SCUOLA DOTTORALE IN SCIENZE POLITICHE

XXIV CICLO

Stato e mercato nella costruzione delle infrastrutture

Benedetto Brancoli Busdraghi

Docente Guida: Prof. Giulio Napolitano

Coordinatore: Prof. Gian Cesare Romagnoli

STATO E MERCATO NELLA COSTRUZIONE DELLE INFRASTRUTTURE. IL CASO DELLE RETI IN FIBRA OTTICA

Sommario

Introduzione 4

Capitolo I – Caratteri delle reti di Comunicazione elettronica

1. Reti, nodi, linee 5

2. La nozione di rete di comunicazione elettronica 9

3. La struttura delle reti di comunicazione elettronica 11

4. Perché costruire nuove reti? 19

Capitolo II – Gli interventi di politica industriale

1. Ragioni dell'intervento pubblico 24

2. Costruzione e gestione pubblica delle infrastrutture Ngn 27
- 2.1. La titolarità delle infrastrutture: verso un ritorno alla proprietà pubblica? 27
  - 2.1.1. Dal pubblico al privato 27
  - 2.1.2. La titolarità pubblica nelle infrastrutture Ngn 37
- 2.2. Perché lo Stato costruisce e gestisce infrastrutture? 42

3. Lo Stato come finanziatore 51
- 3.1. Fallimenti di mercato e finanziamento delle opere 51
- 3.2. Il quadro regolamentare europeo 54
  - 3.2.1. Finanziamento pubblico e aiuti di Stato 54
  - 3.2.2. (segue) Il criterio dell'investitore di mercato 55
  - 3.2.3. La compensazione di un servizio d'interesse economico generale 57
  - 3.2.4. La valutazione degli aiuti di Stato 59
- 3.3. Aiuti e finanziamenti alle Ngn a livello nazionale 64

4. Lo Stato a supporto dei privati 68
- 4.1. Inquadramento della società della rete 68
- 4.2. Costi e benefici della società della rete nelle Ngn 71
- 4.3. Casi di intervento condiviso 73

5. Semplificazioni ed agevolazioni della costruzione delle reti 78
- 5.1. La creazione di un ordinamento incentivante 78
- 5.2. Il cablaggio orizzontale 80

5.2.1. Il contenimento degli oneri amministrativi e la semplificazione della posa 80
5.2.2. Il transito su beni pubblici 82
5.2.3. Misure di agevolazione tecnica per la posa della fibra 85
5.3. Il cablaggio verticale 86
5.3.1. Diritti di transito su suolo privato 86
5.3.2. Facilitazione della penetrazione all'interno del condominio 89
5.4. Luci ed ombre nella semplificazione amministrativa 91

Capitolo III – L'intervento dello Stato regolatore e la tutela della concorrenza

1. Regolazione e ponderazione di interessi 94
1.1. Politica industriale e regolazione 94
1.2. La regolazione di una rete che non c'è 96
1.2.1. Il dilemma regolatorio nelle imprese a rete e nelle Ngn 96
1.2.2. Quando va in vacanza il regolatore? 102

2. La regolazione asimmetrica delle Ngn 105
2.1. Alla ricerca del mercato sulle Ngn 105
2.1.1. Mercato emergente o frontiera tecnologica del rame? 105
2.1.2. Dall'analisi del mercato alla regolazione 110
2.2. Trasparenza, separazione contabile, non discriminazione 112
2.3. Il *bitstream* 117
2.4. L'*unbundling* e il servizio *end to end* 119
2.5. Misure per il contenimento dei prezzi 124

3. La regolazione specifica per la creazione delle reti Ngn 127
3.1. Perché adottare misure regolatorie simmetriche 127
3.2. La condivisione delle infrastrutture 128
3.2.1. La condivisione delle infrastrutture dell'operatore Smp 129
3.2.2. La condivisione delle infrastrutture degli operatori (non?) Smp 132
3.2.3. L'utilizzo di infrastrutture per *utilities* diverse: verso una convergenza delle reti? 133
3.3. L'accesso all'interno degli edifici 134
3.4. Il coinvestimento 138
3.4.1. Il coordinamento dei lavori 138
3.4.2. Il catasto delle infrastrutture 139
3.5. Reti e servizi: il ruolo degli *over the top* 146

4. Vecchi rimedi per problemi nuovi? 147

Capitolo IV – Le Ngn nella governance multilivello

1. La ripartizione delle competenze 149

2. Le competenze dell'Unione europea 149
2.1. La tutela della concorrenza 149
2.2. Misure di armonizzazione e finanziamento 154

3. Le competenze nazionali **156**
3.1. Ambito dell'intervento centrale 156
3.1.1. Organo politico e autorità indipendenti 157
3.1.2. Autorità di regolazione e autorità della concorrenza 160
3.2. L'intervento degli enti locali: poteri locali e controllo centrale 163

Bibliografia **168**

* * * * *

Introduzione

Le reti di comunicazione elettronica sono l'infrastruttura portante per una moltitudine di servizi, che caratterizzano diversi aspetti della vita sociale ed economica. Se è vero che la loro funzione principale è stata, per lungo tempo, quella di strumento per la prestazione di servizi di telefonia vocale, oggi le c.d. "reti di tlc" supportano servizi di comunicazione avanzati, applicazioni internet, sistemi di pagamento, *entertainment*, domotica e tanto altro. Tali reti sono state, per la maggior parte, realizzate in rame, ma sta progressivamente emergendo la necessità di sostituirle con reti di altro tipo, tecnologicamente più avanzate, in grado di trasportare in modo più affidabile una maggiore quantità di dati: le reti in fibra ottica.

Gli investimenti a tal fine necessari sono, però, di eccezionale importanza, poiché ammontano a diverse decine di miliardi di euro. Chi deve pagare il conto? Le reti in rame sono state in larga parte realizzate dall'operatore statale, ma da chi devono essere costruite le nuove infrastrutture adesso che sono entrati sul mercato operatori privati ed è stato dismesso il controllo nella compagnia telefonica di bandiera?

Da un lato, tale onere potrebbe gravare sugli operatori, attratti dalla prospettiva di un profitto; dall'altro lato, tuttavia, le imprese private sono restie a intervenire, per via di alcuni fallimenti di mercato. Lo studio delle reti in fibra ottica offre, così, una lente di ingrandimento per valutare in che misura sia necessario un intervento pubblico nella costruzione delle infrastrutture.

Il presente studio osserva, quindi, in quali casi lo Stato debba costruire, finanziare o semplicemente regolare la costruzione delle infrastrutture. Il primo capitolo si sofferma sull'inquadramento tecnico e giuridico delle reti, mettendo in luce anche le specificità delle Ngn e le ragioni che ne rendono desiderabile la costruzione. Il secondo capitolo osserva l'intervento diretto dello Stato nella costruzione delle infrastrutture, tramite misure di politica industriale, evidenziando il ruolo dell'attore pubblico come titolare e finanziatore delle reti e dei beni infrastrutturali. Il terzo capitolo analizza le misure c.d. regolatorie, poste in essere con la finalità di guidare il mercato verso un assetto concorrenziale ottimale. Infine, il quarto capitolo riguarda la *governance*, con particolare riguardo all'allocazione dei diversi compiti e poteri fra enti e livelli di governo.

Capitolo I – Caratteri delle reti di comunicazione elettronica

1. Reti, nodi, linee

Secondo una definizione generale, le reti sono un "insieme di relazioni e intreccio di linee; dall'idea di intreccio si passa a quella di sistemi di collegamenti o di comunicazioni"[1]. La rete è, dunque, quell'elemento o insieme di elementi che consente di porre relazioni fra individui all'interno di una società[2] e di scambiare informazioni, esperienze, conoscenza e beni. Il termine "rete", peraltro, viene utilizzato in varie accezioni: reti in senso metaforico o virtuale (reti di contratti[3], reti della conoscenza[4], reti di *governance*[5]), reti in senso economico (reti di imprese), o anche reti in senso fisico[6].

Parte della scienza economica individua le reti in base alla loro funzione: sarebbero "reti sociali" (c.d. *social networks*) i meccanismi che trasmettono informazioni o che consentono la formazione di relazioni interpersonali[7]. Se il concetto viene applicato ai rapporti commerciali, si ottiene la nozione di "rete d'affari" (c.d. *business network*), vale a dire una rete volta a facilitare transazioni commerciali riducendo i costi di transazione[8].

