

## INTRODUZIONE

---

Le tecnologie e le applicazioni digitali permeano ormai la maggior parte degli aspetti della vita quotidiana e continueranno per lungo tempo a condizionare l'evoluzione della struttura economico-sociale dei nostri tempi e di quelli futuri. Tuttavia, la qualità delle trasformazioni che esse imprimeranno al nostro vissuto quotidiano dipenderà non solo dall'utilizzo che ne faranno cittadini, imprese e governi, ma anche e soprattutto dal quadro delle regole entro cui tali tecnologie e applicazioni evolveranno.

Con la progressiva evoluzione degli strumenti di comunicazione, anche il contesto normativo e regolatorio di riferimento si svilupperà per tenere il passo con le nuove tecnologie e proprio le regole assumeranno un ruolo decisivo nel delimitare i confini e codificare le modalità e gli ambiti dei nostri comportamenti all'interno della rete e ciò con riguardo a come produrremo, recheremo e consumeremo informazioni, beni e servizi, o vivremo il nostro ambiente urbano, la mobilità, la sanità, il flusso dei capitali finanziari o la tutela della nostra *privacy* in rete.

Saranno ancora le regole a dover incoraggiare la concorrenza, così da evitare che nuovi "monopoli digitali" sfruttino rendite di posizione e assumano comportamenti anti-competitivi nei rispettivi settori, limitando le scelte dell'utente.

E saranno sempre le regole che decreteranno o meno il successo e l'affermazione della nuova rivoluzione digitale alle porte che prende il nome di *blockchain*, con i suoi paradigmi tecnologici e algoritmi, i *cloud* aperti e le transazioni decentrate senza intermediari, o ancora dei nuovi strumenti del diritto che si stanno affermando in rete come gli *smart contracts*, contratti "intelligenti" in grado di adattarsi alle transazioni più diverse e di adeguarsi in automatico "strada facendo" alla natura e identità dei contraenti, all'oggetto e alle clausole contrattuali e, in ultima analisi, al loro stesso *enforcement*.

Il "governo delle regole" rappresenta, dunque, una necessità fondamentale per mantenere il sistema in equilibrio: garantire la protezione della vita privata e dei dati personali in Internet, migliorare le condizioni di creazione e distribuzione di contenuti nell'era digitale, promuovere le piattaforme *online* in quanto attori responsabili all'interno di un ecosistema equo e sostenibile, contrastare i contenuti illegali sul *web* o affrontare il percorso che condurrà sempre più alla digitalizzazione dei settori dell'industria e dei servizi: sono queste le sfide da affrontare con un equilibrato, proporzionato e quindi efficace quadro regolatorio.

Fattore spesso sottovalutato, ma in realtà vero protagonista di queste trasformazioni è l'infrastruttura di rete, quell'insieme di collegamenti, apparati e dispositivi che consente la trasmissione e la ricezione di segnali/informazioni tra più utilizzatori collegati tra loro in diverse parti del globo. È soltanto grazie ad essa, infatti, che è stato possibile sviluppare un ecosistema digitale che ha portato, negli ultimi anni, alle trasformazioni sociali ed economiche cui si accennava in precedenza.

L'infrastruttura di rete fissa che veicola servizi e contenuti digitali è ancora in massima parte quella realizzata nell'era "preistorica" del monopolio.

In un breve lasso di tempo, circa un decennio nel corso degli anni '90 del secolo scorso, è stato portato a compimento in Europa un complesso percorso legislativo di liberalizzazione del mercato, attraverso lo smantellamento dei monopoli pubblici e privati nella fornitura di reti e servizi di telecomunicazioni. In parallelo è stata avviata una poderosa azione di armonizzazione delle regole per facilitare l'ingresso di nuovi operatori, che si è progressivamente affinata ma che ancora evolve, cercando di trovare un punto di equilibrio tra i tanti interessi in gioco e faticando per la verità a trovare un approdo sicuro e stabile.

Con l'emergere di condizioni competitive indotte dalla regolazione, la produzione di regole non solo non si è arrestata ma anzi è proseguita se non addirittura aumentata, venendo a formare un *corpus* normativo di direttive, regolamenti, decisioni, pareri e raccomandazioni senza precedenti, che non sempre giova al mercato e spesso ostacola, invece di favorire, l'affermarsi di autonome dinamiche competitive.

Giunti a questo punto, è lecito chiedersi se qualcosa si sia inceppato nel sistema delle regole europee e, in caso di risposta affermativa, suggerire gli opportuni interventi.

Del resto, è possibile immaginare il futuro di questo settore economico, a giudizio dell'autore, soltanto guardando al suo passato e alla sua evoluzione negli ultimi decenni, studiandolo e comprendendolo, non senza un giudizio critico laddove necessario. Per questo nella parte iniziale di questo lavoro si ripercorrono le tappe fondamentali del processo di liberalizzazione e di armonizzazione della regole sottostanti la rete, il ruolo delle autorità nazionali di regolazione e si accenna alle norme dettate dal nuovo Codice europeo delle comunicazioni elettroniche che ha introdotto un quadro giuridico di riferimento aggiornato, ma forse non del tutto adeguato a risolvere le criticità emerse sinora e a dare una risposta alle future esigenze dell'era digitale che ci apprestiamo a vivere.

Quello delle regole è lo snodo più rilevante attorno al quale ruota l'intero mercato delle comunicazioni elettroniche e di Internet, tra diritti dei consumatori e obblighi degli operatori, politiche pubbliche industriali e piani di investimento privati, rivendicazioni di maggiore autonomia nazionale e esigenze di armonizzazione europea e internazionale.

Ma quali sono le regole? Come funzionano? Chi decide e cosa? A chi si applicano? Quali sono i margini di miglioramento? Quali le regole del futuro?

Sono solo alcune delle domande a cui questo lavoro tenta di dare una risposta, che sia rigorosa sotto il profilo delle fonti del diritto e delle norme di riferimento, ma anche comprensibile ai più e ai non addetti ai lavori, confidando che nel creare consapevolezza e conoscenza si possa fornire un contributo, pur minimo, ad un sano ed equilibrato dibattito sull'evoluzione del quadro regolamentare di riferimento e si riesca a far comprendere il punto di partenza della rivoluzione digitale moderna, il sistema di regole che governano lo sviluppo della rete e le principali esperienze internazionali in materia, con un occhio sempre rivolto al futuro e ai necessari adeguamenti regolatori che si renderanno necessari per affrontare le sfide tecnologiche dei prossimi anni.

Roma, febbraio 2019

Fabrizio Dalle Nogare

Non sarebbe stato possibile realizzare questo lavoro senza il determinante contributo di idee e conoscenze fornito da Alessandro Alongi, amico e mio prezioso collaboratore nell'ambito del Modulo "Diritto della rete" all'Università Alma Mater Studiorum di Bologna. Laureato in Giurisprudenza e in Scienze Politiche, Alessandro è specializzato in Relazioni istituzionali e Diritto parlamentare e attualmente si occupa di tematiche giuridiche e regolamentari presso l'Organo di vigilanza sulla parità di accesso alla rete di TIM, oltre a svolgere attività di ricerca nell'ambito del Diritto dell'innovazione, del quale è autore di diversi studi e approfondimenti. A lui, dunque, il primo e più sentito ringraziamento.

Un prezioso aiuto mi è giunto anche da altri amici che hanno speso tempo e pazienza nell'ascoltarmi, consigliarmi e suggerirmi spunti di riflessione. Tra le molte chiacchierate fatte in questi mesi non posso fare a meno di ricordare quelle con Bruno Carotti, Maurizio Mensi, Giovanni Crea, Simona Girolamo e Alessandro Mauro (quest'ultimo meticoloso collettore e organizzatore di informazioni sulle esperienze internazionali in tema di separazione della rete) che, con generosità e competenza hanno contribuito alla realizzazione di questo "taccuino", che si propone principalmente di raccontare la genesi del sistema regolatorio che ha accompagnato il più grande processo di trasformazione tecnologica di tutti i tempi, la rivoluzione digitale, la cui pagina finale è ben lungi dall'essere scritta.



# 1. LE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE: EVOLUZIONE DEL QUADRO ISTITUZIONALE E PROSPETTIVE

---

Sommario: 1.1. Premessa. – 1.2. Cornice storico-istituzionale. – 1.3. L'età delle liberalizzazioni in Europa: le fonti del diritto e gli strumenti normativi. – 1.4. Le tre fasi del processo di liberalizzazione e armonizzazione. – 1.5. Le Autorità nazionali di regolamentazione. – 1.6. La struttura di coordinamento nazionale ed europea: il ruolo del BEREC. – 1.7. Le innovazioni procedurali nel rapporto Commissione europea, ANR e BEREC: il “concerto” europeo. – 1.8. Il nuovo Codice europeo delle comunicazioni elettroniche. – 1.9. L'architettura istituzionale internazionale.

## 1.1. Premessa

L'utilizzo diffuso del web, trainato dalle recenti innovazioni tecnologiche, e la rilevanza sociale, economica e giuridica assunta dallo scambio continuo di dati e informazioni, hanno definitivamente sancito l'affermazione di nuovi modelli culturali e di *business* basati sulle comunicazioni digitali.

E difatti, le incredibili velocità con cui viaggiano le informazioni e il conseguente sviluppo di nuovi servizi di comunicazioni a banda larga e ultra-larga hanno imposto la diversificazione delle modalità di compravendita e di fruizione dei beni e dei servizi e l'avvio di un complesso percorso di trasformazione industriale, all'interno di mercati divenuti globali.

