12, 2591.

PIZZETTI F., *Tutela del diritto d'autore in rete: la cornice del problema*, in ID. (a cura di), *I diritti nella "rete" della rete. Il caso del diritto di autore*, Torino, 2011, 63.

ID. (a cura di), *I diritti nella "rete" della rete. Il caso del diritto di autore*, Torino, 2011.

PIZZOLATO F. – BUZZACCHI C., *Doveri costituzionali*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, III aggiornamento, Torino, 2008, 319.

POCAR F., *La dichiarazione universale dei diritti dell'uomo cinquant'anni dopo*, in *Corriere giuridico*, 1999, 2, 137.

POLETTINI F., *Concorrenza nel settore televisivo: il punto dopo il varo del Testo Unico*, in *Diritto industriale*, 2005, 6, 591.

POLLICINO O., *Copyright versus freedom of speech nell'era digitale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2011, 8-9, 1994.

ID., *Tutela del pluralismo nell'era digitale: ruolo e responsabilità degli Internet service provider*, in *Giurcost*.

POLLOCK R., *Is Google the next Microsoft? Competition, welfare and regulation in internet search*, in *Review of Network Economics*, 2010, Volume 9, 4, 1.

POLVERINO F., *Hunting the wild geese: competition analysis in a world of "free"*, in *Concorrenza e mercato*, 2012, 545.

POUWELSE J.A. – GARBACKI P. – EPEMA D. – SIPS H., *Pirates and Samaritans: A decade of measurements on peer production and their implications for net neutrality and copyright*, in *Telecommunications Policy*, 2008, Volume 32, 701.

POWELL A. – COOPER A., *Net Neutrality Discourses: Comparing Advocacy and Regulatory Arguments in the United States and the United Kingdom*, in *The Information Society*, 2011, Volume 27, 311.

PREDIERI A., *Le reti transeuropee nei Trattati di Maastricht e Amsterdam*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1997, 3, 287.

PRETA A., *Network neutrality. Teoria economica e ruolo della regolamentazione: il modello USA*, in *Astrid*.

PROSPERETTI E., *La circolazione dell'opera digitale*, Torino, 2012.

ID., *L'opera digitale tra regole e mercato*, Torino, 2013.

PROSPERETTI L. – SIRAGUSA M. – BERETTA M. – MERINI M., *Economia e diritto antitrust. Un'introduzione*, Roma, 2006.

PUCCINI G., *La tutela dei diritti di libertà fra riserva di legge e garanzie procedurali: una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 1990, 4, 182.

PUGATCH M.P. (ed), *The Intellectual Property Debate. Perspectives from Law, Economics and Political Economy*, Cheltenham-Northampton, 2006.

RADICATI DI BROZOLO L.G., *Il diritto comunitario delle telecomunicazioni. Un modello di liberalizzazione di un servizio pubblico*, Torino, 1999.

RAGGI V., *Brevi note sull'attività di filtraggio dei contenuti informativi veicolati in rete*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2011, 2, 292.

RAGNEDDA M. – MUSCHERT G.W. (eds), *The Digital Divide: The internet and social inequality in international perspective*, Londra, 2013.

REICHER A., *Redefining Net Neutrality after Comcast v. FCC*, in *Berkeley Technology Law journal*, 2011, Volume 26, 733.

ID., *Redefining Net Neutrality after Comcast v. FCC*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2011, Volume 26, 741-742.

REICHMAN J.H. – DINWOODIE G.B. – SAMUELSON P., *A Reverse Notice and Takedown Regime to Enable Public Interest Uses of Technically Protected Copyrighted Works*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2007, Volume 22, 981.

RESCIGNO P. (a cura di), *Trattato di diritto privato*.

RESTA G., *Autonomia privata e diritti della personalità*, Padova, 2005, 123.

ID., *Diritti della personalità: problemi e prospettive*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2007, 6, 2043.

RICCIO G.M., *Concorrenza sleale e tutela dei consumatori nelle reti telematiche*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2006, 3, 307.

RICCOBONO F. (a cura di), *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, Milano, 1991.

RICOLFI M., *On line ed off-line*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2007, 219.

ID. (a cura di), *Copyright digitale. L'impatto delle nuove tecnologie tra economia e diritto*, Torino, 2009.

ROBERTI G.M. – ZENO-ZENCOVICH V., *Le linee guida del D.Lgs 15 marzo 2010, n. 44 ("Decreto Romani")*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 1, 1.