Il presente studio prende in considerazione le reti per la prestazione di un servizio. Anche tali reti sono formate da nodi e linee: i nodi sono i punti di giunzione, vale a dire i punti che vengono messi in contatto, che possono essere punti iniziali, terminali o semplicemente punti di scambio; le linee sono i legami tra i nodi[9]. In ultima analisi, le reti possono essere efficacemente definite come la "struttura di

---

[1] A. Predieri, *Le reti transeuropee nei Trattati di Maastricht e di Amsterdam*, in *Dir. Ue* 3/1997, 289.
[2] Sui *social network*, *ex multis*, si v. S. Wasserman – K. Faust, *Social network analysis: Methods and applications*, New York 1994.
[3] F. Di Porto, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, Padova 2008, 218 ss..
[4] Si v. V. Zeno-Zencovich – F. Mezzanotte, *Le reti della conoscenza: dall'economia al diritto*, in *Rivista dell'informazione e dell'informatica* 2/2008, 15o ss..
[5] M. Orofino, *La governance delle comunicazioni elettroniche. Il complesso sistema di networks decisionali caratterizzato da "raccordi verticali" tra le ANR e la Commissione e da "raccordi orizzontali trale ANR e tra di esse e la Commissione*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.* 3/2010, 737 ss.
[6] Si v., in argomento, S. Cassese, *Le reti come figura organizzativa della collaborazione*, in A. Predieri – M. Morisi, *L'Europa delle reti*, Torino 2001, 43 ss., nonché S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Roma – Bari 2003, 21 ss...
[7] D. Spulber – C. Yoo, *Networks in Telecommunications: Economics and law*, New York 2009, 16.
[8] Secondo B. Caillaud – B. Jullien, *Chicken and egg: Competition among intermediation service providers*, in *RAND Journal of Economics*, 34/2003, 309 ss., il mercato sarebbe sostanzialmente composto da due parti contrapposte, compratori e venditori, messe in contatto attraverso sistemi centralizzati di comunicazione: gli intermediari (p.e., supermercati) ridurrebbero i costi di transazione creando delle reti.
[9] D. Spulber – C. Yoo, *Networks in Telecommunications*, *cit.*, 19.

interconnessione che mette in relazione tutti i possibili fornitori e gli utilizzatori di determinati tipo di beni o servizi"[10]. I servizi a rete sono servizi di pubblica utilità e vengono solitamente percepiti come essenziali[11].

Le cause del rapporto di utenza, peraltro, possono essere svariate. Alcune reti sono finalizzate alla prestazione di un servizio in senso stretto, quando il bene direttamente concupito dall'utente non è tanto la fruizione della rete, ma piuttosto l'utilità che egli può ottenere tramite quel mezzo. In tal senso, le reti di trasporto ferroviario consentono all'utente di beneficiare del contratto di trasporto che le reti permettono di offrire, mentre le reti di comunicazione elettronica consentono all'utente di stipulare contratti per comunicare con altri utenti.

Altre reti, invece, sono finalizzate non tanto a consentire la prestazione di un *facere*, ma a rendere possibile un *dare*: in tal senso, tramite le reti idriche e quelle elettriche è possibile consegna di un bene – rispettivamente, l'acqua o l'energia elettrica[12].

Vi sono casi, però, in cui gli operatori all'ingrosso hanno di mira un'utilizzazione della rete fine a sé stessa, e non la prestazione di un servizio di transito. Si pensi alla rete autostradale, dove l'utente, entrando al casello, stipula un contratto per godere della rete, senza, però, che il gestore presti direttamente il servizio di trasporto. La funzionalizzazione della rete determina la struttura del mercato e l'assetto della concorrenza, che può aver luogo *sul* mercato o *per* il mercato. Nel settore autostradale, si svolge prevalentemente per il mercato, in quanto la messa a disposizione della rete è l'oggetto del servizio reso all'utente, che potrà così spostarsi in automobile da una parte all'altra del territorio. Eventuali concorrenti dovrebbero realizzare una nuova ed autonoma infrastruttura.

Questo non esclude, tuttavia, che le autostrade possano essere utilizzate anche per la prestazione di altri servizi, accessori e non, su cui, invece, è ipotizzabile la

---

[10] F. Di Porto, *La disciplina delle reti*, *cit.*, 110.

[11] B. Tonoletti, *Beni ad uso comune del mercato e servizi a rete*, in *Titolarità pubblica e regolazione dei beni – Annuario Associazione Italiana dei Professori di diritto amministrativo 2003*, Milano 2004, 335. In materia di servizi pubblici, si v., *ex multis*, M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995. G. Caia, *I servizi pubblici*, in L. Mazzarolli – G. Pericu – A. Romano – F.A. Roversi Monaco – F.G. *Scoca*, *Diritto amministrativo*, vol. II, Bologna 2005, 131 ss.; G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova 2001; L. Perfetti, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova 2001; L. De Lucia, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino 2002; G.F. Cartei, *Il servizio universale*, Milano 2002; A. Massera (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Pisa 2004; F. Cintioli, *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Dir. Un. Eur.* 3/2006, 453 ss..

[12] Alcune infrastrutture, peraltro, consentono la realizzazione di più reti e reti elettriche possono essere utilizzate tanto per erogare energia elettrica, quanto per trasportare dati: F. Denozza - M. Polo, *Le reti*, in E. Bruti Liberati – M. Fortis (a cura di), *Le imprese multiutility. Aspetti generali e prospettive dei servizi a rete*, Bologna 2001, 52.

concorrenza tra operatori diversi. Si pensi alla prestazione di servizi di trasporto[13] o di servizi di assistenza autostradale, come dimostra l'attenzione ad essi riservata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato ("Agcm")[14].

Diversamente da altre reti, le reti di comunicazione elettronica (o "reti di tlc") sono finalizzate a consentire l'accesso ai numerosi servizi prestati in via telematica, con una peculiarità fondamentale: la connessione alla rete consente agli utenti non solo di ricevere dati, ma anche di trasmetterne. Un aumento dei soggetti connessi, peraltro, può aumentare i contenuti circolanti, incrementando le opportunità e l'utilità derivante dalla connessione alla rete. Il successo dei servizi di comunicazione elettronica dipende, quindi, anche dal numero di soggetti collegati[15]. Sotto questo punto di vista, il settore in esame presenta forti esternalità positive, in quanto un elevato numero di utenti non ha l'effetto di peggiorare la qualità del servizio, ma piuttosto quello di migliorarlo, accrescendo il fabbisogno percepito dagli utenti[16].

L'importanza delle relazioni, pertanto, giustifica l'affermazione secondo cui "la rete è unica a livello globale", tanto che essa "non [ha] senso se le singole frazioni non sono connesse tra di loro, quale che ne sia la proprietà e la disponibilità"[17]. La connessione alla rete, pertanto, è caratterizzata dalla non rivalità, in quanto il consumo da parte di un soggetto non preclude necessariamente il consumo da parte di un altro soggetto[18].

---

[13] M. Ragusa, *Reti e servizi di pubblica utilità: il caso delle comunicazioni elettroniche*, in *Dir. Soc.* 2/2007, 317; C. Iaione, *La regolazione del trasporto pubblico locale: bus e taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, Napoli 2008, *passim*, spec. 9-10.

[14] Agcm, provvedimento 23 ottobre 2008, n. 19021, caso A 391 – *Servizi di soccorso autostradale*. Per una ricostruzione dell'assetto della concorrenza nel settore autostradale, si v. A. Boitani, *Per una riorganizzazione competitiva del sistema dei trasporti*, in C. De Vincenti – A. Vigneri (a cura di), *Le virtù della concorrenza*, Bologna 2006, 185 ss., e G. Coco – M. Ponti, *Riflessioni per una riforma della regolazione nel settore autostradale*, in C. De Vincenti – A. Vigneri (a cura di), *Le virtù della concorrenza*, Bologna 2006, 307 ss..

[15] D. Spulber – C. Yoo, *Networks in Telecommunications*, *cit.*, 120, parlano di "*network economic effects*". Il fenomeno è analogo a quello che si riscontra, p.e., nei mercati e nelle infrastrutture per i sistemi di pagamento: maggiore sarà il numero di rivenditori muniti di sistemi per il pagamento con carta di credito, e maggiore sarà l'utilità della carta (M. Onado, *Economica e regolamentazione del sistema finanziario*, Bologna 2008, 251).

[16] N. Curien – M. Gensollenm, *Economie des télécommunications*, Parigi 1992, tr. it., *Telecomunicazioni, monopolio e concorrenza*, Bologna 1995, 99 ss.; A. Predieri, *Le reti transeuropee nei Trattati di Maastricht e di Amsterdam*, in *Dir. Ue* 3/1997, 301.

[17] Corte Cost., sentenza 27 luglio 2005, n. 336, par. 6.1, citando la *Relazione introduttiva al Codice delle comunicazioni elettroniche*. Secondo la Consulta, ne discenderebbe la necessità che i procedimenti autorizzatori per l'installazione di impianti di trasmissione siano disciplinati unitariamente e uniformemente su tutto il territorio nazionale.