La “Società dell'informazione” ha cambiato le modalità e la qualità del nostro vissuto quotidiano, costringendoci a re-interpretare modi, consuetudini e stili di vita che prima consideravamo stabili e duraturi<sup>1</sup>.

Oggi Internet rappresenta quello che per gli antichi romani era il “*Forum Romanum*”: il centro e la sede principale degli interessi personali, professionali e, più in generale, degli scambi commerciali. Un'agorà politica, un epicentro religioso, di costume, di tendenze. Sul web – proprio come nell'antichità tra il Palatino e il

---

<sup>1</sup> Si veda in proposito L. Sartori, *La società dell'informazione*, Il Mulino, 2012.

Campidoglio – si commercia, si fanno affari, si cercano svaghi, si esercita l'azione politica, si incontrano i propri simili. Si svolge, insomma, la vita nella sua accezione più ampia, personale e sociale.

Protagonista di questo “nuovo mondo” è la Rete, quell'insieme di collegamenti, apparati e dispositivi che consente la trasmissione e la ricezione di segnali/informazioni tra più utilizzatori collegati tra loro in diverse parti del globo.

Grazie alla rete, la condivisione delle idee si è ampliata a dismisura e la libertà di pensiero e di opinione ha trovato, nella rete medesima, un nuovo mezzo di comunicazione. Anche la partecipazione alla vita pubblica ha assunto forme e modalità di espressione inaspettate e nuovi strumenti “digitali” di esercizio della democrazia si sono imposti.

Con Internet il mondo è a portata di mano. Comunicare e abbracciare più culture è più semplice. Lo spazio e le distanze non costituiscono più fattori di esclusione sociale o arroccamento culturale: possiamo viaggiare e conoscere nuovi mondi, ritrovare affetti, ampliare il nostro sapere e la nostra conoscenza, fare diagnosi o addirittura eseguire interventi chirurgici a distanza.

Nuove e ancor più invasive trasformazioni sociali e culturali sono in arrivo, grazie allo sviluppo dell'*Internet of Things*. Con la rete del prossimo futuro gli oggetti acquisiranno una propria identità. Si creeranno nuove forme di individuazione, le “cose” saranno riconoscibili e manovrabili a distanza; non solo, esse acquisiranno “intelligenza”, inviando e ricevendo autonomamente dati e informazioni e comunicando direttamente tra loro. Si svilupperà, in tal modo, una nuova capacità di interazione con l'ambiente circostante che arricchirà la qualità della nostra vita e il valore delle nostre attività<sup>2</sup>.

È un processo ormai inarrestabile. Persino le nostre città saranno diverse da come le conosciamo oggi. Diverranno “intelligenti” (“*smart city*”) e la qualità della vita dei loro abitanti migliorerà, grazie all'offerta di servizi più efficienti (trasporto, cultura, salute e prestazioni amministrative), che contribuiranno a semplificare il rapporto tra cittadini e responsabili della “*res publica*”.

Tante opportunità nascondono, purtroppo, altrettanti pericoli. Non solo i totalitarismi, la povertà e l'ignoranza hanno spesso e comunque il sopravvento sulla libertà digitale, ma anche nel mondo industrializzato delle democrazie occidentali i nostri diritti sono a rischio.

È noto, infatti, che gli strumenti giuridici oggi disponibili a tutela della sicurezza e della salute in ambienti virtuali sono privi di efficacia “protettiva” dei nostri diritti, da un lato, e di portata “dissuasiva” dal compimento di reati, dall'altro, per-

---

<sup>2</sup> Per una panoramica sulle applicazioni dei servizi *Internet of Things* (IOT) si veda, *ex multis*, R. Buyya e Amir V. Dastjerdi, *Internet of Things: Principles and Paradigms*, Morgan Kaufmann, 2016; Ken Briodagh, *IoT Time: Evolving Trends in the Internet of Things*, in *IoT Evolution*, 2017; R. Ruggieri, *Internet delle cose e problematiche giuridiche: alcune considerazioni*, in *Cyberspazio e Diritto*, 2016, fasc. 1-2, pp. 3-22.

ché introdotti anni e anni fa in un contesto sociale completamente diverso da quello attuale e ormai divenuto “preistorico”<sup>3</sup>.

La violazione della *privacy* e della sicurezza pubblica e privata, la pubblicazione e la condivisione non consensuale di dati personali, il *cyberbullismo*, le *fakes news* e, in generale, le violenze commesse *online* faticano ad essere riconosciuti e ricondotti a fattispecie tipiche di illeciti.

Inoltre, la dimensione globale del *web* funge da cassa di risonanza a questi comportamenti, i cui effetti erano un tempo confinati a realtà localmente circoscritte, amplificandone invece la portata e le conseguenze. Senza contare le difficoltà obiettive di individuare, in contesti virtuali, l'autore del reato.

Internet è divenuto ormai un luogo “virtuale”, in cui si combattono vere e proprie battaglie che lasciano sul campo morti e feriti “reali”. Per arginare queste derive si cerca, da più parti, di correre ai ripari. In molti hanno provato a sostituire i desueti strumenti del diritto, con nuovi e più appropriati interventi normativi a tutela degli utenti di Internet<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Interessante punto di partenza per lo sviluppo di riflessioni sul tema è il prologo de *Il diritto di avere diritti* di S. Rodotà (ed. Laterza, 2013): «Diritti senza terra vagano nel mondo globale alla ricerca di un costituzionalismo anch'esso globale che offra loro ancoraggio e garanzia. Orfani di un territorio che dava loro radici e affidava alla sovranità nazionale la loro concreta tutela, sembrano ora dissolversi in un mondo senza confini dove sono all'opera poteri che appaiono non controllabili. [...] Nello spazio globale i diritti si dilatano e scompaiono, si moltiplicano e si impoveriscono, offrono opportunità collettive e si rinserrano nell'ambito individuale, redistribuiscono poteri e subiscono soggezioni, soprattutto agli imperativi della sicurezza e alla prepotenza del mercato. Andamenti contraddittori che sono il segno d'un tempo che non conosce tragitti lineari e vive di conflitti acutissimi».

<sup>4</sup> Il dibattito, attualissimo, si concentra, in particolare, sull'opportunità di confermare l'applicazione delle regole e dei principi giuridici attuali anche alla realtà *online*, rispetto alla creazione di fattispecie giuridiche/regolamentari *ad hoc* per disciplinare, in maniera più efficace, quanto accade nella rete, giungendo anche a ipotizzare soluzioni più estreme, quali la creazione di un nuovo modello ordinamentale. Interessante, in argomento, F. Bravo, *Ubi societas ibi ius e fonti del diritto nell'età della globalizzazione*, in *Contratto e Impresa*, 6/2016, p. 1344: «Nella società globalizzata e interconnessa digitalmente, infatti, oltre ai fenomeni di allargamento dei mercati e di intensificazione degli scambi internazionali, di superamento della dimensione statale e del “tradizionale” modo di intendere le fonti di creazione del diritto, si vanno a delineare scenari del tutto nuovi rispetto al passato, di grande impatto teorico, non privi di rilevanza sul piano anche operativo ed economico [...]. Il primo concerne la nascita di comunità globali che interagiscono su piattaforme digitali relazionali (social networks come Facebook o Twitter; ambienti virtuali come Second Life; etc.) ed il loro impatto sotto il profilo giuridico [...]. Un secondo aspetto concerne invece la tipologia di fonti che regolano siffatte comunità globali. Ci si chiede se, accanto alle tradizionali fonti debba o meno accogliersi l'eventuale configurabilità di fonti atipiche di creazione della regola giuridica, comunque riconducibili alla volontà ed al potere (“normativo”, economico, tecnologico) del soggetto legittimato a predisporre le regole che disciplinano i rapporti tra i soggetti della community. Un terzo aspetto riguarda l'individuazione e l'eventuale introduzione di nuovi meccanismi di protezione del contraente, a fronte di nuo-

Il Consiglio d'Europa, nel 2014, ha emanato una “Guida ai diritti fondamentali per gli utenti di Internet”<sup>5</sup>. Le Nazioni Unite spingono per una applicazione, *mutatis mutandis*, dell'art. 19 del “Patto internazionale sui diritti civili e politici”<sup>6</sup> alla sfera dei diritti in Internet. Il Brasile ha di recente emanato una “Costituzione per Internet”<sup>7</sup> tesa a garantire il massimo livello di protezione dei diritti della persona in ambiente virtuale. In Italia, la Camera dei deputati ha promosso un gruppo di lavoro di alto livello che ha adottato, il 28 luglio 2015, la “Dichiarazione dei diritti in Internet”, purtroppo di portata meramente dichiarativa, che solo in prospettiva futura potrebbe assumere “dignità normativa”<sup>8</sup>. Altri ancora, infine, in mancanza di regole efficaci, hanno introdotto nuovi reati tipizzati e applicabili al mondo digitale<sup>9</sup>.

Si tratta purtroppo di armi spuntate che aspirano, con enormi difficoltà, a riempire un vuoto normativo riconosciuto e temuto dagli stessi fornitori di servizi e di contenuti *online*, quali ad esempio Facebook, Instagram, Google ecc., che di propria iniziativa hanno assunto il ruolo di vigilanti dei contenuti da loro stessi immessi in rete, provvedendone al ritiro, se giudicati inopportuni, sulla base di attività – discrezionali – di indagine e di controllo interne<sup>10</sup>.