ROCHET J.C. – TIROLE J., *Platform competition in two-sided markets*, in *Journal of the European Economic Association*, 2003, 1, 4.

RODOTÀ S., *Il terribile diritto*, Bologna, 1981.

ID., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1990.

ID., *Il diritto di avere diritti*, Bari-Roma, 2012.

ROMANO B., *Filosofia del diritto e possibilità*, in D'AGOSTINO F. (a cura di), *Ontologia e fenomenologia del giuridico. Studi in onore di Sergio Cotta*, Torino, 1995, 193.

ID., *Globalizzazione del commercio e fenomenologia del diritto. Saggio su diritto e identità*, Torino, 2001.

ROSENBLATT B. – TRIPPE B. – MOONEY S., *Digital Rights Management. Business and Technology*, New York, 2002.

ROSSELLO C., *Riflessioni de jure condendo in materia di responsabilità del Provider*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 617.

ROSSI G., *Cyber-antitrust. Internet e tutela della concorrenza*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2003, 2, 247.

RUANE K.A., *The FCC's Authority to regulate Net Neutrality After Comcast v. FCC*, in FIRTH A.C. – PIERSON N.H. (eds), *The Open Internet, Net neutrality and the FCC*, New York, 2011, 4.

RUFFO G., *La (in)sostenibile leggerezza della copia digitale*, in RICOLFI M. (a cura di), *Copyright digitale. L'impatto delle nuove tecnologie tra economia e diritto*, Torino, 2009, 135.

RUSTAD M.L. – KOENIG T.H., *Rebooting Cybertort Law*, in *Washington Law Review*, 2005, Volume 80, 335.

SABBATINI P., *Sulla (ir) rilevanza del mercato rilevante*, in *Mercato concorrenza regole*, 2012, 3, 495.

SACCUCCI A., *Libertà di informazione e rispetto della vita private delle personalità politiche e di governo secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, 105.

SAMMARCO P., *La posizione dell'intermediario tra la estraneità ai contenuti trasmessi e l'effettiva conoscenza dell'illecito: un'analisi comparata tra Spagna, Francia e regolamentazione comunitaria*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2011, 2, 285.

SAMUELSON P., *Digital Media and the Changing Face to Intellectual Property Law*, in *Rutgers Computer and Technology Law Journal*, 1990, Volume 16, 323.

SANDOVAL C.J.K., *Disclosure, deception, and deep-packet inspection: the role of the Federal Trade Commission Act's deceptive conduct prohibitions in the Net neutrality debate*, in *Fordham Law Review*, 2009, Volume 78, 641.

SANDULLI A.M., *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1972, 468.

SANTORO E., *Note introduttive sul fondamento costituzionale della protezione del diritto d'autore*, in *Il diritto d'autore*, 1975, 307.

ID., *Diritto d'autore e libertà di manifestazione del pensiero (spunti di ricerca)*, in *Il diritto d'autore*, 1979, 754.

SANTOSUOSSO A., *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Padova, 2011.

SANZO S., *La concorrenza sleale*, Padova, 1998, 451.

SARTI D., *Nota in tema di «privatizzazione» dell'attività della SLAE*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2009, 2, 349.

SARTOR G. – SCORZA G., *L'accesso al codice sorgente: alcune considerazioni su libertà, conoscenza e concorrenza in margine al caso Microsoft*, in *Diritto dell'Internet*, 2006, 4, 329.

SAUNDERS M.J., *Criminal Copyright Infringement And The Copyright Felony Act*, in *Denver University Law Review*, 1994, Volume 71, 671.

SAVORANI G., *Diritto d'autore: rimedi civilistici dopo la direttiva enforcement*, in *Danno e responsabilità*, 2007, 5, 500.

SCACCIA G., *Il bilanciamento degli interessi in materia di proprietà intellettuale*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2005, 198.

SCORZA G., *Il diritto dei consumatori e della concorrenza in internet*, Padova, 2006.

SEBASTIANI C., *Posizione dominante e competenze antitrust nel settore delle comunicazioni*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1999, 3, 652.

SENIOR M., *Net or non net neutrality*, in *Diritto Mercato Tecnologia*.

SEVILLE C., *Eu Intellectual Property Law And Policy*, Cheltenham-Northampton, 2011.

SHAPIRO C. – VARIAN H.R., *Information Rules: A strategic Guide to the Network Economy*, Boston, 1999.

SHRIMALI G., *Surplus extraction by network providers: Implications for net neutrality and innovation*, in *Telecommunications Policy*, 2008, Volume 32, 545.