[18] In tale ottica, le reti di comunicazione elettronica sembrerebbero avere le caratteristiche del c.d. bene di club (R. Perez, *Telecomunicazione e concorrenza*, Milano 2002, 177). Si tratta, infatti, di un bene privato, destinato all'uso da parte di più soggetti, caratterizzato dalla non rivalità, ma dal cui godimento è possibile escludere terzi. Sui beni di club, si v. ; G. Napolitano – M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna 2009, 86; J.M. Buchanan, *Una teoria economica dei club*, in *Stato mercato e libertà*, Bologna 2006. Sull'impatto di un numero elevato di soggetti sulla tecnologia impiegata, su cui si v. *infra*. Le esternalità positive della rete sussistono solamente fintantoché la rete

Le esternalità positive riscontrabili nella rete di comunicazione elettronica non sono presenti in altre reti, né fra quelle destinate alla fornitura di un bene, né fra quelle destinate alla prestazione di un servizio. Nelle reti destinate alla fornitura di beni, come quelle del gas e dell'elettricità, è tendenzialmente indifferente all'utente finale che il suo vicino sia o meno collegato[19]. Lo stesso vale per le reti idriche[20] e per le reti ferroviarie, in cui un numero elevato di utenti ha, semmai, l'effetto di peggiorare la qualità del servizio fruito dal singolo.

Nelle reti di comunicazione elettronica, invece, è fondamentale il collegamento: l'operatore rileva sostanzialmente come soggetto che fornisce la connettività, ma la rete è finalizzata non tanto al collegamento con il fornitore della rete, quanto piuttosto al collegamento con altri utenti finali[21].

Nella telefonia vocale, per esempio, affinché la rete possa realizzare le sue finalità, gli operatori devono consentire ai loro abbonati di chiamare anche utenti serviti da un concorrente, costringendo l'operatore del chiamante ad acquistare i servizi di terminazione dall'operatore del chiamato. Per tale motivo, ciascun operatore è dominante sul mercato della terminazione delle chiamate verso il proprio abbonato, poiché gli altri operatori non hanno alternative rispetto all'acquisto dei suoi servizi[22].

---

non arriva al punto di collasso, che si verificherebbe qualora la rete fosse simultaneamente occupata da un numero eccessivo di connessioni di applicazioni. In questo caso, i benefici derivanti dalla grande quantità di dati presenti sui *server* collegati finirebbe per essere annullata dai limiti fisici delle reti, con conseguente sovraconsumo delle reti. Da un punto di vista sociologico, però, l'accesso di altri alla rete sarebbe fonte di insoddisfazione, poiché, per il paradosso dell'opulenza, "il bello non è essere ricco tra i ricchi. Il bello è essere ricco tra i poveri" (F. Hirsh, *Social limits to growth*, Milano 2001, 12 e ss., su cui R. Rotigliano, *Beni pubblici, reti e la dottrina delle* essential facilities, in *Dir. Amm.* 4/2006, 969).

[19] Nel caso dell'elettricità, la relazione tra utente e fornitore può essere bidirezionale, poiché anche l'utente può vendere elettricità al suo fornitore, ed è con quest'ultimo che si instaura il rapporto (si v., al riguardo, la regolamentazione in materia di produzione di elettricità tramite impianti fotovoltaici, di cui al decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387, e alla delibera dell'Aeeg 13 febbraio 2006, n. 28/06).

[20] Sui servizi idrici, si v. G. Muraro – P. Valbonesi, *I servizi idrici tra mercato e regole*, Roma 2003.

[21] I *network economic effects* possono, però, generare fallimenti di mercato, in quanto gli utenti non sono in grado di coordinare le rispettive decisioni e potrebbero astenersi dal collegarsi ad una rete, nonostante la loro simultanea adesione possa generare benefici complessivamente superiori ai costi. Questo potrebbe anche impedire ai nuovi fornitori di reti di internalizzare i vantaggi economici degli effetti di rete, con conseguente vantaggio per i titolari delle reti esistenti nei confronti dei nuovi entranti. (M.L. Katz – C. Shapiro, *Network externalities, competition and compatibility*, in *American Economic Review* 1985, 424 ss.). *Contra* D. Spulber – C. Yoo, *Networks in Telecommunications*, *cit.*, 138-139, secondo cui una simile riflessione sarebbe eccessivamente semplicistica: i casi di fallimento di mercato sarebbero un numero molto limitato, e in ogni caso l'evoluzione tecnologica metterebbe sempre in discussione eventuali effetti di *lock-in*.

[22] M. Siragusa – M. D'Ostuni – F. Marini Balestra, *I mercati rilevanti dei prodotti e servizi e la regolazione* ex ante, in F. Bassan (a cura di), *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, Milano 2010, 187; L. Saltari, *Accesso e interconnessione – La regolazione delle reti di comunicazione elettronica*, Milano 2008, 133. Nelle reti mobili, peraltro, diviene fondamentale la capillarità della copertura delle celle. Tale elemento, peraltro, incide sull'individuazione delle zone di insediamento degli impianti di telecomunicazione (Cons. Stato, Sez. VI, decisione 27 dicembre 2010, n. 9404). In tal senso, esisterebbe persino un "interesse di rilievo nazionale ad una capillare distribuzione del servizio" (Cons. Stato, Sez. VI, decisione 17 febbraio 2010, n. 898).

I principi di funzionamento delle reti di comunicazione elettronica si riflettono anche sulla nozione giuridica, sulla regolazione e sulle tecnologie impiegate nelle reti di comunicazione elettronica.

2. La nozione di rete di comunicazione elettronica

Le definizioni normative delle reti di comunicazione elettronica pongono l'accento sulla capacità trasmissiva. Le tecniche e livelli di trasmissione sono numerosi, e le stesse reti di comunicazione elettronica possono prendere forme diverse[23].

Con riferimento al primo aspetto, già nei primi anni Novanta, la direttiva 93/38/Ce definiva "rete pubblica di comunicazioni" "l'infrastruttura pubblica di telecomunicazioni che consente la trasmissione di segnali tra punti terminali definiti della rete per mezzo di fili, onde hertziane, mezzi ottici o altri mezzi elettromagnetici" (art. 1). Successivamente, la direttiva 97/33/Ce ha individuato le reti nei "sistemi di trasmissione e, se del caso, le apparecchiature di commutazione ed altre risorse che permettono la trasmissione di segnali tra punti terminali di rete definiti con mezzi a filo, radio, ottici o altri mezzi elettromagnetici" (art. 2, comma 1, lett. c))[24].

L'art. 2), primo comma, lett. a) della direttiva 2002/21/Ce (c.d. "Direttiva Quadro") ha ampliato tale definizione, disponendo che sono "reti di comunicazione elettronica", "i sistemi di trasmissione e, se del caso, le apparecchiature di commutazione o di instradamento ed altre risorse che consentono di trasmettere segnali via cavo, via radio, a mezzo di fibre ottiche o con altri mezzi elettromagnetici, comprese le reti satellitari, le reti terrestri mobili e fisse (a commutazione di circuito ed a commutazione di pacchetto, compresa Internet), le reti utilizzate per la diffusione circolare dei programmi sonori e televisivi, i sistemi per il trasporto della corrente elettrica, nella misura in cui siano utilizzati per trasmettere i segnali, le reti televisive via cavo, indipendentemente dal tipo di informazione trasportato". Il decreto legislativo 1° ottobre 2003, n. 259 ("Codice delle comunicazioni elettroniche" o "d.lgs. 259/2003"), recepisce la definizione europea (art. 1, comma 1, lett. dd), d.lgs. 259/2003), e per certi aspetti la supera, definendo anche altre tipologie di reti[25].

---

[23] Per tale motivo, pare maggiormente appropriato utilizzare il termine al plurale.
[24] Le prime direttive di liberalizzazione sono state recepite in Italia con il D.p.r. 318/1997.
[25] L'art. 1, comma 1, del d.lgs. 259/2003. definisce anche specifiche tipologie di rete: la rete locale viene

Le definizioni in esame pongono l'accento, più che su una infrastruttura fisica, sulla capacità trasmissiva. Con riferimento all'esistenza di diverse tecniche di trasmissione, la definizione della Direttiva Quadro evidenzia come la rete non sia omogenea, ma possa prevedere diverse tecnologie. Per la maggior parte delle reti, tuttavia, è previsto lo stesso titolo abilitativo, vale a dire un'autorizzazione generale ottenuta tramite presentazione di una segnalazione certificata di inizio attività ai sensi dell'art. 25 del Codice delle comunicazioni elettroniche[26]. L'art. 99 dello stesso Codice estende la liberalizzazione anche all'attività di *installazione* delle reti, assoggettandola ad un regime di autorizzazione generale analogo a quello posto per la fornitura[27].