Non è più irragionevole, quindi, sulla scorta di queste brevi considerazioni, as-

---

*ve forme di abuso riscontrabili nel mutato contesto tecnologico globale, su cui il giurista è chiamato ad intervenire, per evitare una compromissione radicale dei diritti fondamentali e dell'ordinamento democratico in aree crescenti dell'attuale realtà sociale».*

<sup>5</sup> Raccomandazione CM/Rec(2014) 6 del 16 aprile 2014.

<sup>6</sup> *International Covenant on Civil and Political Rights*, New York, 16 dicembre 1966.

<sup>7</sup> Cfr. *Lei do Marco Civil da Internet no Brasil*, n. 12.965 del 23 aprile 2014, <http://cgi.br/pagina/lei-do-marco-civil-da-internet-no-brasil/177>. Per una traduzione in italiano e, più in generale, per una storia completa del percorso legislativo brasiliano si veda L. Abba, L. Lazzaroni, *Internet Governance: il modello del Brasile*, EAI-Edizioni Accademiche italiane.

<sup>8</sup> Camera dei Deputati, XVII Legislatura – Commissione per i diritti e i doveri relativi ad Internet ([http://www.camera.it/leg17/995?sezione=documenti&tipoDoc=assemblea\\_allegato\\_odg&idlegislatura=17&anno=2015&mese=11&giorno=03](http://www.camera.it/leg17/995?sezione=documenti&tipoDoc=assemblea_allegato_odg&idlegislatura=17&anno=2015&mese=11&giorno=03)).

<sup>9</sup> Si pensi al caso americano del c.d. “*revenge porn*” che ha il suo corrispondente in Italia nel reato di diffusione di immagini e video pornografici. Per un approfondimento più generale sui c.d. “*computer crimes*” si suggerisce il testo di N. Sbordoni, *Web, libertà e diritto*, ed. Ist. Poligrafico dello Stato, 2014.

<sup>10</sup> Nel corso del tempo la considerazione che lo spazio virtuale fosse slegato da ogni forma di regolamentazione o controllo è via via sempre più cresciuta, dando origine a diverse espressioni come «nuovo wild west» (J.B. Imbert) o «nuovo continente» (A. Engel-Flechisig). Proprio in virtù di tale consapevolezza, «*da qualche tempo, gli stessi c.d. “colossi del web”, superato l'iniziale rifiuto di qualsiasi forma di coinvolgimento o di responsabilizzazione rispetto all'utilizzo dei loro servizi da parte degli utenti, hanno iniziato a valutare la possibilità di attivare forme di controllo, affidate ora a filtri automatici, ora alle segnalazioni degli utenti, con l'ausilio di appositi nuclei di “giornalisti – sentinella” o di soggetti esterni specializzati nell'attività di “fact checking”*» (M. Cuniberti, *Il contrasto alla disinformazione in rete tra logiche del mercato e (vecchie e nuove) velleità di controllo*, in *Rivista di diritto dei media*, 28 luglio 2017).

sistere ai molteplici dibattiti sull'opportunità e la convenienza di "costituzionalizzare" un vero e proprio "diritto alla Rete" (o "diritto a Internet") negli ordinamenti legislativi nazionali.

Non si tratta di un'operazione di facciata, ma di una discussione, ormai matura, che si sta ponendo con forza in ogni ordinamento democratico, in linea con le intenzioni dell'Unione europea a sostegno del riconoscimento dell'accesso a Internet come diritto fondamentale ed essenziale della persona e, quindi, meritevole della stessa tutela e protezione riservata ad ogni altro diritto e libertà costituzionalmente garantiti<sup>11</sup>.

La portata innovatrice di Internet ha anche introdotto alcune nuove forme di discriminazione.

Il vantaggio di un mondo connesso, in termini di vero e proprio "diritto di cittadinanza", non è aperto a tutti. Permangono porzioni di territorio e strati della popolazione dove, per diverse e variegate ragioni storiche, culturali e ambientali, la rete non raggiunge l'utente finale, determinando inevitabilmente discriminazioni e fenomeni di emarginazione economica e sociale.

Le carenze infrastrutturali, come sempre accaduto nella storia, creano innanzitutto divari economici, cui seguono inevitabili conseguenze sul piano sociale e culturale. Nel caso della rete, il divario digitale produce immediatamente discriminazioni sociali e culturali, perché limita la libertà di pensiero e di espressione, la condivisione delle informazioni e lo scambio culturale<sup>12</sup>.

È utile richiamare in proposito la dichiarazione della *World Commission on Environment and Development* che, pur datata (1987), esprime ancora tutta la sua forza e la sua profondità concettuale: «L'umanità ha la possibilità di rendere sostenibile lo sviluppo, cioè di far sì che esso soddisfi i bisogni dell'attuale generazione senza compromettere la capacità di quelle future di rispondere ai loro»<sup>13</sup>.

Lo sviluppo della rete assume, quindi, connotati di "sostenibilità", oltre che eco-

---

<sup>11</sup> Come sostenuto da Stefano Rodotà, l'importanza della neutralità della Rete è riferimento indispensabile per garantire l'eguaglianza e la "generatività" della Rete stessa, cioè la sua capacità di innovazione, altrimenti sequestrata dai soggetti maggiori con evidenti distorsioni delle stesse dinamiche economiche. Per i fautori di una regolamentazione, ancora, «la soluzione non è una Rete sregolata, ma regolata da leggi che tengano conto dell'impatto di una tecnologia in continua evoluzione sulla società. Il mercato va mantenuto aperto e competitivo. Solo così possiamo assicurarci che la tecnologia non diventi uno strumento per mettere a rischio e minare i fondamenti sociali e democratici che le leggi stesse dovrebbero tutelare. La "libertà selvaggia" è un'illusione. Perché internet rimanga davvero aperto e consenta la concorrenza è necessaria un'azione dei governi» (cfr. *Repubblica.it* del 18 gennaio 2015, *I frutti del web sono di tutti, ma ci vogliono nuove regole*, di Francesca De Benedetti).

<sup>12</sup> Si veda, a tal proposito, M. Ragnedda, G.W. Muschert, *The Digital Divide: The Internet and Social Inequality in International Perspective*, Routledge, 2013; M. Ragnedda, *The Third Digital Divide: A Weberian Approach to Digital Inequalities*, Routledge, 2017.

<sup>13</sup> *United Nations, Report of the World Commission on Environment and Development "Our Common Future"*, 1987.

nomica, anche sociale, la cui realizzazione è questione assai complessa e ci porta a introdurre il tema della convivenza e complementarietà delle diverse politiche industriali capaci di coniugare investimenti, integrazione culturale dei cittadini, pluralismo dell'informazione e libertà di opinioni.

Il bilanciamento tra l'interesse privato delle compagnie di telecomunicazioni ad investire per l'ammodernamento delle infrastrutture (spesso non giustificato da adeguati ritorni economici in termini di redditività, come accade ad esempio nelle zone scarsamente abitate), e l'interesse pubblico di garantire il diritto di conoscenza di ciascun cittadino, realizzato grazie all'accesso alla rete, richiede l'adozione di soluzioni politiche e regolatorie complesse e diversificate.

Il caso italiano è emblematico. Nel contesto del più ampio quadro istituzionale e normativo europeo introdotto dall'"Agenda 2020"<sup>14</sup>, il Governo italiano, dopo aver censito oltre 90.000 aree geografiche, ha stanziato cospicui fondi per accelerare lo sviluppo della rete ultraveloce nelle c.d. aree bianche e grigie, ovvero porzioni di territorio per nulla o scarsamente servite, anche in prospettiva, da tale infrastruttura.

Il rationale economico sotteso ai piani governativi è che, nelle aree dove esiste una concorrenza pienamente sviluppata, è molto probabile che il mercato provvederà spontaneamente all'*upgrade* delle reti. Diversamente, là dove è poco o per nulla probabile che operatori privati investano in infrastrutture di rete (poiché non conveniente economicamente), si rende indispensabile il supporto economico pubblico, beninteso nel rispetto della normativa europea in materia di aiuti di stato.

Anche qui, come nel caso precedente, le regole sono lo strumento per consolidare soluzioni equilibrate e sostenibili che, nel rispetto del diritto della concorrenza, siano, da un lato, di incentivo agli investimenti privati e, dall'altro, garantiscano che l'intervento pubblico non crei distorsioni del mercato.

Tutto ciò introduce il tema della competizione nel mercato dei servizi e delle reti di telecomunicazione, un *asset*, quest'ultimo, difficilmente duplicabile e spesso collocato all'interno di operatori verticalmente integrati<sup>15</sup>, il cui utilizzo necessita di un'attenta supervisione e di un paziente "accompagnamento" da parte di soggetti terzi e indipendenti, allo scopo di evitare distorsioni della concorrenza e tutelare gli interessi dei consumatori. Di questo (insieme a molto altro) si preoccupano le Autorità nazionali di regolamentazione (in Italia l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni – AGCom)<sup>16</sup>, insieme alle Autorità nazionali antitrust (in Italia l'Au-

---

<sup>14</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni del 19 maggio 2010, intitolata «Un'agenda digitale europea», COM(2010) 245 def.

<sup>15</sup> Sono "verticalmente integrati" gli operatori abilitati sia alla gestione della rete che alla fornitura di servizi su di essa veicolati. Sul rapporto tra integrazione verticale e regolamentazione si rinvia ai paragrafi successivi del presente Capitolo.