SIANO M., *La sentenza Scarlet della Corte di Giustizia: punti fermi e problemi aperti*, in PIZZETTI F. (a cura di), *I diritti nella "rete" della rete. Il caso del diritto di autore*, Torino, 2011, 81.

SICA S. – ZENO-ZENCOVICH V., *Legislazione, giurisprudenza e dottrina nel diritto dell'Internet*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 3, 377.

SIEFFERT M., *Conception to Distribution: Vertical Integration in the Television Production and ISP Industry*, in *Business, Entrepreneurship & the Law*, 2012, Volume 6, 1, 157.

SIERADZKI D.L. – MAXWELL W.J., *The FCC's Network Neutrality Ruling in the Comcast Case: Towards a Consensus with Europe?*, in *Communications & Strategies*, 2008, Volume 72, 4, 73.

SILVESTRE L., *Aspetti di globalizzazione dell'economia mondiale*, in *Impresa*, 1999, 5, 791.

SIRAGUSA M., *A selection of recent developments in EU competition law*, in *Concorrenza e mercato*, 2011, 7.

SIROTTI GAUDENZI A., *Violazione della proprietà intellettuale: non è ammesso il provvedimento di discovery in caso di peer to peer. L'ordine di discovery che consenta l'acquisizione immediata ed in via d'urgenza della prova dell'illecito è ammesso dalla*

normativa processuale in tema di proprietà intellettuale introdotta dal D.Lgs. n. 140/2006, in Giurisprudenza italiana, 2008, 7, 1738.

ID. (a cura di), *Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza*, Volume I, Torino, 2010.

ID. (a cura di), *Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza*, Volume II, Torino, 2010.

ID. (a cura di), *Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza*, Volume III, Torino, 2010.

ID. (a cura di), *Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza*, Volume IV, Torino, 2010.

ID. (a cura di), *Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza*, Volume V, Torino, 2010.

ID. (a cura di), *Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza*, Volume VI, Torino, 2010.

SOLUM L.B., *The Future of Copyright*, in *Texas Law Review*, 2005, Volume 83, 1137.

SORRENTINO F., *Le fonti del diritto*, Padova, 2009.

SPAGNOLO A., *Bilanciamento tra libertà d'espressione su internet e tutela del diritto d'autore nella giurisprudenza recente della Corte europea dei diritti umani*, in *Federalismi*.

SPETA J.B., *FCC Authority To Regulate the Internet: Creating It and Limiting It*, in *Loyola University Chicago Law Journal*, 2004, Volume 35, 15.

SPOLIDORO M.S., *Una nuova riforma per il diritto d'autore nella società dell'informazione*, in *Corriere giuridico*, 2003, 7, 845.

STABILE S., *Il diritto d'autore nella società dell'informazione*, in *Diritto industriale*, 2004, 1, 88.

STALLMAN R., *The GNU Operating System and the Free Software Movement*, in DI BONA C. – OCKMAN S. – STONE M. (eds), *Open Sources: Voices from the Open Source Revolution*, Sebastopol, 1999.

STANTON L. – GOTSCH T., *FTC Moves to Force Google to Keep SEP Commitments, Declines Action on Search Practices*, in *Telecommunications Reports*, 2013, Volume 79, 2, 3.

STAZI A., *L'Antitrust nell'era della comunicazione multimediale: i "mercati emergenti" e la loro disciplina*, in *Concorrenza e mercato*, 2006, 1, 517.

ID., *Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e concorrenza*, Milano, 2006, 188.

ID., *"Marketplace of ideas" e "accesso pluralistico" tra petizioni di principio e ius positum*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2009, 4-5, 635.

STIEGLER Z., *Regulating the Web: Network Neutrality and the Fate of the Open Internet*, Lanham, 2013.

STOLFI N., *La proprietà intellettuale*, Torino, 1915.

ID., *Il diritto d'autore*, Milano, 1932.

STROWEL A. (ed), *Peer-To-Peer File Sharing And Secondary Liability In Copyright Law*, Cheltenham-Northampton, 2009.

STUCKE M.E., *Toward a Better Competition Policy for the Media: The Challenge of Developing Antitrust Policies that Support the Media Sector's Unique Role in Our Democracy*, in *Connecticut Law Review*, 2009, Volume 42, 101.

ID., *Why more antitrust immunity for the media is a bad idea*, in *Northwestern University Law Review*, 2011, Volume 105, 1399.