Le reti consentono la trasmissione di dati di vario genere: informazioni, traffico vocale, applicazioni internet, programmi televisivi ecc.. L'unitarietà della disciplina della fornitura di rete offre una buona testimonianza della tendenza del sistema verso la convergenza delle comunicazioni. Lo sviluppo della tecnologia, infatti, sta portando al superamento di antiche distinzioni fra radiodiffusione, telefonia vocale e internet, per portare invece alla fruizione di tutti i servizi tramite la trasmissione di segnali digitali sulle medesime reti[28].

Nel settore in esame, il dato normativo pare particolarmente chiaro sul fatto che le reti non coincidono con le infrastrutture fisiche che le supportano. La direttiva 2002/19/Ce (c.d. "Direttiva accesso"), nel definire l'accesso, ne distingue l'oggetto. L'accesso può avvenire agli elementi della rete ed alle risorse correlate",

---

definita come "il circuito fisico che collega il punto terminale della rete presso il domicilio dell'abbonato al permutatore o ad un impianto equivalente nella rete telefonica fissa" (lett. z); la rete pubblica di comunicazione come "una rete di comunicazione elettronica utilizzata interamente o prevalentemente per fornire servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico" (lett. aa); la rete telefonica pubblica come "una rete di comunicazione elettronica utilizzata per fornire servizi telefonici accessibili al pubblico" (lett. bb); infine, costituisce "rete televisiva via cavo" "ogni infrastruttura prevalentemente cablata installata principalmente per la diffusione o la distribuzione di segnali radiofonici o televisivi al pubblico" (lett. cc).

[26] Per le trasmissioni, tuttavia, può essere necessaria anche la concessione del diritto d'uso di una frequenza da parte del Ministero dello Sviluppo Economico – Dipartimento per le comunicazioni. In argomento, M. Clarich – A. Boso Caretta, *I titoli abilitativi nel nuovo sistema delle comunicazioni elettroniche*, in *Dir. inf.*, 2004, 405, rilevano che le direttive europee, col termine "autorizzazione", non fanno più riferimento ad un atto amministrativo, ma semmai ad un regime giuridico.

[27] Vista l'estensione della nozione di rete, si ritiene che possano rientrarvi anche quelle realizzate avvalendosi delle reti elettriche tramite i sistemi *powerline*. Allo stato attuale, tali mezzi di trasmissione possono essere impiegati solamente per realizzare piccole reti domestiche, in alternativa ai *rooter wireless*. In futuro, tuttavia, con il miglioramento delle tecnologie, potrebbero essere un ottimo strumento per veicolare segnali a banda larga nelle aree caratterizzate da *digital divide*. In tale caso, non pare azzardato applicare anche la normativa in materia di comunicazioni elettroniche. Per una breve descrizione delle tecnologie *powerline*, si v. il paragrafo seguente.

[28] Si v., in argomento, C. Cambini – A. Giannaccari, *Le telecomunicazioni nell'era della convergenza tra nuove regole e apertura al mercato*, in F. Pammolli – C. Cambini – A. Giannaccari (a cura di), *Politiche di liberalizzazione e concorrenza in Italia. Proposte di riforma e linee di intervento settoriali*, Bologna 2007.

all'infrastruttura fisica ("tra cui edifici, condotti e piloni"), ai *software*, ai servizi di traduzione del numero, alle reti fisse e mobili ed ai sistemi di accesso condizionato per i servizi di televisione digitale, nonché ai servizi di rete virtuale[29].

La Commissione ha recentemente definito anche le reti di comunicazione elettronica di prossima generazione. Sarebbero "reti di accesso di nuova generazione" (Nga) le "reti di accesso cablate costituite in tutto o in parte da elementi ottici e in grado di fornire servizi d'accesso a banda larga con caratteristiche più avanzate (quale una maggiore capacità di trasmissione) rispetto a quelli forniti tramite le reti in rame esistenti". In tale caso, l'accento rimane sulla trasmissione, che però è caratterizzata da una maggior capacità. Le reti vengono contrapposte alle infrastrutture fisiche di rete, vale a dire le "infrastrutture di ingegneria civile", costruite per alloggiare cavi di rete locale (i.e., cavi in rame, fibre ottiche e cavi coassiali")[30].

3. La struttura delle reti di comunicazione elettronica

Le reti di comunicazione elettronica possono essere distinte in reti fisse e reti mobili. Le reti fisse sono "l'insieme di infrastrutture di trasmissione, commutazione, ed accesso su cui si è tradizionalmente basato il servizio di telefonia fisso" [31], e lo stesso insieme infrastrutturale, grazie ai successivi sviluppi tecnologici, assicura anche il trasporto di dati legato alle applicazioni Internet. Queste ultime possono essere, a loro volta, ulteriormente distinte in reti dorsali, reti di giunzione e reti locali.

Le reti dorsali (c.d. *backbone*) sono reti di ampia capacità che collegano le centrali di raccolta, vale a dire i centri di smistamento (c.d. stadi di gruppo urbani), che

[29] L'art. 2, comma 1, lett. h), dispone che "con «accesso»: si intende il fatto di rendere accessibili risorse e/o servizi ad un'altra impresa a determinate condizioni, su base esclusiva o non esclusiva, ai fini di fornire servizi di comunicazione elettronica. Il concetto comprende, tra l'altro: l'accesso agli elementi della rete e alle risorse correlate, che può comportare la connessione di apparecchiature con mezzi fissi o non fissi (ivi compreso in particolare l'accesso alla rete locale nonché alle risorse e ai servizi necessari per fornire servizi tramite la rete locale); l'accesso all'infrastruttura fisica, tra cui edifici, condotti e piloni; l'accesso ai pertinenti sistemi software, tra cui i sistemi di supporto operativo; l'accesso ai servizi di traduzione del numero o a sistemi che svolgano funzioni analoghe; l'accesso alle reti fisse e mobili, in particolare per il roaming; l'accesso ai sistemi di accesso condizionato per i servizi di televisione digitale, l'accesso ai servizi di rete virtuale". La stessa definizione è ripresa dall'art. 1, comma 1, del d.lgs. 259/2003.

[30] Commissione europea, *Raccomandazione della Commissione del 20 settembre 2010 relativa all'accesso regolamentato alle reti di accesso di nuova generazione (NGA)*, (2010/572/UE) L 251/35, art. 3.

[31] R. De Martino, *Le reti di comunicazione a livello europeo: cenni tecnologici e regolamentari, implementazione di reti trans-nazionali*, in *Servizi pubblici e appalti* 1/2005, 20.

convogliano i segnali, per poi indirizzarli tramite le reti di giunzione (c.d. *backhaul*). Queste ultime collegano le centrali locali[32].

Le centrali locali, dette anche "stadi di linea", a loro volta, tramite la c.d. rete primaria, vengono collegate agli armadi di smistamento[33]. Da questi ultimi, la connessione viene portata agli utenti finali con la c.d. rete secondaria.

I sistemi di reti che collegano gli utenti finali alla centrale vengono definiti "reti di accesso", e l'ultima sezione della rete, che collega armadi ed utenti finali, è definita rete locale (c.d. *local loop*, o anche ultimo miglio). A tale livello, viene effettuata la terminazione: il "segmento di terminazione" costituisce il segmento conclusivo di una rete di accesso, che collega l'abitazione dell'utente finale al primo punto di distribuzione[34]. Comprende, dunque, tanto il cablaggio verticale all'interno dell'edificio, quanto quello orizzontale. Nel caso delle reti di prossima generazione, la terminazione arriva fino a un divisore ottico nel seminterrato dell'edificio o in un pozzetto nei pressi di quest'ultimo.

In Italia, la rete di accesso collega circa 25 milioni di utenze a oltre 10.000 centrali locali; queste ultime vengono collegate a circa 600 stadi di gruppo urbani. Le chiamate telefoniche vengono, altresì, indirizzate verso 30 coppie di centrali regionali di commutazione (c.d. stadio di gruppo di transito)[35]. Lo schema seguente raffigura l'attuale struttura di base delle reti di comunicazione elettronica in Italia.

---

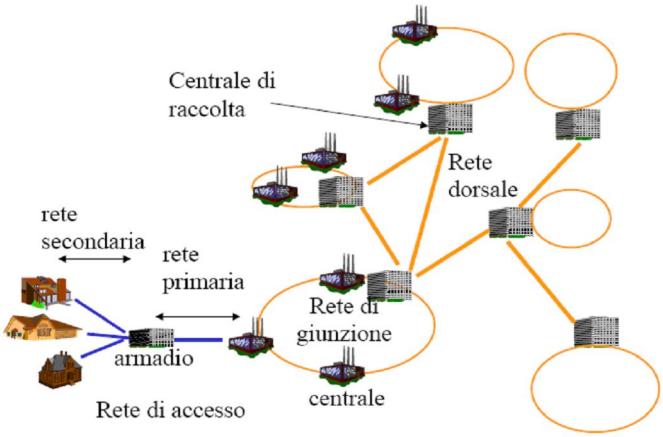
[32] Nella delibera 22 novembre 2011, n. 622/11/CONS, l'Agcom ha proposto di definire la rete dorsale incrociando le definizioni degli artt. 1 e 88 del Codice delle comunicazioni elettroniche, definendola quindi "rete di comunicazione elettronica, distinta dalla rete di accesso dell'operatore, interessante aree di proprietà di uno o più Enti, pubblici (anche concessionari) o privati" (art. 1, comma 1, lett. g). Si tratterebbe, dunque, del segmento di rete distinto dalla rete di accesso, che include al proprio interno anche gli anelli provinciali (al limite comunali) in fibra ottica utilizzati come segmento di backhaul della rete di accesso.