<sup>16</sup> Istituita con la L. 31 luglio 1997, n. 249 recante "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo", in *GU* n. 177 del 31 luglio 1997 – Suppl. Ordinario n. 154.

torità Garante della Concorrenza e del Mercato – AGCM)<sup>17</sup>, di cui ampiamente si parlerà in prosieguo.

Un terzo problema, strettamente connesso al crescente utilizzo della rete e di Internet, è rappresentato dall'esplosione della domanda di connettività proveniente dagli utenti finali ma anche, e soprattutto, dai generatori di contenuti e di servizi che, per poter dispiegare tutta la propria potenzialità, richiedono infrastrutture sempre più performanti e capaci di supportarne adeguatamente la fornitura sotto il profilo tecnologico e diffusivo.

L'attuale modello economico/industriale di sviluppo di Internet e la sua travolgente crescita di utilizzo patiscono, infatti, un forte limite proprio in considerazione dell'aumento esponenziale del traffico dati che viaggia sulle reti, ben superiore al tasso di crescita, di sviluppo e di ammodernamento di queste ultime.

Protagonisti di questa nuova “primavera” di Internet, ma non della rete, sono i c.d. “*Over the top*” (OTT), nuovi attori del mercato che agiscono, appunto, “sopra la rete” e che, proprio per questo, ne pregiudicano la sostenibilità economica<sup>18</sup>.

YouTube, Apple, Google o Facebook forniscono servizi che viaggiano sulla rete in condizioni sempre più autonome e indipendenti rispetto ai *provider* di connettività, operando al di fuori delle regole di settore, che non trovano applicazione nei loro confronti perché nate antecedentemente al loro ingresso sul mercato, distribuendo contenuti editoriali prodotti da terzi e, come se non bastasse, spesso eludendo ogni imposizione fiscale, sfruttando le dimensioni “globali” del proprio *business*<sup>19</sup>.

Gli *Over the top* sono diventati veri e propri *gatekeeper* della rete senza il benché minimo apporto investitorio su di essa, richiamando perciò gli strali degli operatori di reti di telecomunicazioni, che invocano con insistenza la loro partecipazione agli investimenti nello sviluppo e nella manutenzione delle infrastrutture, così come l'estensione agli OTT del quadro normativo e regolamentare a loro stessi applicabile.

Quest'ultimo aspetto ha però ravvivato il dibattito su scala mondiale del tema della “inviolabilità” di Internet, per garantire la quale è stato invocato il requisito indispensabile della libertà di parola e di circolazione dei contenuti in un ambiente privo di regole e, proprio per questo, per definizione, “libero” e “democratico”.

---

<sup>17</sup> Istituita con la L. 10 ottobre 1990, n. 287 recante “Norme per la tutela della concorrenza e del mercato”, in *GU* n. 240 del 13 ottobre 1990.

<sup>18</sup> Si veda, tra i molti contributi al dibattito, F. Barca, G. Berni, F. Burichetti, C. Murroni, L. Principali, *I nuovi attori “sopra la rete” e la sostenibilità della filiera di internet*, contenuto all'interno del XIV Rapporto Iem – Fondazione Rosselli, 2012.

<sup>19</sup> Tra i molti contributi sul tema si veda, in particolare, A. Renda, *Google il conquistatore. Note sull'istruttoria della Commissione europea*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2/2012, pp. 273-29; C. Scaglioni, *La fiscalità delle “multinazionali digitali”: il caso italiano*, in *Rivista di diritto tributario internazionale*, 2013, fasc. 2, pp. 231-250.

Ancora una volta le regole sono invocate da sostenitori e detrattori, per giustificare l'una o l'altra rivendicazione<sup>20</sup>.

Tra questi ultimi, alcuni sostengono che *«una regolamentazione intergovernativa della Rete aprirebbe la strada alla possibilità di inaccettabili censure di natura politica alla piattaforma web, a detrimento dei diritti e dei principi fondamentali sanciti in sede Onu»*<sup>21</sup>.

Il dibattito si sta sviluppando giorno dopo giorno, rendendo ormai improcrastinabile la definizione di nuove regole del gioco, ovvero di più moderne e adeguate forme di regolazione responsabile e consapevole, per garantire e sostenere uno sviluppo della rete il più possibile condiviso<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Riprendendo le considerazioni espresse nella precedente nota 10, in assenza di regole comuni e definite anche per i nuovi protagonisti dell'economia digitale, la domanda che il diritto si pone è se sia applicabile una forma di responsabilità ai prestatori di servizi web per tutto ciò che accade nello spazio virtuale e, quindi, seppur indirettamente, sorvegliare (e, se del caso, reprimere) le informazioni pubblicate dagli utenti. Il tema della responsabilità degli intermediari digitali per i contenuti che gli utenti veicolano tramite essi, specie con l'avvento dei *social network*, rappresenta uno scenario complesso e dibattuto. L'attuale regime di responsabilità relativo ai prestatori intermedi di servizi, definito dalla Direttiva 2000/31 sul commercio elettronico (recepita in Italia con il D.Lgs. n. 70/2003), è stato messo oggi fortemente in discussione, essendo concepito in un'epoca in cui le piattaforme online non presentavano le caratteristiche e la portata che hanno oggi. Se, da un lato, tali regole hanno creato un ambiente tecnologicamente neutro che ha sensibilmente agevolato il loro sviluppo, dall'altro le piattaforme *online* hanno permesso a miliardi di contenuti di viaggiare in rete senza la minima sorveglianza o divieto in ordine al loro contenuto, anche illegale, riconoscendo una responsabilità in capo agli intermediari solo a condizione che questi siano a conoscenza del carattere illecito dei contenuti caricati sul web dagli utenti.

<sup>21</sup> *La Stampa* del 20 ottobre 2012, editoriale congiunto degli allora ministri degli Esteri Giulio Terzi e quello dello Sviluppo economico Corrado Passera, in risposta all'appello lanciato due giorni prima sul quotidiano di Torino dal titolo «La rete deve restare libera» – di Juan Carlos De Martin, Alberto Oddenino e Stefano Rodotà.

<sup>22</sup> Utile l'analisi di G. Bellantuono sull'argomento: *«La crescita delle istituzioni regolatrici e lo sviluppo delle tecniche di regolazione negli ultimi decenni appaiono incompatibili con l'idea che il rafforzamento dei mercati porti con sé l'indebolimento dello Stato e la riduzione delle regole. In una prospettiva storica di lungo periodo, è possibile rilevare un fenomeno diametralmente opposto: più lo Stato abbandona il ruolo di gestore diretto di attività economiche e si trasforma in regolatore delle stesse, più aumentano i suoi compiti ed i suoi poteri sotto il profilo dell'emanazione e applicazione di regole. Questa correlazione è considerata una conseguenza diretta dell'interdipendenza fra Stato e mercato. La regolazione permette l'esistenza ed il funzionamento del sistema economico. A sua volta, quest'ultimo si organizza con modalità che richiedono nuovi interventi statali. Ad esempio, la crescita dimensionale dei gruppi societari nella prima metà del Novecento è resa possibile dalla regolazione dei mercati finanziari. Nello stesso tempo, però, i grandi agglomerati industrial-finanziari diventano i destinatari di regole che difficilmente sarebbe possibile far rispettare da migliaia di piccole imprese. Inoltre, i grandi gruppi assumono su di sé una parte dei compiti di regolazione imponendo, attraverso associazioni di categoria, il rispetto di determinati standard di comportamento alle piccole imprese. Infine, i compiti di regolazione aumentano non solo verso l'esterno, ma anche verso l'interno: lo Stato deve regolare se*

Quello delle regole sembra perciò essere lo snodo attorno al quale ruota l'intero mercato mondiale delle telecomunicazioni e di Internet, tra diritti dei consumatori e obblighi degli operatori, politiche pubbliche industriali e piani di investimento privati, rivendicazioni di maggiore autonomia nazionale e esigenze di armonizzazione europea e internazionale.

Sosteneva in proposito M. Kranzberg: «*La tecnologia in sé non è né buona né cattiva, eppure non è neutrale*»<sup>23</sup> e per questo, aggiungiamo, richiede di essere regolata, perché è proprio l'assenza di regole che pregiudica la libertà<sup>24</sup>.

Ma quali sono le regole? Come funzionano? Chi decide e cosa? A chi si applicano?

Sono solo alcune delle domande a cui questo lavoro tenterà di dare una risposta, che sia rigorosa sotto il profilo delle fonti del diritto e delle norme di riferimento, ma anche comprensibile ai più e ai non addetti ai lavori, confidando che nel creare consapevolezza e conoscenza si possa fornire un contributo, pur minimo, ad un sano ed equilibrato dibattito sull'evoluzione del quadro regolamentare di riferimento, ormai obsoleto e frusto per stare al passo con i mutamenti tecnologici e di mercato sopra descritti.

## 1.2. Cornice storico-istituzionale

Il mercato delle reti e dei servizi di comunicazioni elettroniche rappresenta uno dei settori economici più attivi e in progressiva espansione a livello planetario, grazie non solo al dirompente sviluppo tecnologico che lo caratterizza, ma anche e soprattutto all'apertura alla concorrenza, che ci consegna oggi un mercato ampiamente competitivo e, con riferimento al contesto europeo, tra i più regolati.