SUNSTEIN C.R., *The first Amendment in Cyberspace*, in *Yale Law Journal*, 1995, Volume 104, 1757.

TANG G.H., *Copyright And The Public Interest In China*, Cheltenham-Northampton, 2012.

TENNIS R.S. – SCHWAB A.B., *Business Model Innovation and Antitrust Law*, in *Yale Journal on Regulation*, 2012, Volume 29, 307.

TERRACINA D., *Il «cerchio e la botte», linee guida delle sezioni unite in materia di tutela penale del diritto d'autore*.

TESAURO G. – D'ALBERTI M. (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000.

TESAURO P., *Democrazia e informazione*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1968, III, 235.

TESCARO M., *La responsabilità dell'internet provider nel d.lg. n. 70/2003*, in *Responsabilità civile*, 2010, 3, 166.

TESTA F. – STAGNARO C., *Reti di trasporto nazionale e concorrenza nei mercati del gas: il caso Eni-Snam Rete Gas*, in *Sinergie*, 2011, 86, 187.

THEMELIS A., *The Internet, Jurisdiction and EU Competition Law: The Concept of 'Over-territoriality' in Addressing Jurisdictional Implications in the Online World*, in *World Competition: Law & Economics Review*, 2012, Volume 35, 2, 325.

TITOMANLIO R., *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2012.

TRACER D.M., *Overcharge but Don't Overestimate: Calculating Damages for Antitrust Injuries in Two-Sided Markets*, in *Cardozo Law Review*, 2011, Volume 33, 807.

TRAVIS H., *Pirates of the Information Infrastructure: Blackstonian Copyright and the First Amendment*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2000, Volume 15, 777.

TRAVOSTINO M., *Aspetti problematici del diritto d'autore nelle reti telematiche e prospettive di sviluppo*, in RICOLFI M. (a cura di), *Copyright digitale. L'impatto delle nuove tecnologie tra economia e diritto*, Torino, 2009, 161.

TROPER M., *La nozione di principio sovraconstituzionale*, in COMANDUCCI P. – GUASTINI R. (a cura di), *Analisi e diritto 1996. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 1997, 255-274.

TROTTER HARDY I., *Criminal Copyright Infringement*, in *William & Mary Bill of Rights Journal*, 2002, Volume 11, 1, 305.

TRUCCO L., *Pubblicazione d'immagini personali in rete e responsabilità del provider*, in *Diritto dell'Internet*, 2006, 6, 563.

TUCKER C. – MARTHEWS A., *Social networks, advertising, and antitrust*, in *George Mason Law Review*, 2012, Volume 19, 1211.

UBERTAZZI G. (a cura di), *La produzione di software Open Source. Aspetti economici e giuridici*, Milano, 2005.

UBERTAZZI L.C., *Diritto d'autore*, in *Digesto discipline privatistiche – Sezione commerciale*, Volume 4, Torino, 1988, 366.

VALASTRO A., *Le autorità indipendenti in cerca di interlocutore*, Napoli, 2008.

VALENTI A. (a cura di), *La legislazione per lo spettacolo e le attività musicali. Norme, contratti, diritti, obblighi, sanzioni*, Torino, 2012.

VAN DEN BERGH R., *Introduzione. L'analisi economica del diritto della concorrenza*, in FRIGNANI A. – PARDOLESI R. – PATRONI GRIFFI A. – UBERTAZZI L.C. (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, Volume I, Bologna, 1993, 1.

VERRANDO A., *Nota sulle conseguenze della natura di ente pubblico economico della SLAE* in *Giurisprudenza italiana*, 1995, I, 1, 510.

VIGGIANO M., *E-health e telemedicina: quali vantaggi sociali?*, in DE MINICO G. (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti. Banda larga e servizi a rete*, Napoli, 2010, 238.

VILLONE M., *Interessi costituzionalmente protetti e giudizio sulle leggi*, Milano, 1974.

ID., *Conclusioni. La Costituzione e il “diritto alla tecnologia”*, in DE MINICO G. (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti. Banda larga e servizi a rete*, Napoli, 2010, 261.

ID., *Il tempo della Costituzione*, Roma, 2012.

VITELLO C., *Network Neutrality Generates a Contentious Debate Among Experts: Should Consumers be Worried?*, in *Loyola Consumer Law Review*, 2010, Volume 22, 513.

VITERBO A. – CODIGNOLA A., *La rete: tecnologia di libertà?*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2003, 2, 219.

VOTANO G., *Internet fra diritto d'autore e libertà di comunicazione: il modello francese*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2009, 533.