[33] In Italia, esisterebbero, mediamente, 15 armadi di distribuzione per ogni stadio di linea (Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (a cura di), *Programma di ricerca "Infrastrutture e servizi a banda larga e ultralarga" ("Programma Isbul") – Rapporto Finale*, Roma 2010, 161).

[34] In tal senso, costituisce rete locale il circuito fisico che collega il punto terminale della rete (tipicamente presso il domicilio dell'abbonato) al permutatore o a un impianto equivalente nella centrale di stadio di linea (SL) della rete telefonica fissa; la "sottorete locale", invece, sarebbe la rete locale parziale che collega il punto terminale della rete ad un punto di concentrazione o ad un determinato punto di accesso intermedio della rete telefonica pubblica fissa (art. 1, comma1, lett. g) e h) della delibera Agcom 16 dicembre 2009, n. 731/2009/CONS). Le reti di accesso sono, dunque, distinte dalle altre in ragione del fatto che "le risorse impiantistiche [...] sono dedicate in modo esclusivo alla singola utenza" (C. Leporelli – P. Reverberi, *Praticabilità dell'unbundling; aspetti regolamentari e tutela della concorrenza*, in *MCR* 1/2004, 129).

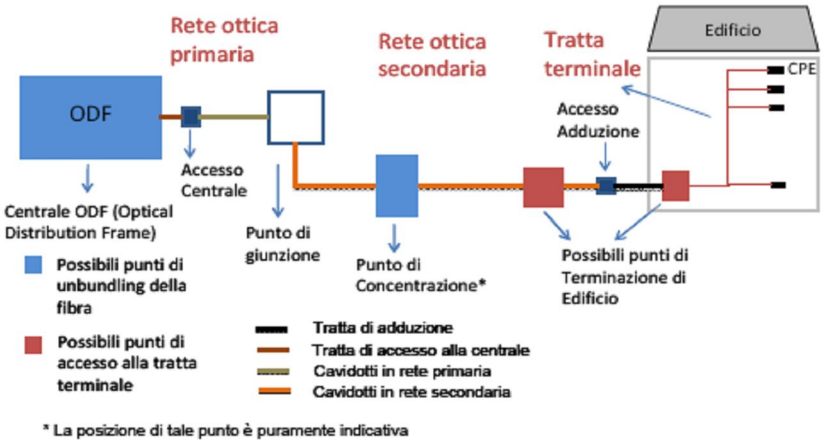
[35] C. Leporelli – P. Reverberi, *Praticabilità dell'unbundling*, *cit.*, 130.

Figura 1. Struttura delle reti di comunicazione elettronica in Italia[36]:



Le reti di comunicazione elettronica sono, pertanto, strutturate secondo una combinazione di fattori: reti ad anello per la rete di giunzione; rete *hub and spoke* per la rete di accesso secondaria[37].

Figura 2: schema della rete di accesso[38]:



Il segnale viene trasmesso tramite una frequenza sul cavo. Tra le centrali, le trasmissioni avvengono già ad altissima velocità, anche in ragione del fatto che esistono numerosi collegamenti in fibra ottica.

A livello locale, le trasmissioni vengono sensibilmente limitate dalla tecnologia attualmente in uso. Per l'accesso alla rete fissa, infatti, la componente trasmissiva

---

36 E. Ciapanna – D. Sabbatini, *La banda larga in Italia*, in *Banca d'Italia*, *Questioni di economia e finanza* n. 34, 2008, 4.
37 *Programma Isbul*, *WP 1.1 – Infrastrutture di rete fissa Ngan – Rapporto finale*, Roma 2010, 6.
38 Immagine tratta dall'Allegato B alla delibera Agcom dell'11 gennaio 2011, n. 1/11/CONS, punto 130.

attualmente più diffusa è il cavo in rame, vale a dire il c.d. doppino telefonico[39], che consente la trasmissione di segnali di tipo elettronico. Inizialmente, tale sistema veniva utilizzato per la trasmissione di segnali analogici. Il progresso tecnologico, tuttavia, ha portato ad una costante evoluzione delle reti, tanto da far mutare tecniche e capacità trasmissive, e talvolta anche le stesse componenti fisiche delle reti. Così, le tecnologie "Dsl" (*Digital Subscriber Line*), grazie a tecniche di compressione del segnale, hanno consentito di trasmettere segnale digitale con capacità di trasporto elevate anche sul doppino in rame[40], creando la c.d. banda larga[41].

La predetta tecnologia, però, ha dei grossi limiti tecnici, in quanto le prestazioni delle tecnologie Dsl diminuiscono sensibilmente all'aumentare della lunghezza del cavo in rame: maggiore è la distanza tra il terminale e la sua centrale, maggiore sarà il deterioramento del segnale[42]. Per tale motivo – vale a dire, per prevenire la dispersione del segnale – è necessario collocare le centrali quanto più vicino possibile all'utente finale.

Attualmente, fra le varie tecnologie Dsl, quella più diffusa è la c.d. Adsl (*Asymmetric Digital Subscriber Line*)[43]. Tale tecnologia, tuttavia, non consente di ottenere una capacità di banda simmetrica in *download* e in *upload*: la velocità di connessione in sede di scaricamento dei dati è, pertanto, così inferiore a quella che è possibile ottenere in sede di caricamento[44].

La figura seguente raffigura le bande frequenziali disponibili sulla rete:

---

[39] Il "doppino" è un cavo composto di due fili di rame con guaina di plastica intrecciati tra loro, noto anche come *twisted pair*.

[40] La banda in ricezione e in trasmissione (*downlink* e *uplink*) è per lo più compresa fra 160 Kb/s e 52 Mb/s, a seconda della tecnologia Dsl, delle condizioni della linea e del livello di servizio.

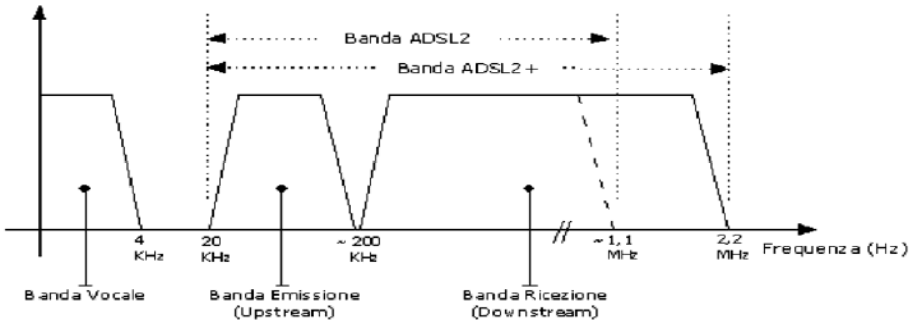
[41] La "banda" è "il flusso passante di frequenze che può essere utilizzato per la trasmissione di un segnale. Il termine "banda larga" indica "un insieme di tecnologie che consentono di fornire all'utente collegamenti di velocità notevolmente superiore rispetto quelli concessi dalla normale rete telefonica, che per definizione fornisce servizi a "banda stretta" (Corte dei conti, Sezione centrale di controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato – Ufficio di controllo sui Ministeri delle attività produttive, *Interventi per infrastrutture a "banda larga" nelle aree depresse*, 2007, 2).

[42] Anche l'interferenza fra segnali diversi (c.d. diafonia), derivanti anche da reti di trasmissione vicine, o semplicemente dalla presenza di onde radio AM, contribuisce a deteriorare il segnale.

[43] Tale tecnologia, infatti, a differenza della Hdsl, non richiede un doppino dedicato per ogni utente, ma consente di dividere la banda larga del doppino Adsl fra più utenti (c.d. *multiplexing*). L'Adsl, tuttavia, non consente di allontanarsi dalla centrale telefonica più di 3,5Km. Tramite l'Adsl, sullo stesso mezzo fisico, che in telefonia trasportava solo il segnale vocale, si trovano a viaggiare tre flussi di segnale separati. La banda vocale rimane intatta, ed è pertanto possibile utilizzare simultaneamente telefonia e internet. La suddivisione viene effettuata da circuiti a filtri passivi (c.d. *splitter*) da cui si diramano due linee: una porta il segnale telefonico analogico e l'altra porta il segnale digitale modulato.