I servizi offerti all'interno di questo mercato rientrano a pieno titolo nei c.d. "servizi a rete", caratterizzati dal fatto che la propria esistenza è legata indissolubilmente ad un'infrastruttura, indispensabile per poter realizzarne la distribuzione e la fornitura (si pensi ad esempio ai binari del treno, ai cavi elettrici o, appunto, ai

---

*stesso in modo trasparente per rendere credibile e legittimo l'esercizio dei suoi poteri nei confronti del sistema economico. Di qui la nascita di nuove istituzioni, procedure e tecniche di controllo. La definizione di «capitalismo regolatore» cattura in modo sintetico questa evoluzione, che abbraccia l'arco di oltre due secoli: se i mercati si rafforzano, lo stesso accade per le strutture statali».* (G. Bellantuono, *Liberalizzazioni e regolazione: appunti per un approccio interdisciplinare*, in *Politica del diritto, Rivista trimestrale di cultura giuridica*, 4/2007).

<sup>23</sup> Così M. Kranzberg, *Technology and History: 'Kranzberg's Laws*, in *Technology and Culture*, vol. 27, no. 3, 1986, pp. 544–560.

<sup>24</sup> «*A questo servono le regole, non a limitare le nostre libertà ma a garantirle e tutelarle*». Così A. Preto in occasione dell'intervento al Premio "Nostalgia di futuro", in ricordo di Giovanni Giovannini (24 ottobre 2013).

cavi, al rame, alla fibra, agli apparati ecc. che costituiscono le infrastrutture di accesso e di trasporto della rete telefonica).

La caratteristica economico/industriale tipica dei servizi a rete è quella del monopolio naturale<sup>25</sup> rappresentato da un'unica infrastruttura nazionale che, se da un lato presuppone alti costi fissi di realizzazione e manutenzione, dall'altra garantisce al proprietario un *asset* formidabile e, spesso, unico per fornire servizi al dettaglio. Essa rappresenta quindi una barriera all'ingresso quasi sempre insuperabile per i concorrenti, rendendo economicamente pregiudizievole l'entrata nel mercato di nuovi attori.

È determinante, quindi, sotto il profilo del successo economico e di mercato del *business* di riferimento, gestire il controllo dell'infrastruttura.

Per questa principale ragione, la fornitura dei servizi e delle reti di telecomunicazioni nasce, nei primi decenni del secolo scorso e in tutti i Paesi industrializzati, "protetta" dal monopolio legale di Stato. All'unico gestore prescelto sono attribuiti *ex lege* diritti speciali ed esclusivi per la fornitura al dettaglio dei servizi e per la gestione e lo sviluppo della rete di accesso e di trasporto, attraverso lo strumento giuridico/amministrativo della concessione pubblica<sup>26</sup>.

La *ratio* sottesa è quella di creare una rete capace di svilupparsi capillarmente sull'intero territorio nazionale, per realizzare innanzitutto la soddisfazione della domanda di servizi ad un prezzo ragionevole e la fornitura dei servizi essenziali

<sup>25</sup> Utile lettura, in proposito, G. Cervigni, M. D'Antoni, *Monopolio naturale, concorrenza, regolamentazione*, Carocci, 2001.

<sup>26</sup> Nel caso specifico italiano, utile richiamare le riflessioni di F. Satta, di aiuto per inquadrare storicamente l'evoluzione del monopolio nell'economia nel nostro Paese: «*Il sistema si fondava sugli artt. 41 e 43 della Costituzione. Il primo diceva e dice che l'iniziativa economica privata è libera, ma che "la legge determina i programmi ed i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali". L'art. 43 riservava allo Stato o consentiva che gli venissero trasferite coattivamente "imprese che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale". Era la norma sul cui fondamento nel 1962 si era proceduto alla nazionalizzazione dell'energia elettrica ed alla costituzione dell'ENEL. In palese contrasto con il Trattato UE, l'art. 43 deve oggi essere considerato tamquam non esset e quindi "disapplicato". Si può così ben dire che, quando nel 1990, in attuazione del Trattato di Roma del 1957, venne finalmente approvata la legge che istituiva l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, le parole "mercato", "concorrenza" erano poco più che concetti a cavallo tra il diritto e l'economia, un po' economici ed un po' giuridici, di cui ai non economisti non era ben chiara la natura. Si capisce bene perché. La storia del nostro diritto si era svolta tra i due poli, il primo, antichissimo, del diritto privato, il secondo, molto più recente, del diritto pubblico. I punti di riferimento del giurista erano chiarissimi: l'interesse del privato, del singolo nelle sue varie forme da una parte; l'interesse dello Stato e della pubblica amministrazione dall'altro. Su queste due categorie si erano costruiti i sistemi ed in particolare quello della prevalenza del diritto pubblico sul diritto privato». Così F. Satta, *Le politiche di regolazione tra potere di mercato e tutela della concorrenza*, in *Economia dei Servizi, Mercati, Istituzioni, Management*, 3/2010, pp. 371-372.*

(che presto assumeranno la connotazione di servizio universale), ma anche, grazie alla riserva legale, realizzare un rapido sviluppo del mercato, con conseguente creazione di ricchezza per l'intera nazione.

Un progetto così ambizioso non poteva trovare disponibilità finanziarie adeguate nei capitali privati. Solo la proprietà pubblica e la contestuale attribuzione della riserva di legge avrebbero reso possibile la realizzazione di una rete diffusa ed efficiente, capace, insieme al contestuale intervento pubblico nella determinazione delle relative tariffe, di assicurare la fornitura di servizi a prezzi ragionevoli per tutti gli utenti.

Il controllo pubblico delle aziende fornitrici di servizi di comunicazioni elettroniche ha iniziato a subire i primi scossoni, in Europa, a partire dagli anni '80 del secolo scorso. In alcuni Stati dell'allora Comunità europea, primo tra tutti il Regno Unito, sono stati avviati processi diffusi di privatizzazioni che in alcuni casi, come quello, appunto, britannico, ma anche della Spagna e dell'Italia, si sono conclusi con la completa devoluzione al mercato delle partecipazioni societarie pubbliche, mentre in altri casi, come ad esempio quello della Germania e della Francia, la proprietà azionaria di maggioranza, anche se in alcuni casi relativa, è rimasta e rimane tuttora saldamente in mano pubblica<sup>27</sup>.

In parallelo, sempre a partire dagli anni '80 del secolo scorso, si è assistito ad un rapido sviluppo tecnologico dei settori della realizzazione di reti, apparati e terminali di telecomunicazioni e delle tecniche di trasmissione del segnale telefonico, che hanno stimolato la crescita della domanda di nuovi prodotti e nuovi servizi di Tlc.

Per dare una risposta a queste nuove sfide, l'Unione europea, ispirandosi agli indirizzi economici di tipo liberista dominanti negli Stati Uniti e in Gran Bretagna, avviò in quegli anni un lento ma inesorabile processo di liberalizzazione del mercato che portò, alla fine degli anni '90, alla completa abolizione delle riserve di legge e quindi dei monopoli legali, dando vita ad uno dei mercati oggi tra i più competitivi al mondo, sia nel settore delle comunicazioni fisse che in quello delle comunicazioni mobili.

Questo ambizioso risultato è stato raggiunto grazie alle decennali politiche comunitarie sviluppate in questo contesto (industria, telecomunicazioni, audiovisivo, ricerca e sviluppo, concorrenza, consumatori, ecc.), che hanno affrontato la sfida in modo organico e sistematico sotto il profilo normativo e regolamentare, promuovendo, da un lato, un percorso di liberalizzazione in più tappe, con lo scopo di favorire l'ingresso nel mercato di nuovi operatori e, dall'altro, puntuali interventi di armonizzazione delle regole, per operare il necessario riavvicinamento delle diverse legislazioni nazionali di riferimento.

Alla base di questi interventi era la convinzione che il mantenimento di un regime di monopolio avrebbe rischiato di rappresentare un serio ostacolo alla crescita del settore. Un mercato pienamente liberalizzato e aperto alla concorrenza avrebbe,

---

<sup>27</sup> Interessante lettura sui temi in discorso in E. Reviglio, *Privatizzazioni e sistemi della proprietà in Europa*, Aspen, 13 giugno 2006.

invece, prodotto la riduzione dei prezzi dei servizi e il miglioramento della loro qualità prestazionale, stimolando al contempo nuova domanda e producendo così nuova ricchezza, che avrebbe a sua volta contribuito ad accrescere gli investimenti in nuove infrastrutture e a migliorare l'efficienza di quelle esistenti, incentivando di conseguenza investimenti in ricerca e sviluppo e dando così vita ad un circolo virtuoso di crescita del settore.

In termini generali l'esigenza del superamento della fornitura di servizi in regime di monopolio pubblico, non necessariamente coincide con la dismissione, da parte dello Stato, delle sue imprese, a favore dei soggetti privati<sup>28</sup>.