WEISER P.J., *Innovation & Antitrust: innovation, entrepreneurship, and the information age*, in *Journal on Telecommunications & High Technology Law*, 2011, Volume 9, 1.

WU T., *Network Neutrality and Broadband Discrimination*, in *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, 2003, Volume 2, 141.

ID., *Network Neutrality FAQ*, in http://timwu.org/network_neutrality.html.

WYATT E., *House Votes Against 'Net Neutrality'*, in *The New York Times*, 8 aprile 2011.

YEN A.C. – LIU J.P., *Copyright Law: Essential Cases and Materials*, Cheltenham-Northampton, 2011.

YOO C.S., *Vertical Integration and Media Regulation in the New Economy*, in *Yale Journal on Regulation*, 2002, Volume 19, 171.

YOO C.S., *Network Neutrality after Comcast: Toward a Case-by-Case Approach to Reasonable Network Management*, in MAY R.J. (ed), *New Directions in Communications Policy*, Durham, 2009, 55-83.

ID. (ed), *Copyright*, Volume I, Cheltenham-Northampton, 2011.

ID. (ed), *Copyright*, Volume II, Cheltenham-Northampton, 2011.

ID., *When antitrust met Facebook*, in *George Mason Law Review*, 2012, Volume 19, 1147.

YU P.K., *Bridging the Digital Divide: Equality in the Information Age*, in *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 2001-2002, Volume 20, 1, 1.

ID., *Ten Common Questions About Intellectual Property and Human Rights*, in *Georgia State University Law Review*, 2006, Volume 23, 4, 709.

ID., *Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework*, in *University of California Davis Law Review*, 2007, Volume 40, 1039.

ID., *The Alphabet Soup of Transborder Intellectual Property Enforcement*, in *Drake Law Review Discourse*, 2012, 16.

ZÄCH R. – HEINEMANN A. – KELLERHALS A. (eds), *The Development of Competition Law*, Cheltenham-Northampton, 2010.

ZÄCH R. – KÜNZLER A., *Freedom to Compete or Consumer Welfare: The Goal of Competition Law according to Constitutional Law*, in ZÄCH R. – HEINEMANN A. – KELLERHALS A. (eds), *The Development of Competition Law*, Cheltenham – Northampton, 2010, 6.

ZAGREBELSKY G., *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1987.

ZAGREBELSKY G. – MARCENÒ V., *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012.

ZANOTTI R., *(Dis)orientamenti della cassazione in tema di tutela penale del diritto d'autore*, in *Diritto dell'Internet*, 2005, 3, 267.

ZATTI F., *Riflessioni sull'art. 41 Cost.: la libertà di iniziativa economica privata tra progetti di riforma costituzionale, utilità sociale, principio di concorrenza e delegificazione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*.

ZENO-ZENCOVICH V., *Diritto d'autore e libertà di espressione: una relazione ambigua*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2005, I, 151.

ID., *Il "diritto ad essere informati" quale elemento del rapporto di cittadinanza*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2006, 1, 1.

ID., *Internet e concorrenza*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 4-5, 697.

ID., *Legislazione, giurisprudenza e dottrina nel diritto dell'Internet*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 3, 377.

ZENO-ZENCOVICH V. – MEZZANOTTE F., *Le reti della conoscenza: dall'economia al diritto*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2008, 2, 141.

ZHU K., *Bringing Neutrality to Network Neutrality*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2007, Volume 22, 615.

ZICK T., *Territoriality and the First Amendment: Free Speech at – and beyond – our borders*, in *Notre Dame Law Review*, Volume 85, 2010, 1579.

ZIMMER D., *Competition law de lege ferenda*, in ZÄCH R. – HEINEMANN A. – KELLERHALS A. (eds), *The Development of Competition Law*, Cheltenham-Northampton, 2010, 319.

ZITTRAIN J., *The Future of the Internet and How to Stop It*, New Haven, 2009.

ZOGRAFOS D., *Intellectual Property and traditional cultural expressions*, Cheltenham-Northampton, 2010.

ZOPPIN A., *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Rivista di diritto civile*, 2013, 3, 515.

Documentazione

105TH CONGRESS, *Digital Millennium Copyright Act*, 28 ottobre 1998.

112TH CONGRESS, *House of Representatives Bill 3261, To promote prosperity, creativity, entrepreneurship, and innovation by combating the theft of U.S. property, and for other purposes*, 26 ottobre 2011.