[44] Diversamente, le tecnologie Sdsl e Hdsl consentono di trasportare unicamente traffico dati, ma con uguale velocità in entrambe le direzioni (C. Leporelli – P. Reverberi, *Praticabilità dell'unbundling*, *cit.*, 130).

Figura 3. Bande frequenziali disponibili su doppino in rame[45]:



Se l'Adsl di prima generazione consentiva velocità teoriche fino a circa 7 Mb/s, a metà degli anni dieci è stata introdotta la tecnologia c.d. Adsl2+, che consente di superare i 30 Mb/s in *download*[46] e di fruire di servizi misti voce e dati, fra cui la ricezione di segnali radiotelevisivi in tecnica digitale[47].

Con la tecnologia Adsl2+, è possibile raddoppiare la frequenza massima per la trasmissione dei dati, con un flusso di dati a velocità superiori ai 25 Mb/s. In questo caso, tuttavia, le distanze diventano un fattore ancora più critico, nella misura in cui tale tecnologia, per esplicare la massima capacità, necessita di distanze di percorrenza non superiori a 1,5 – 2 Km.

Le reti in fibra ottica si basano su una tecnologia completamente diversa. Le linee, infatti, non sono in rame, ma sono costituite da un filo in biossido di silicio. Questo materiale consente trasmissione di impulsi di luce, in grado di generare, ipoteticamente, una velocità di trasmissione di oltre 10 Gbit/s per utente.

I servizi di connettività in fibra ottica rappresentano attualmente un elemento assai desiderabile per grandi imprese e pubblica amministrazione, le cui esigenze – che possono arrivare a diverse centinaia di Mb/s – potrebbero essere soddisfatte soddisfate al meglio. In aggiunta, la rete in fibra ottica consente di avere la stessa velocità di connessione in *download* e *upload*. Tali reti vengono definite "di prossima generazione", le c.d. *Next Generation Network* ("Ngn").

---

[45] E. Ciapanna – D. Sabbatini, *La banda larga in Italia*, *cit.*, 6.

[46] F. de Brabant – P.M. Manacorda – G. Vannucchi, *Le telecomunicazioni: concorrenza, sviluppo – Reti di nuova generazione*, in P.M. Manacorda (a cura di), *I nodi delle reti – Infrastrutture, mercato e interesse pubblico*, Firenze-Antella 2010, 328. Gli A. sottolineano altresì come anche tale velocità non sarebbe sufficiente per accedere a servizi ancora più avanzati, come il teleconsulto medico o alcuni servizi di *e-commerce* (*ibid.*).

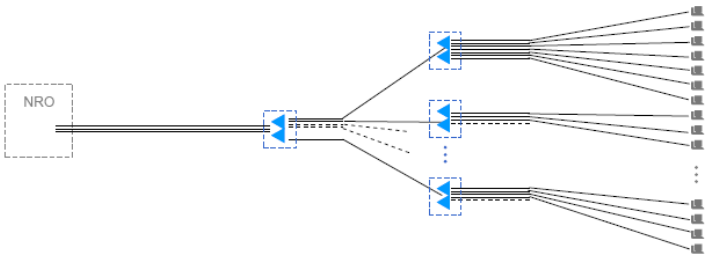
[47] R. De Martino, *Le reti di comunicazione a livello europeo*, *cit.*, 20.

Sebbene esistano già collegamenti in fibra ottica sulle reti dorsali, il cablaggio a livello di rete d'accesso è ancora scarso. Le reti Ngn possono avere varie estensioni ed architetture: possono collegare la sede dell'utente (architettura *Fiber To The Home* – "Ftth") o semplicemente l'edificio in cui quest'ultimo si trova (architettura *Fiber To The Building* – "Fttb"). La prima consente connessioni più veloci e affidabili, ma comporta costi di gran lunga superiori[48].

Una soluzione intermedia è la c.d. architettura *Fiber To The Curb* ("Fttc"), con cui la fibra viene portata nelle immediate vicinanze dell'utente, salvo collegare l'ultimo tratto con reti in rame e tecnologie Dsl (c.d. Vdsl)[49]. Sussiste, pertanto, la possibilità di combinare le due tipologie di rete, convertendo il segnale. Attualmente, la tecnologia Fttb è la più utilizzata.

L'architettura Ftth può essere implementata tramite sistemi *point-to-point* (c.d. P2P) o *point-multipoint* (c.d. GPON). Con l'architettura *point-to-point*, gli utenti vengono collegati direttamente con il fornitore di servizi di comunicazione elettronica (un cavo in fibra per ogni utente).

Figura 4. Architettura *point-to-point*[50]:

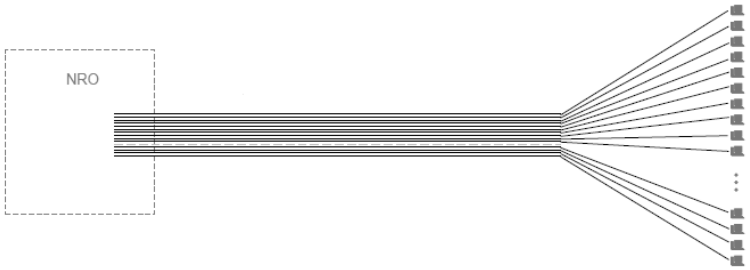


Con l'architettura *point-multipoint*, invece, le reti in fibra ottica fibre vengono condivise da più utenti[51]. La parte finale della rete verrebbe configurata "ad albero"[52].

---

[48] K.-H. Neumann – L.M. Pupillo, *New business models for Next Generation Access – Introduction*, in *Communications and Strategies* 2/2010, 13.
[49] Tale tecnologia sarebbe comunque in grado di realizzare velocità di connessione fino a 50 Mb/s (*Audizione del Presidente dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni Corrado Calabrò alla Camera dei deputati, IX Commissione permanente, Trasporti poste e telecomunicazioni*, Roma 16 settembre 2008, in *Giorn. Dir. Amm.* 11/2008, 1075).
[50] Tabella ispirata dalla delibera Arcep n. 2009-1106, 12.
[51] F. Caio, *Final Report – The Next Phase of Broadband UK: Action now for long term competitiveness – Review of Barriers to Investment in Next Generation Access*, *Final Report*, Settembre 2008, 17.
[52] Oecd – Working Party on Communication Infrastructures and Services Policy, *Public rights of way for fibre deployment to the home*, 4 aprile 2008, DSTI/ICCP/CISP(2007)5/FINAL, 9.

Figura 5. Architettura *point-multipoint*[53]:



Poiché la soluzione *point-multipoint* divide la capacità di ogni fibra tra più utenti, le connessioni hanno una capacità inferiore rispetto alle connessioni *point-to-point*. La costruzione di una rete *point-multipoint*, tuttavia, è meno onerosa.

Nella costruzione delle reti in fibra ottica, il tratto maggiormente problematico è il segmento di terminazione, ed in particolare il cablaggio all'interno dei palazzi. Da un lato, infatti, la capillarità impone di rivolgersi ad ogni singolo utente. Dall'altro lato, se gli enti locali spesso si dimostrano benevoli verso gli operatori che intraprendono opere di cablaggio, i privati potrebbero non manifestare lo stesso favore. Per tale motivo, il segmento di terminazione ben potrebbe rimanere in rame. La realizzazione di una rete di accesso in fibra ottica, peraltro, richiederebbe anche l'ulteriore potenziamento delle dorsali.

La soluzione *point-multipoint*, tuttavia, pur essendo più lenta di una rete di terminazione in fibra ottica, non avrebbe l'effetto di annullare completamente i benefici di una rete di trasporto in fibra. Visto che il rame verrebbe impiegato solamente nel tratto terminale della rete, durante la breve distanza (inferiore al chilometro) la dispersione sarebbe estremamente contenuta. In aggiunta, la rete di terminazione è dotata di maggior capillarità rispetto alle reti di trasporto e di giunzione ed è destinata a servire un numero di utenti decisamente inferiore. Conseguentemente, i cavi impiegati avrebbero uno spessore inferiore, e questo aiuterebbe a prevenire le interferenze frequenziali fra di essi.