Nel panorama delle fonti europee, infatti, la proprietà pubblica può convivere con un mercato liberalizzato, purché venga assicurata una leale concorrenza e l'assenza di qualsivoglia forma di discriminazione nei confronti di realtà economiche distinte da quelle statali e men che meno un qualsiasi indebito vantaggio a discapito di queste ultime. Ad una prima lettura dell'odierno art. 345 TFUE, ove i costituenti sancirono che «*i trattati lasciano impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri*», si potrebbe ricavare un certo disinteresse, da parte dell'Unione, nei riguardi del tema della proprietà. In realtà, la disposizione in esame fu pensata per offrire la possibilità agli Stati di procedere con la nazionalizzazione delle imprese di specifico interesse, creando così monopoli nazionali per assicurare la fornitura dei servizi pubblici di interesse generale, la quale cosa però, come vedremo diffusamente in seguito, «*non esime dalla sottoposizione alle norme di concorrenza i comportamenti [...] adottati dalle imprese monopolistiche nell'ambito della propria attività*»<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Si veda, in proposito, l'interessante contributo di P. Ranci utile a specificare i termini della discussione: «*Liberalizzazione e privatizzazione, che sono cose diverse, hanno marciato assieme. Per privatizzare occorre liberalizzare: trasferire un monopolio pubblico a un privato è sempre un'operazione da evitare. Per liberalizzare non è necessario privatizzare. Tra le imprese in concorrenza potranno anche restarne alcune a proprietà pubblica: basterà che non godano di posizioni di favore, che non possano distorcere il gioco concorrenziale. Ma la liberalizzazione fa spazio a soggetti nuovi che naturalmente saranno privati e non pubblici: una liberalizzazione tende sempre di fatto a ridurre il controllo statale del sistema*» (P. Ranci, *Concorrenza e liberalizzazione: il caso dei servizi energetici a rete*, pubblicato su Astrid – Sviluppo o declino. *Il ruolo delle istituzioni per la competitività del Paese*, a cura di L. Torchia e F. Bassanini, Passigli editore, Firenze, 2005).

<sup>29</sup> Si veda, sul punto, L. Nivarra, *La proprietà europea tra controriforma e rivoluzione passiva*, in *Europa e diritto privato*, fasc. 3/201. Di interesse giurisprudenziale in tale materia si veda la sentenza della Corte di Giustizia del 20 marzo 1985, causa 41/83, Repubblica italiana c. Commissione delle Comunità europee, in *Racc.*, 1985, 1-873 e, in particolare, il p. 48 della sentenza ove la Corte afferma, nel caso da essa esaminato, che, seppur la cooperazione internazionale e il rispetto degli impegni internazionali, da parte di British Telecom, sono da considerarsi elementi essenziali nella prestazione efficace di servizi internazionali di comunicazione «*tale cooperazione non potrebbe tuttavia autorizzare una violazione delle norme sulla concorrenza del trattato*». Approfondimento del caso in argomento in G. Napolitano, *Diritto comunitario e diritto internazionale nel caso British Telecommunications*, in *Riv. dir. internazionale*, 1987.

Ma non è tutto. Un ruolo determinante per l'avvio delle privatizzazioni e delle liberalizzazioni europee fu giocato dalle pressioni americane esercitate sulla Commissione europea, anche attraverso la *longa manus* della Gran Bretagna, dove già nel 1982 British Telecom affrontava la concorrenza dell'Operatore alternativo Mercury. Entrambi i Paesi erano portatori dello stesso interesse: quello di privatizzare e liberalizzare i grandi mercati dei servizi a rete in mano agli Stati membri della Comunità europea in modo da poter così estendere e rafforzare i propri interessi industriali, finanziari ed economici nel vecchio continente.

Furono quindi aboliti i diritti speciali ed esclusivi concernenti i servizi e le reti di telecomunicazioni (e dunque le leggi di riserva esistenti); gli atti concessori furono sostituiti da licenze, prima, e autorizzazioni generali, poi, non più discrezionali; le funzioni di regolazione furono affidate a organismi nazionali indipendenti dagli operatori di settore (le già citate Autorità Nazionali di Regolamentazione – ANR) con il compito, altresì, di vigilare sulla fornitura dei servizi essenziali. Questi interventi hanno avuto un impatto formidabile sulla disciplina del settore<sup>30</sup> e sul suo sviluppo industriale e di mercato.

La completa abolizione dei diritti speciali ed esclusivi in Europa nel mercato delle comunicazioni elettroniche, a partire dal 1° gennaio 1998, ha avuto l'effetto di creare, a cavallo della fine del secondo millennio, centinaia di operatori c.d. alternativi agli ex monopolisti, questi ultimi definiti, da allora, operatori “*incumbent*”, complici anche le opportunità offerte dallo sviluppo impetuoso del mercato digitale di quegli anni.

Ma per consentire a questa moltitudine di nuovi attori di competere ad armi pari in un mercato che fino ad allora era stato appannaggio di un unico operatore e che continuava a basarsi sulla rete di accesso e di trasporto di quello stesso operatore, bisognava costruire un sistema di regole capace di proteggere i nuovi entrati da probabili utilizzi anti-competitivi della rete, creando e sostenendo, così, condizioni durature di concorrenza effettiva.

E così è stato: di pari passo con la liberalizzazione del mercato, attraverso la progressiva abolizione dei diritti di esclusiva, si è venuto creando un articolato e complesso *corpus* normativo e regolamentare di derivazione europea che, imponendo *ex ante* al proprietario della rete una serie di misure asimmetriche, “aprirebbe” la rete dell'*incumbent* ai nuovi entranti. Le prime direttive europee in tal senso risalgono all'inizio degli anni '90 del secolo scorso e prendono, appunto, il nome di “*Open Network Provision*” (vedi *infra*)<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> M. Orofino, *Un caso concreto di governance multilevel*, Centro Studi Federalismo, 2007.

<sup>31</sup> Con le direttive ONP, il legislatore comunitario ha definito specifiche condizioni di accesso e di utilizzo delle reti pubbliche di telecomunicazione. Giovano, sul punto, le osservazioni di G. De Minico: «[...] il rapporto tra l'*incumbent* e i neo-competitori ricorda le relazioni obbligatorie a senso unico. Per cui il primo, in quanto obbligato a prestare il consenso, dovrà concludere con-

In parallelo con la liberalizzazione del mercato, l'Unione europea ha intrapreso, quindi, un processo di armonizzazione delle legislazioni nazionali, tuttora in corso di realizzazione e perfezionamento, costruendo negli anni la cornice normativa e regolamentare di riferimento per realizzare il mercato unico europeo delle comunicazioni elettroniche.

Un processo di riavvicinamento delle legislazioni nazionali, passaggio obbligato per rendere quanto più omogenee le regole nel mercato europeo, che è stato operato attraverso l'utilizzo dello strumento normativo delle "Direttive", atti legislativi che stabiliscono un obiettivo che tutti i Paesi dell'Unione europea devono realizzare, lasciando però agli Stati membri, tenuti al loro recepimento negli ordinamenti nazionali, la necessaria discrezionalità circa le modalità con le quali dare attuazione alle prescrizioni ivi contenute e ottenere i risultati richiesti.

Pur salvaguardando in tal modo le peculiarità del quadro economico/istituzionale di ciascuno Stato membro, gli interventi di armonizzazione (nel mercato delle comunicazioni elettroniche così come in tutti gli altri mercati oggetto di simili processi) hanno consentito di ridurre al minimo le differenze di natura normativa, regolamentare e amministrativa esistenti tra i diversi Paesi dell'Unione che, in caso contrario, avrebbero rappresentato un ostacolo insormontabile alla realizzazione della libera circolazione dei prodotti e dei servizi di comunicazione elettronica all'interno dell'Unione europea.

Il rischio di far entrare nel mercato nuovi concorrenti in luogo dell'unico gestore della rete era quello di lasciare ad essi la libertà di posizionarsi soltanto sui segmenti più remunerativi (la raccolta del traffico telefonico nelle zone geografiche densamente abitate, tipicamente le città), lasciando le attività meno redditizie all'*incumbent* (pratica commerciale c.d. "*cherry picking*"), che ne avrebbe risentito in termini di minori ricavi, rimanendo però vincolato a fornire il servizio telefonico a tutti gli utenti indistintamente, inclusi quelli meno o per niente redditizi (case di campagna, luoghi remoti in genere, ecc.).

La garanzia di fornitura del servizio di comunicazione elettronica nelle aree meno profittevoli è stata risolta con un insieme di regole, sempre di derivazione eu-

---

*tratti di uso della sua struttura aziendale a favore dei neocompetitori alle medesime condizioni riservate alle proprie divisioni commerciali; i secondi, invece, creditori del consenso, potranno chiedere la conclusione dei contratti in oggetto. Il principio di uguaglianza sostanziale in tema di libertà economiche ha azzerato lo spazio dell'autonomia negoziale nel binomio obbligo legale a contrarre/dovere di non discriminazione: l'imprenditore infatti non decide più se condividere o meno i suoi impianti con il concorrente, ma si attiene a quanto impostogli dalla norma asimmetrica. Ne consegue che il contratto tra l'incumbent e il neo competitore è la fase terminale di una vertenza tra le contrapposte parti sociali che si è trasferita a livello di decisione politica e si è risolta nell'incondizionata fiducia nella capacità redistributiva della norma asimmetrica». G. De Minico, *Le direttive CE sulle comunicazioni elettroniche dal 2002 alla revisione del 2006. Un punto fermo?*, in P. Costanzo, G. De Mincio, R. Zaccaria, *I tre codici della Società dell'informazione*, Giapichelli, 2006.*

ropea, che imponevano di fatto all'*incumbent* di fornire un *set* predefinito di servizi di base a prezzi ragionevoli a tutta la popolazione (c.d. obbligo di servizio universale), introducendo tuttavia un meccanismo di ripartizione dei maggiori costi sostenuti, tra tutti i diversi operatori che avrebbero contribuito in proporzione al fatturato di ciascuno di essi<sup>32</sup>.