112TH CONGRESS, *Senate Bill 968, Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act of 2011*, 12 maggio 2011.

AGCOM, delibera n. 668/10/CONS, 17 dicembre 2010

ID., delibera n. 398/11/CONS, 6 luglio 2011.

ID., delibera n. 680/13/CONS, 12 dicembre 2013.

ID., *Audizione del Presidente presso le Commissioni riunite VII e IX della Camera dei Deputati sul tema Tutela della proprietà intellettuale sulle reti di comunicazione elettronica e tutela dei minori nella programmazione, nelle trasmissioni e nella pubblicità dei media audiovisivi*, 15 gennaio 2014.

ARCEP, *Neutralité de l'internet et des réseaux: propositions et orientations*, settembre 2010.

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Audizione del Presidente presso la VIII Commissione Lavori Pubblici, Comunicazioni del Senato della Repubblica nell'ambito dell'indagine conoscitiva sullo scorporo della rete di accesso Telecom*, 23 luglio 2013.

BEREC, *Response to the European Commission's consultation on the open Internet and net neutrality in Europe*, 30 settembre 2010.

ID., *A framework for Quality of Service in the scope of Net Neutrality*, 8 dicembre 2011.

ID., *Guidelines on Transparency in the scope of Net Neutrality: Best practices and recommended approaches*, dicembre 2011.

ID., *BEREC's Review of the Common Positions on wholesale unbundled access, wholesale broadband access and wholesale leased lines. Stage 1 High Level Principles on issues of non-discrimination*, 1° marzo 2012.

ID., *An assessment of IP-interconnection in the context of Net Neutrality. Draft report for public consultation*, 29 maggio 2012.

ID., *Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality. Draft report for public consultation*, 29 maggio 2012.

ID., *Guidelines for Quality of Service in the scope of Net Neutrality. Draft report for public consultation*, 29 maggio 2012.

ID., *Overview of BEREC's approach to net neutrality*, 27 novembre 2012.

ID., *Summary of BEREC positions on net neutrality*, 3 dicembre 2012.

ID., *BEREC views on the proposal for a Regulation "laying down measures to complete the European single market for electronic communications and to achieve a Connected Continent"*, 17 ottobre 2013.

CNNUM, *Rapport relatif a l'avis net neutralite*, 1° marzo 2011.

CRCT, *Review of the internet traffic management practices of internet service providers*, ottobre 2009.

COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO, *L'approccio proattivo al diritto: un altro passo verso una migliore regolamentazione a livello dell'UE*, 28 luglio 2009.

ID., *Parere in merito alla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni – Apertura e neutralità della rete Internet in Europa*, 26 ottobre 2011.

COMMISSIONE EUROPEA, *Progetto di comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario degli appalti pubblici*, 24 febbraio 1999.

ID., *Comunicazione interpretativa della commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, 12 aprile 2000.

ID., *European eParticipation Summary Report*, novembre 2009.

ID., *Questionnaire for the public consultation on the open internet and net neutrality in Europe*, 30 giugno 2010.

ID., *Report on the public consultation 'The open internet and net neutrality in Europe'*, 9 novembre 2010.

ID., *The open internet and net neutrality in Europe*, 19 aprile 2011.

ID., *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni sul mercato unico delle telecomunicazioni*, 11 settembre 2013.

ID., *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce misure riguardanti il mercato unico europeo delle comunicazioni elettroniche e per realizzare un continente connesso, recante modifica delle direttive 2002/20/CE, 2002/21/CE e 2002/22/CE e dei regolamenti (CE) n. 1211/2009 e (UE) n. 531/2012*, 11 settembre 2013.

COMMITTEE ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, COMPUTER SCIENCE & TELECOMMUNICATIONS BOARD, *The Digital Dilemma: Intellectual Property in the Information Age*, Washington, 2000.

CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE, *Net Neutrality: Background and Issues*, 16 settembre 2008.

ID., *Broadband Internet Access and the Digital Divide: Federal Assistance Programs*, 12 aprile 2011.

ID., *Access to Broadband Networks: The Net Neutrality Debate*, 25 aprile 2011.

ID., *The FCC's Authority to Regulate Net Neutrality After Comcast v. FCC*, 27 ottobre 2011.

EDPS, *Opinion on net neutrality, traffic management and the protection of privacy and personal data*, 7 ottobre 2011.

ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION, *Packet Forgery By ISPs: A Report On The Comcast Affair*, 28 novembre 2007.

FCC, *Order*, 3 marzo 2005.