Le reti mobili si sono sviluppate in epoca più recente e consentono la reperibilità continua e la mobilità[54]. L'evoluzione tecnologica rende possibile l'erogazione di servizi paragonabili a quelli offerti dalle reti fisse[55]. Le reti mobili si avvalgono di

---

[53] Arcep, *décision* 22 dicembre 2009, n. 2009-1106, 11.
[54] R. De Martino, *Le reti di comunicazione a livello europeo*, *cit.*, 20.
[55] Nelle comunicazioni elettroniche, sono in continua evoluzione tanto il formato dei dati trasmessi quanto la composizione delle reti. I dati, infatti, vengono ormai trasmessi con tecnica digitale; con

frequenze radio e tecnologie di vario genere (fra cui Wi-Fi e Wi-Max), collegamenti via satellite. Le reti mobili consentono di realizzare reti personali (tramite la tecnologia *Bluetooth*), reti locali (*Wireless Local Area Network – "Wlan"*) e reti cellulari (Umts).

I costi infrastrutturali delle reti mobili sono inferiori a quelli delle reti via cavo, ma hanno capacità inferiori. Le tecnologie Umts consentono, infatti, di ricevere alla velocità di alcuni Kb/s, mentre le tecnologie Hsdpa possono coprire fino a 7 Mb/s. Anche le nuove tecnologie WiMax – le cui frequenze sono state recentemente oggetto di gara da parte del Ministero dello Sviluppo Economico – Dipartimento per le Comunicazioni – garantirebbero una velocità prossima della decina di Mb/s[56].

In aggiunta, occorre considerare che l'etere è una risorsa limitata, e diverrebbe attualmente tecnicamente impossibile la piena sostituzione dei cavi con le onde radio, in quanto le bande di frequenza sono limitate. Se è vero che il recente passaggio dalla radiodiffusione televisiva dalla tecnica analogica a quella digitale ha liberato alcune frequenze da assegnare tramite asta, il problema della scarsità dell'etere è comunque destinato a ripresentarsi.

Le reti di comunicazioni mobili e quelle fisse, peraltro, sono collegate. I ripetitori delle reti mobili, infatti, trasmettono segnali derivanti anche dalle reti fisse.

---

riferimento alle reti, le nuove tecnologie hanno reso possibile la sostituzione del tradizionale segnale elettronico trasmesso tramite reti in rame con un segnale luminoso, trasmesso tramite reti in fibra ottica. Queste ultime, allo stato attuale dell'evoluzione tecnologica, hanno una capacità di gran lunga superiore a quella delle reti in rame. La domanda di servizi è cresciuta insieme alla capacità trasmissiva delle reti.

Il progressivo aumento della capacità delle reti fisiche è stato accompagnato da un'evoluzione delle reti mobili. L'evoluzione tecnologia ha infatti consentito di ottimizzare lo sfruttamento delle frequenze, fino a consentire la trasmissione di dati, con tecnica digitale, anche con onde ad altissima frequenza. Le reti mobili, tuttavia, hanno ancora una capacità inferiore rispetto alle reti fisse. In aggiunta, esse necessitano anche di una rete dorsale per la trasmissione del segnale fino al (e dal) ripetitore.

Analogamente alla capacità trasmissiva delle reti di telefonia, sono aumentati i servizi che vengono erogati. Si assiste, così, alla c.d. convergenza dei mezzi di comunicazione: i medesimo strumenti consentono di ricevere servizi di telefonia, connettività ad Internet e trasmissione di dati di vario genere – fino a comprendere anche la ricezione di segnali radiotelevisivi (sulla convergenza, si v. F. Donati – G. Morbidelli (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, Torino 2003).

In ambiente anglosassone, il concetto di convergenza è stato efficacemente riassunto come "the merging of different networks into a unified, open, global network of networks, with the capacity to convey data regardless of its kind. This convergence is primarily technological, implying the unification of network platforms by exploiting the merits of packet–based technology, and the homogenisation of all kinds of information, either voice, video or data, by the use of digital technology" (A.G. Broumas, *The Necessity of Sector Specific Regulation in Electronic Communications Law*, in *Journal of International Commercial Law and Technology*, IV, 3/2009, 177).

La convergenza ha altresì un ulteriore impatto sul mercato,nella misura in cui aggrega alcuni settori – servizi di comunicazioni elettroniche, *broadcasting*, *information technology* e realizzazione di contenuti – portando gli operatori a modificare le loro strategie per sfruttare tale assetto (*ibid.*). Si v. altresì, in argomento, A. Manganelli – P.L. Parcu, *La televisione convergente: IPTV e TV mobile*, in A. Nicita – G. B. Ramello – F. Silva (a cura di), *La nuova televisione – Economia, mercato regole*, Bologna 2008, 237 ss..

[56] F. de Brabant – P.M. Manacorda – G. Vannucchi, *Le telecomunicazioni: concorrenza*, *cit.*, 333.

Un'utenza mobile può ricevere dati da un ripetitore utilizzando onde radio, e trasmettere dati allo stesso modo. Dal ripetitore in poi, il flusso di dati circola su una rete dorsale fissa, tramite la quale l'utente mobile viene collegato ad un'utenza fissa, ovvero ad un altro ripetitore, che converte nuovamente i dati in onde radio per consentire la trasmissione ad altra utenza mobile[57]. Le reti fisse non sembrano, dunque, pienamente sostituibili con quelle mobili; al contrario, le Ngn sono necessarie anche per il potenziamento delle reti mobili.

Da ultimo, è opportuno sottolineare come le stesse infrastrutture fisiche potrebbero essere utilizzate per reti diverse. I segnali elettronici potrebbero, infatti, essere trasmessi anche avvalendosi di reti elettriche, tramite le tecniche c.d. *powerline*, sebbene tali tecnologie non costituiscano (ancora?) un'adeguata alternativa alle linee dedicate. In primo luogo, sussistono forti interferenze sulle frequenze, che vengono disturbate; in secondo luogo, il segnale è soggetto a forti dispersioni, e tale tecnologia richiede un numero elevato di ripetitori, potendo difficilmente veicolare la frequenza per più di 200 metri.

4. Perché costruire nuove reti?

Le Ngn vengono considerate un'infrastruttura essenziale, da realizzare per garantire la competitività del sistema economico ed incrementare i livelli di *welfare*[58]. Le reti di tlc consentono non soltanto la prestazione di servizi di telefonia vocale, ma anche quella di svariati altri servizi tramite le applicazioni internet: servizi relazionali, scambi di corrispondenza, conclusione di contratti di vario genere, servizi di informazione, servizi di intrattenimento, servizi bancari, servizi di pagamento ed altro ancora[59]. La connessione alla rete viene ormai da più parti considerata uno strumento fondamentale per l'esercizio dei diritti costituzionali da parte dei cittadini.

La strategia di Lisbona ravvisava nella banda larga un elemento chiave per lo

---

[57] In aggiunta, E. Pontarollo, *Reti e servizi per il XXI secolo: il ruolo dei fornitori di tecnologie*, Milano 2006, 28-29, ricorda l'esistenza di progetti di convergenza fra reti fisse e reti mobili, tramite un unico apparecchio in grado di connettersi tanto alla rete mobile, quanto alla rete fissa tramite tecnologie *bluetooth*.

[58] In tal senso, tutte le reti strategiche sarebbero un fattore di competitività del Paese (*Le reti per lo sviluppo, lo sviluppo per le reti – Rapporto Nomisma sulla politica industriale*, Roma 2003, 19).

[59] S. Sica – V. Zeno-Zencovich, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova 2007, *passim.*

sviluppo dell'Unione[60], e le istituzioni europee ne hanno progressivamente accentuato l'importanza anche in chiave di crescita economica, poiché – si ritiene – l'economia sarà sempre più basata sulle reti e sulle applicazioni internet[61]. Un sistema di reti di comunicazione elettronica efficiente genera economie esterne per le imprese, accorciando la catena del valore e aprendo nuovi mercati, oltre ad aprire di canali di approvvigionamento di servizi alternativi[62].

Oltre ad un motore dell'economia, peraltro, il *Conseil Constitutionnel* francese ha identificato nella connessione alla rete anche uno strumento indispensabile per la libertà di manifestazione del pensiero. Nel maggio del 2009, infatti, il Governo francese aveva approvato la c.d. legge *Hadopi*[63], un corpo normativo finalizzato a prevenire le violazioni del diritto d'autore anche sui mezzi informatici ed a sanzionare i colpevoli, in cui le sanzioni, per gli utenti sorpresi a "scaricare" illegalmente contenuti coperti dal diritto d'autore, potevano comprendere anche l'esclusione temporanea dalla connessione ad internet. La legge, tuttavia, è stata censurata dal *Conseil Constitutionnel*, che ha configurato la connessione come strumento imprescindibile per l'esercizio di un diritto fondamentale[64].

In un recente documento programmatico, il Governo italiano non ha esitato a definire le reti di tlc "Rete delle Reti", in quanto strumenti indispensabile per lo sviluppo e la competitività di tutte le altre, e per questo il suo sviluppo sarebbe è al centro dell'attenzione del Governo[65]. In tal senso, si è posto anche il Presidente

---

[60] In argomento, si v. Commissione europea, *Preparare il futuro digitale dell'Europa- Riesame intermedio dell'iniziativa i2010*, COM(2008) 199 def.; Commissione europea, *Europa 2020 Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, COM(2010) C 2020.