Va segnalato inoltre che ragioni storiche di politica economica e sociale avevano nel tempo condotto all'adozione di disposizioni di legge che obbligavano l'operatore monopolista, in cambio della riserva legale, a praticare tariffe "calmierate" e "sotto costo" per alcuni servizi di base (quale ad esempio le chiamate telefoniche distrettuali/locali). L'operatore recuperava i maggiori costi sostenuti, mantenendo artificialmente molto elevate le tariffe degli altri servizi offerti, quali ad esempio le chiamate inter-distrettuali e internazionali.

Questo obbligo, una volta aperto il settore alla concorrenza, apparve ai più divenuto non solo ingiustificato e ormai privo di base giuridica, ma addirittura ostativo di un regolare dispiegarsi della concorrenza, impedendo esso stesso di fatto agli operatori alternativi di praticare offerte concorrenziali sostenibili su quel mercato.

Per il tramite di una serie di procedure di infrazione avviate dalla Commissione europea ai sensi dell'art. 226 del Trattato CE nei confronti di vari Stati membri, tra cui l'Italia<sup>33</sup>, fu quindi imposto agli *incumbent* europei che si trovavano nelle stesse citate condizioni, di aumentare i prezzi al dettaglio delle telefonate locali e del canone di abbonamento e procedere ad una corrispondente riduzione dei prezzi degli altri servizi (c.d. "ribilanciamento tariffario").

Paradossalmente, quindi, il primo vero e concreto effetto della liberalizzazione del mercato europeo delle comunicazioni elettroniche fu proprio l'aumento dei prezzi per i servizi delle chiamate locali e dell'accesso alla rete degli utenti finali, utilizzati indistintamente e diffusamente da tutti i fruitori.

Ovviamente, come noto, a questo primo effetto negativo per gli interessi economici dei consumatori europei, seguirono ampi e indiscussi benefici connessi agli effetti del libero mercato, che sono oggi sotto gli occhi di tutti, in fatto di scelta, riduzione del livello dei prezzi, migliore qualità dei servizi e innovazione tecnologica.

Il corpo normativo definito dalle direttive europee nel corso degli anni è stato

---

<sup>32</sup> La prima definizione di servizio universale si ritrova nella Direttiva 97/33/CE e fa riferimento ad «un insieme minimo, definito, di servizi di determinata qualità disponibile a tutti gli utenti a prescindere dalla loro ubicazione geografica e, tenuto conto delle condizioni specifiche nazionali, ad un prezzo abbordabile» (cfr. Direttiva 97/33/CE del 30 giugno 1997, art. 2, comma 1, lett. g).

<sup>33</sup> Cfr. parere motivato della Commissione europea indirizzato nel 1998 alla Repubblica italiana, ai sensi dell'art. 226 del Trattato CE, relativo alla non corretta applicazione dell'art. 4-*quater*, comma 3, Direttiva 90/388/CEE, modificata dalla Direttiva 96/19/CE, in relazione al ribilanciamento tariffario. Riferimenti in *Diciottesima relazione annuale sul controllo dell'applicazione del diritto comunitario*, DOC COM/2001/0309 def. Volume I.

recepito negli ordinamenti nazionali e, in Italia in particolare, dal Codice delle comunicazioni elettroniche<sup>34</sup>.

A tutela della piena e corretta applicazione delle norme europee nei contesti nazionali sono state poste, come detto, le Autorità nazionali di regolamentazione, con funzioni via via sempre più allargate di regolazione, vigilanza e controllo, non soltanto con riferimento all'imposizione degli obblighi regolamentari asimmetrici posti in capo all'operatore con significativo potere di mercato a tutela della concorrenza, ma anche con riferimento alla tutela dei consumatori, alla sicurezza e all'integrità delle reti, alla fornitura del servizio universale e alla risoluzione delle controversie tra operatori e tra questi e i consumatori. Tutti compiti che esamineremo nel corso dei prossimi capitoli.

Tuttavia, una precisazione va fatta fin d'ora per quel che riguarda il mercato dei servizi radio-mobili che, in Europa e in Italia in particolare, nella seconda metà degli anni '90 del secolo scorso e nei primi anni del nuovo, registrò una crescita rapida e inarrestabile.

In questo settore, infatti, l'infrastruttura, seppur indispensabile per la fornitura dei servizi al dettaglio, richiede costi di investimento e di manutenzione che, seppur elevati, non sono impossibili da replicare da parte di potenziali concorrenti e non costituiscono, pertanto, un'insuperabile barriera all'ingresso di nuovi operatori.

E difatti, sebbene anche in questo caso le prime infrastrutture di rete mobile siano state sviluppate dagli operatori in regime di monopolio legale, l'apertura alla concorrenza del mercato, attraverso l'abolizione dei diritti speciali ed esclusivi, fu subito accompagnata dall'ingresso di nuovi operatori che, in breve tempo, realizzarono distinte e alternative infrastrutture di reti proprietarie, rendendosi così indipendenti rispetto a quella gestita dall'*incumbent*.

Anche in questo caso il risultato è sotto gli occhi di tutti: la concorrenza, basata non solo sui servizi al dettaglio, come nel caso delle comunicazioni su rete fissa, ma anche tra le infrastrutture di rete (mobile), ha portato il mercato europeo delle comunicazioni mobili a elevatissimi livelli di contendibilità.

In Italia, mentre nel settore mobile, dopo la recente fusione tra Wind e HG3 le quote di mercato dei tre operatori rimasti si attestano equamente intorno ad un terzo del mercato, quelle dell'*incumbent* sull'accesso alla rete fissa superano il 50%<sup>35</sup>.

Questo spiega le ragioni per cui la regolamentazione e la vigilanza dell'Autorità su quest'ultimo mercato si mantengano a livelli ancora assai elevati, rispetto a quel che accade nel settore delle comunicazioni mobili, anche a distanza di trent'anni dall'avvio dei processi di liberalizzazione.

---

<sup>34</sup> D.Lgs. 1° agosto 2003, n. 259 recante Codice delle comunicazioni elettroniche, in *GU* n. 214 del 15 settembre 2003 – Suppl. Ordinario n. 150.

<sup>35</sup> Fonte: periodiche comunicazioni dell'Osservatorio sulle Comunicazioni AGCom.

### 1.3. L'età delle liberalizzazioni in Europa: le fonti del diritto e gli strumenti normativi

Appare quasi scontato che oggi, all'interno dei confini europei, persone, merci, capitali e servizi possano circolare (quasi) senza limitazioni e soggetti alle stesse condizioni applicabili all'interno di ogni singolo Paese membro dell'Unione europea.

Il Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea (CEE), siglato in Campidoglio il 25 marzo 1957, creava il "mercato comune" europeo basato su quattro libertà fondamentali: libera circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali, che avrebbe dovuto realizzarsi in dodici anni, in tre fasi successive (art. 8 del Trattato).

In realtà i risultati si fecero attendere. Nel 1968 fu realizzata l'Unione doganale europea<sup>36</sup>, ma permanevano ancora importanti difficoltà, per quanto di nostro interesse, nella liberalizzazione degli scambi di merci e di servizi, che erano ancora limitati a causa, da un lato delle resistenze opposte dagli Stati membri restii a sottrarre settori di mercato alle proprie potestà legislative e, dall'altro, a causa dell'armonizzazione legislativa europea perseguita inizialmente, che si rivelava troppo dettagliata e quindi di difficile realizzazione, senza contare il fatto che le disposizioni di armonizzazione richiedevano, per essere adottate, il difficile requisito dell'unanimità dei voti degli Stati membri in seno al Consiglio.

L'Atto Unico Europeo del 1986 diede nuovo impulso alla realizzazione delle quattro libertà fondamentali, attraverso un approccio più radicale in relazione alla soppressione delle barriere commerciali: dal "mercato comune" si addivenne al "mercato interno", definito come uno «*spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali*»<sup>37</sup>.

Importanti semplificazioni furono introdotte nel farraginoso processo decisionale previsto dal Trattato (si passò, ad esempio, dal voto all'unanimità alla maggioranza qualificata) e fu stilato un calendario di atti legislativi (circa 300) che avrebbero dovuto essere adottati entro il 31 dicembre del 1992, obiettivo quasi completamente realizzato entro il termine previsto.

Tra questi rientrava la previsione di una serie di interventi normativi che avrebbero dovuto facilitare lo scambio transfrontaliero di merci e servizi connessi allo sviluppo delle nuove tecnologie nei settori delle telecomunicazioni e dell'audiovisivo.

L'Atto Unico apre quindi la strada all'avvio dei processi di liberalizzazione e di

---

<sup>36</sup> Cfr. F. Vismara, *Lineamenti di diritto doganale dell'Unione Europea*, Giappichelli, 2016.

<sup>37</sup> L'Atto unico europeo (AUE), sottoscritto il 17 febbraio 1986, costituisce la prima modifica sostanziale del trattato che istituisce la Comunità economica europea (CEE). L'AUE è entrato in vigore il 1° luglio 1987.

armonizzazione europei nel settore delle comunicazioni elettroniche<sup>38</sup>.

Tuttavia, prima di esaminare i provvedimenti salienti che hanno fatto la storia delle liberalizzazioni delle comunicazioni elettroniche in Europa, e della relativa armonizzazione delle legislazioni nazionali degli Stati membri, è interessante precisare, per meglio inquadrare questi processi nel contesto politico/istituzionale del tempo, quali strumenti e fonti di diritto primario siano stati allo scopo utilizzati dalle Istituzioni europee.