ID., *Policy Statement*, 23 settembre 2005.

ID., *Memorandum opinion and order*, 20 agosto 2008.

ID., *Connecting America: The National Broadband Plan*, 16 marzo 2010.

ID., *Dissenting Statement of Commissioner Robert M. McDowell*, 23 dicembre 2010.

ID., *Report and order*, 23 dicembre 2010.

FTC, *Broadband connectivity competition policy*, giugno 2007.

ID., *Statement of the Federal Trade Commission In the Matter of Google Inc.*, n. 121-0120, 3 gennaio 2013.

ID., *Statement of the Federal Trade Commission Regarding Google's Search Practices In the Matter of Google Inc.*, n. 111-0163, 3 gennaio 2013.

GENERAL ASSEMBLY OF UNITED NATIONS, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, 16 maggio 2011.

NPT, *Network neutrality – Guidelines for internet neutrality*, febbraio 2009.

OFCOM, *Traffic Management and 'net neutrality'. A discussion document*, 24 giugno 2010.

ID., *Ofcom's approach to net neutrality*, 24 novembre 2011.

PARLAMENTO EUROPEO, *Network Neutrality: Challenges and responses in the EU and the US*, 26 maggio 2011.

ID., *Proposta di risoluzione B7-0572/2011 presentata a seguito dell'interrogazione con richiesta di risposta orale B7-0641/2011 sull'apertura e la neutralità della rete Internet in Europa*, 7 novembre 2011.

PTS, *Open Networks and Services*, novembre 2009.

U.S. COPYRIGHT OFFICE SUMMARY, *The Digital Millennium Copyright Act of 1998*, dicembre 1998, 12.

XVI LEGISLATURA, A.S. 1710, disegno di legge contenente “Disposizioni per garantire la neutralità delle reti di comunicazione, la diffusione delle nuove tecnologie telematiche e lo sviluppo del *software* aperto”, comunicato alla Presidenza il 3 luglio 2009.

ID., A.S. Atto n. 4-04038, pubblicato il 9 novembre 2010, Seduta n. 454.

ID., A.S. 2576, disegno di legge contenente “Disposizioni per garantire i principi di neutralità della rete e per promuovere condizioni di concorrenza e di sviluppo sostenibile nel contesto di *internet*”, comunicato alla Presidenza il 24 febbraio 2011.

Giurisprudenza

CORTE GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, Grande Sezione, sentenza 23 marzo 2010, n. 236, in *Diritto del commercio internazionale*, 2011, 2, 524.

CORTE COSTITUZIONALE, sentenza 7 luglio 1981, n. 118, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, I, 1214.

ID., sentenza 16 dicembre 1982, n. 223, in *Giurcost.*

ID., sentenza 14 luglio 1988, n. 826 in *Giurcost.it.*

ID., sentenza 26 marzo 1993, n. 112 in *Giurcost.it.*

ID., sentenza 7 dicembre 1994, n. 420, in *Giurcost.it.*

ID., sentenza 7 maggio 2002, n. 155 in *Giurcost.it.*

ID., sentenza 20 novembre 2002, n. 466 in *Giurcost.it.*

ID., sentenza 22 luglio 2010, n. 270, in *Giurcost.*

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, sentenza 10 giugno 2009, n. 580.

CORTE DI CASSAZIONE CIVILE, Sezioni Unite, sentenza 15 luglio 1993, n. 7841, in *Giurisprudenza italiana*, 1995, I, 1, 510.

CORTE DI CASSAZIONE PENALE, Sezione II, sentenza 18 gennaio 2005, n. 3995, in *Diritto dell'Internet*, 2005, 3, 267.

ID., Sezioni Unite, sentenza 20 dicembre 2005, n. 47164, in *Diritto dell'Internet*, 2006, 2, 143.

ID., Sezione III, sentenza 22 novembre 2006, n. 149, in *Diritto penale e processo*, 2007, 8, 1017.

ID., Sezione III, sentenza 25 maggio 2007, n. 33768, in *Diritto dell'Internet*, 2008, 2, 149.

CONSIGLIO DI STATO, Adunanza plenaria, sentenza 11 maggio 2012, n. 11, in *Federalismi* e in *Forum di Quaderni costituzionali*.

ID., sentenza 11 maggio 2012, n. 12, in *Federalismi* e in *Forum di Quaderni costituzionali*.

ID., sentenza 11 maggio 2012, n. 13, in *Federalismi* e in *Forum di Quaderni costituzionali*.