Nel percorso comunitario di apertura e regolazione del mercato delle comunicazioni elettroniche, sono state adottate sia direttive di liberalizzazione che di armonizzazione, comportanti gli stessi obblighi di recepimento e di esecuzione in capo agli Stati membri, ma delle quali è bene, da un lato, distinguere la portata degli effetti legali e normativi prodotti, sotto il doppio profilo della disciplina del diritto pubblico e privato e, dall'altro, individuare le basi giuridiche della loro adozione, da ricercarsi all'interno delle disposizioni dei Trattati UE.

Come sottolineato in precedenza, le direttive di liberalizzazione e di armonizzazione perseguono obiettivi differenti: le prime aboliscono e vietano le norme nazionali su cui si sorreggono i monopoli, le seconde introducono una nuova regolazione dei mercati, allo scopo di limitare quanto più possibile le differenze di natura normativa, regolamentare e amministrativa esistente tra i diversi Paesi dell'Unione.

Di qui una differenza concettuale tra due obiettivi diversi e, come è stato correttamente osservato, in perenne tensione ed equilibrio tra loro: l'introduzione della concorrenza e la regolazione dei mercati. Un equilibrio indubbiamente delicato, quello tra concorrenza e regolazione, che non impedisce però di osservare che le direttive di liberalizzazione e quelle di armonizzazione sono state, nel settore delle telecomunicazioni, strumenti tra loro complementari di un unico complessivo pro-

---

<sup>38</sup> Utile il contributo di S. Palazzolo sull'argomento: «*l'atto è stato denominato unico perché accomuna le istanze in materia di politica estera e di sicurezza comune con quelle di modifica del Trattato C.E.E. Con quest'atto è stato istituzionalizzato il Consiglio Europeo [...], è stato previsto il Tribunale di prima istanza, sono stati rafforzati i poteri del Parlamento Europeo (che oltre ai pareri sulle proposte della Commissione può apportare emendamenti alla posizione comune espressa dal Consiglio, costringendo la Commissione ad un riesame ed il Consiglio a votare all'unanimità ove intenda dissentire), ha dato maggiore impulso alla Commissione per il suo contributo alla normazione, ha modificato la disciplina di voto del Consiglio delle Comunità ed ha inciso positivamente sui compiti e sulla politica della Comunità. In proposito ha fissato il termine del 31 dicembre 1992 per la realizzazione del mercato interno (ma non si tratta di un passaggio automatico), ha previsto la cooperazione in materia di politica economica e monetaria (anche se non c'è un automatismo e tantomeno una validità corrente degli scudi o ECU), ha dettato norme programmatiche per la tutela della salute e dell'ambiente di lavoro e, più in generale, per la tutela dell'ambiente, sia in relazione alla salute dei cittadini che all'utilizzazione razionale delle risorse naturali, ha previsto una maggiore coesione economica e sociale, compensativa dei dislivelli regionali, ha prescritto un impegno particolare per la ricerca e lo sviluppo tecnologico, ha tentato di definire una comune politica estera europea*». S. Palazzolo, *Europa 1992*, in *Giur. it.*, 2/1990.

getto volto all'introduzione e al mantenimento di equilibrate dinamiche competitive nel mercato di riferimento.

Quanto alla base giuridica utilizzata, è interessante notare che le direttive di armonizzazione sono state adottate dal Consiglio e dal Parlamento europeo ai sensi dell'art. 100 del Trattato di Roma (come modificato dal Trattato di Maastricht nell'art. 100A, divenuto oggi l'art. 114 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea – TFUE), all'epoca la sola disposizione di carattere generale idonea al ravvicinamento delle legislazioni nazionali.

Tale previsione normativa stabiliva un iter preparatorio e formativo degli atti legislativi comunitari, seppur semplificato dall'Atto Unico Europeo, tuttavia ancora alquanto complesso (procedura c.d. di "Codecisione" ex art. 189B del Trattato di Maastricht), assegnando il ruolo propositivo alla Commissione europea e prevedendo il coinvolgimento consultivo vincolante del Parlamento europeo e l'adozione finale dell'atto, a maggioranza qualificata, da parte del Consiglio dove siedono gli Stati membri.

È quindi di tutta evidenza che siffatte direttive di armonizzazione implicassero la volontà esplicita, seppur eventualmente non unanime, degli Stati membri di adottare strumenti legislativi europei di armonizzazione e ravvicinamento delle proprie legislazioni nazionali in materia di telecomunicazioni e audiovisivo.

Ben diversi erano invece gli interessi in gioco nei processi di liberalizzazione, che implicavano, come primo e propedeutico intervento normativo, quello di eliminare le riserve di legge che, attraverso la concessione, conferivano al soggetto concessionario il monopolio legale della fornitura di beni e servizi di Tlc.

Lo strumento concessorio<sup>39</sup> conferisce, infatti, alle amministrazioni centrali dei Governi un'arma formidabile di politica economica, industriale e sociale, oltre ad assicurare importanti, certi e regolari entrate finanziarie a beneficio del bilancio dello Stato, derivanti principalmente, ma non solo, dal pagamento del canone di concessione.

Difficile, quindi, immaginare che gli Stati membri si privassero, di propria iniziativa, di tale potestà concessoria, attraverso direttive da loro stessi approvate ex art. 100 del Trattato CEE.

Al contrario, proprio in forza di talune prerogative che il Trattato di Roma sembrava riservare alle attività connesse all'esercizio di pubblici poteri e svolte nell'interesse pubblico, gli Stati membri si opponevano ad ogni tentativo di liberalizzare il settore delle telecomunicazioni, premendo sulla natura di pubblico interesse che caratterizzava la fornitura di beni e servizi di Tlc<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Per un approfondimento sull'istituto della concessione, si veda G. Rizzo, *La concessione di servizi*, Giappichelli, 2012.

<sup>40</sup> Si veda, tra i diversi contributi, A.M. Balistreri, *Monopoli legali nei c.d. settori esclusivi: rispetto delle prerogative degli Stati membri o tutela effettiva della concorrenza?*, in *Riv. it. dir. pub. comunitario*, 1993, 2, p. 482; L. Cartou, *Le secteur public et le droit communautaire*, in *Les petites affiches*, 1993, n. 49, p. 20 ss.

Ma la giurisprudenza della Corte di Giustizia, sollecitata dalla Commissione europea, avrebbe risolto la questione in termini opposti, imprimendo una svolta epocale a questo settore.

Dapprima, gli Stati cercarono di opporsi ad ogni tentativo di liberalizzazione dei mercati dei servizi a rete, sostenendo che fosse applicabile, nel caso di specie, l'art. 55 del Trattato di Roma (oggi art. 62 TFUE), che esclude dall'applicazione delle disposizioni rientranti nella libertà di stabilimento tutte quelle attività partecipate, sia pure occasionalmente, dai pubblici poteri. A questa tesi si oppose, tuttavia, la Corte di Giustizia che, pronunciandosi in ordine alla possibilità o meno di derogare *in peius* alla libertà di stabilimento, a motivo della presenza dello Stato nell'esercizio di una data attività, diede una lettura *strictu sensu* in riferimento alla partecipazione dell'intervento pubblico, limitando così l'applicazione della prerogativa statale «[alle sole] attività che, considerate in sé stesse, costituiscono una partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri»<sup>41</sup>.

Inoltre, nel sostenere che le regole di concorrenza non si applicassero ai monopoli, non solo telefonici, si appellarono all'art. 90, comma 2, CEE (oggi art. 106, comma 2, TFUE), in base al quale «*Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale e aventi carattere di monopolio fiscale, sono sottoposte alle norme del presente Trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata*». Anche in questo caso, tuttavia, l'intervento della Corte di Giustizia pose fine alle rivendicazioni degli Stati membri che volevano sottrarre il settore delle comunicazioni elettroniche all'applicazione del diritto della concorrenza.

Nel caso *British Telecom*<sup>42</sup>, il Giudice europeo, sancì che le norme sulla concorrenza si applicano a tutte le imprese, pubbliche o private, indipendentemente dalla loro titolarità di diritti esclusivi nazionali per la gestione di un determinato servizio o rete. *British Telecom*, pur gestendo un servizio di interesse economico

---

<sup>41</sup> Sent. 21 giugno 1974, causa 2/74, *Reyners*, in *Racc.*, 1974, p. 631. Secondo il richiamato art. 55, comma 1, sono esclusi dall'applicazione delle disposizioni relative al diritto di stabilimento, «*per quanto riguarda lo Stato membro interessato, le attività che in tale Stato partecipano, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri*». Dalla citata sentenza: «*in considerazione del carattere fondamentale, nel sistema del trattato, della libertà di stabilimento e della norma del trattamento nazionale, le deroghe consentite dall'art. 55, 1° comma, non possono assumere una rilevanza che vada oltre il fine per cui questa clausola eccezionale è stata inserita nel trattato stesso. L'art. 55, n. 1, deve consentire agli Stati membri, nell'ipotesi in cui determinate funzioni che implicano l'esercizio dei pubblici poteri sono connesse ad una delle attività indipendenti di cui all'art. 52, di precludere ai cittadini l'accesso a tali funzioni*».

<sup>42</sup> Sent. 20 marzo 1985, causa 41/83, in *Racc.*, 1985, p. 368. Tra i numerosi commenti alla pronuncia si vedano, in particolare, G. Napolitano, *Diritto comunitario e diritto internazionale nel caso British telecommunication*, in *Riv. diritto internazionale*, 1987, 2, p. 261; C. Di Paolo, *Concentrazioni nel settore delle telecomunicazioni e Trattato CE*, in *Riv. diritto internazionale*, 1987, 3-4, p. 572.