ID., sentenza 11 maggio 2012, n. 14, in *Federalismi* e in *Forum di Quaderni costituzionali*.

ID., sentenza 11 maggio 2012, n. 15, in *Federalismi* e in *Forum di Quaderni costituzionali*.

ID., sentenza 11 maggio 2012, n. 16, in *Federalismi* e in *Forum di Quaderni costituzionali*.

CONSIGLIO DI STATO, Sezione VI, sentenza 4 agosto 2009, n. 4908, in *Foro Amministrativo – C.d.S.*, 2009, 7-8, 1868.

CONSIGLIO DI STATO, Sezione I, parere del 3 dicembre 2008 reso all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, n. 3999.

UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA CIRCUIT, sentenza 6 aprile 2010, n. 08-1291.

ID., sentenza 14 gennaio 2014, n. 11-1355.

T.A.R. LAZIO-ROMA, Sezione III, sentenza 16 novembre 2006, n. 12515, in *Giurisprudenza di merito*, 2007, 3, 841.

TRIBUNALE COMMERCIALE DI MADRID, sentenza 20 settembre 2010, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2011, 2, 285.

TRIBUNALE DI BARI, Sezione I, sentenza 13 giugno 2006, in *Diritto dell'Internet*, 2006, 6, 563.

TRIBUNALE DI CATANIA, Sezione IV, sentenza 29 giugno 2004, in *Diritto dell'Internet*, 2005, 1, 72.

ID., Sezione IV, sentenza 29 giugno 2004, in *Responsabilità civile*, 2005, 5, 426.

TRIBUNALE DI CRETEIL, sentenza 14 dicembre 2010, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2011, 2, 292.

TRIBUNALE DI MESSINA, Sezione II, sentenza 7 luglio 2010, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2011, 1, 120.

TRIBUNALE DI MILANO, ordinanza 3 giugno 2006, in *Diritto dell'Internet*, 2006, 6, 557.

TRIBUNALE DI ROMA, sentenza 21 marzo 1991, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1992, 442.

ID., Sezione speciale proprietà industriale ed intellettuale, sentenza 17 marzo 2008, in *Giurisprudenza italiana*, 2008, 7, 1738.

ID., sentenza 11 febbraio 2010, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 2, 278.

ID., sentenza 22 marzo 2011, in *Danno e responsabilità*, 2011, 8-9, 847.

ID., Sezione IX, sentenza 11 luglio 2011, in *Corriere giuridico*, 2012, 4, 551.

Abstract

Può l'impiego delle nuove tecnologie – in particolare, di Internet – alterare il regime giuridico previsto in Costituzione per la tutela delle libertà economiche? Esistono degli obblighi aggiuntivi rispetto a quelli tradizionalmente catalogati nell'ambito del c.d. statuto generale dell'imprenditore quando l'iniziativa economica è esercitata in Internet? E, dunque, è utile introdurre una *lex specialis* che sia applicabile alle sole società operanti sul *world wide web*? L'Autore analizza le questioni appena poste ripercorrendo il dibattito sulla *competition online*, sul principio della *network neutrality* e sulla tutela del *copyright* in Internet. In particolare, il primo capitolo è incentrato sulla ricostruzione della disciplina antitrust applicabile alle imprese operanti nella *web economy*. La soluzione proposta esclude la configurazione di una zona franca per gli operatori economici, nella misura in cui suggerisce di regolare Internet tenendo ben presente la *ratio* giustificatrice del diritto della concorrenza; inoltre, essa consente all'Autore di sviluppare – in una prospettiva *de jure condendo* – una più ampia riflessione sulle categorie generali del diritto antitrust. I capitoli centrali del lavoro sono dedicati al delicato tema della neutralità della rete. Tutta la ricostruzione ruota attorno ai seguenti interrogativi: *cui prodest* una rete a più velocità, che consenta ai grandi operatori economici di discriminare gli utenti e i *content provider* in ragione di valutazione economiche? Negare la neutralità della rete conduce, forse, a una sorta di *contradictio in adjecto* rispetto alle finalità perseguite con lo sviluppo di Internet? Infine, nell'ultimo capitolo, si affrontano i problemi posti dalla tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica. Dopo aver ricostruito i principali problemi tecnici connessi alla diffusione telematica delle opere di ingegno, l'Autore conclude sostenendo l'inopportunità e illegittimità di un sistema normativo che, in virtù di sanzioni meramente repressive, sia fonte di (irragionevoli) compressioni delle libertà fondamentali interessate dal tema.