[61] Commissione europea, *Un'agenda digitale europea*, COM(2010) C 245 def/2, 20.

[62] *Le reti per lo sviluppo, lo sviluppo per le reti – Rapporto Nomisma sulla politica industriale*, Roma 2003, 47, e spec. 138-139.

[63] *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, 12 giugno 2009, n. 669-2009.

[64] Fra le varie censure, è stato sottoposto all'attenzione dei giudici costituzionali anche il nuovo art. 332-1 del codice delle comunicazioni elettroniche francese. In base a tale disposizione, la *Commission de protection des droits* ("*Commission*") poteva contestare l'eventuale comportamento illegittimo del titolare dell'accesso alla rete, intimandone la cessazione. In caso di ulteriori infrazioni nell'arco di un anno, la *Commission*, ad esito di una procedura in contraddittorio con la parte, poteva disporre la sospensione dell'accesso alla rete per un periodo da due mesi ad un anno. Il *Conseil constitutionnel* ha censurato la disposizione in esame non soltanto perché il sistema prevedeva una presunzione di colpevolezza – in quanto l'individuazione del responsabile avveniva sulla mera base dell'indirizzo IP –, ma anche e soprattutto in quanto l'accesso alla rete non costituirebbe un mero servizio, ma addirittura un mezzo per assicurare la libertà di espressione, tutelata dall'art. 11 della *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, la cui limitazione è sottoposta a riserva di giurisdizione (*Conseil Constitutionnel*, *décision* 10 giugno 2010, 2009-580, su cui B. Carotti, *L'accesso alla rete e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Giorn. Dir. Amm.,* 6/2010, 644-645). Le disposizioni in esame sono poi state sostituite dalla c.d. legge Hadopi 2 (*Loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet*, 28 ottobre 2009, 2009-1311), che ha recepito gli orientamenti della Corte costituzionale francese (al riguardo, si v. N. Lucchi, *Le regole della comunicazione e dell'informazione nell'era di internet*, in *Giorn. Dir. Amm.* 8/2010, 858 ss.).

[65] Ministero dello Sviluppo Economico – Dipartimento per le Comunicazioni, *Piano Italia Digitale*, 2010, 4.

dell'Agcom, secondo il quale "le infrastrutture di comunicazione elettronica son l'asse portante di un'economia basata sui servizi quale è quella italiana"[66].

Il rapporto sullo sviluppo della banda larga in Italia reso da Francesco Caio, esperto a cui il Ministero dello Sviluppo Economico – Dipartimento per le Comunicazioni aveva commissionato il rapporto nell'ottobre del 2008 (c.d. "Rapporto Caio"), ha evidenziato come la realizzazione delle reti di nuova generazione, pur richiedendo investimenti nell'ottica di miliardi di euro, potrebbe arrecare benefici nel lungo periodo[67]. Secondo il governo, oltre a costituire un motore dell'economia, le nuove reti potrebbero consentire di realizzare sostanziali risparmi di spesa alla Pubblica Amministrazione, aumentare l'occupazione ed accelerare la crescita, tanto del Pil quanto del settore delle *information and communication technologies*[68].

Quanto precede evidenzia la necessità di potenziare le reti entro tempi ragionevolmente brevi, per assicurare il mantenimento dei livelli standard e assecondare lo sviluppo di nuovi servizi, prodotti ed applicazioni. Su tali basi, viene ipotizzato un intervento pubblico, finalizzato ad agevolare la realizzazione delle Ngn.

Al riguardo, è possibile distinguere le misure di regolazione in senso proprio da quelle di politica industriale. Costituiscono misure di politica industriale le misure che non hanno una valenza meramente tecnica, ma implicano scelte assunte da un organo caratterizzato da *accountability* politica. In tal senso, l'intervento dello Stato può avere vari livelli di intrusività. L'attore pubblico, infatti, può (i) creare direttamente le infrastrutture necessarie; (ii) finanziarle; (iii) introdurre una regolamentazione incentivante.

Sull'altro versante, l'intervento dello Stato può manifestarsi sotto forma di regolazione procompetitiva. Questo tipo di intervento ha carattere prevalentemente tecnico, nella misura in cui sono finalizzate alla creazione di un mercato competitivo

---

[66] *Le nuove reti del sistema delle comunicazioni elettroniche – Audizione del Presidente dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni Corrado Calabrò*, *cit.*, 1081. Gli investimenti nelle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, peraltro, sarebbero quelli che producono i maggiori effetti sul sistema economico di un Paese (*Ibid.*). Parte della scienza economica ha potuto rilevare anche che "la seconda generazione di forme elettriche di comunicazione – personal computer, Internet, il World Wide Web, e le tecnologie wireless di comunicazione – ha messo in connessione tra loro il sistema centrale nervoso di oltre un miliardo di persone in tutto il pianeta alla velocità della luce. Sebbene le nuove rivoluzioni di software e della comunicazione abbiano iniziato a migliorare la produttività in ogni settore industriale, il loro pieno potenziale è lungi dal dirsi pienamente realizzato" (J. Rifkin, *Europa, passa all'idrogeno: sarà la rivoluzione per una nuova era*, 10 marzo 2010, disponibile su http://cetri-tires.org/press/?p=213&lang=it).

[67] F. Caio, *Portare l'Italia verso la leadership europea nella banda larga Considerazioni sulle opzioni di politica industriale – Presentazione sulle conclusioni del progetto al Ministero dello Sviluppo Economico – Comunicazioni*, 12 Marzo 2009.

[68] *Piano Italia Digitale*, *cit.*, 6 ss.; Agcom, *Segnalazione al Governo in tema di liberalizzazione e crescita: Un'agenda digitale per l'Italia*, 12 gennaio 2012.

e vengono emanate da organi diversi dalle classiche istituzioni di governo. L'instaurazione di un regime concorrenziale nei servizi già caratterizzati da un monopolio legale, infatti, non si accontenta della rimozione del regime di riserva, ma richiede anche l'adozione di misure per aprire il mercato, consentendo ai nuovi entranti di accedere alla rete del monopolista[69]. L'accesso alle reti può essere definito come la possibilità di usufruire della rete, riconosciuto ad un soggetto nei confronti del suo titolare.

Nel settore delle comunicazioni elettroniche, parte della scienza giuridica ha sottolineato che "il riconoscimento dei diritti d'accesso e di interconnessione [...] permette di rimediare all'incompatibilità fra libertà di iniziativa economica e limitatezza delle reti". In tal senso, il diritto d'accesso è ricompreso nel diritto di erogare il servizio a cui la rete è destinata[70]. Verrebbero, così, tutelate non solo la libertà di manifestazione del pensiero, ma anche la libertà d'iniziativa economica[71].

In ragione dell'importanza delle reti di tlc, la strategia europea punta ambiziosamente a collegare tutti gli europei con velocità superiori a 30 Mb/s, portando il 50% delle famiglie a 100 mb/s, entro il 2020[72], con una particolare attenzione alla riduzione del *digital divide* che affligge alcune zone[73].

Rispetto alle reti esistenti, la realizzazione delle reti in fibra e la regolazione della concorrenza nella prestazione di servizi su tali reti pongono problemi diversi rispetto a quelli affrontati in sede di liberalizzazione dei servizi su reti in rame. L'apertura del

---

[69] L'avvio della liberalizzazione ha portato all'individuazione della nozione di rete e si sono moltiplicati i soggetti interessati da quest'ultima. Laddove, nel periodo antecedente alla liberalizzazione, erano presenti solamente due figure (prestatore del servizio e fornitore dei contenuti), oggi l'ordinamento prevede la coesistenza di un soggetto proprietario della rete, un gestore, un prestatore di servizi e, in determinati casi, un fornitore di contenuti (R. Zaccaria – A. Valastro, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova 2010, 237).

[70] M. Conticelli, *I diritti di accesso e di interconnessione nella nuova disciplina dei servizi pubblici a rete*, in *MCR*, 2/2001, 372.

[71] L. Saltari, *Accesso e interconnessione – La regolazione delle reti di comunicazione elettronica*, Milano 2008, 21. Lo stesso Codice delle comunicazioni elettroniche dispone, all'art. 3, comma 1, che "[i]l Codice garantisce i diritti inderogabili di libertà delle persone nell'uso dei mezzi di comunicazione elettronica, nonché il diritto di iniziativa economica ed il suo esercizio in regime di concorrenza, nel settore delle comunicazioni elettroniche".

[72] Tali risultati avrebbero un costo economico difficilmente quantificabile, ma in ogni caso considerevole: secondo le stime di alcune società di consulenza e gruppi bancari riferite dalla Commissione, "occorrerebbero tra 38 e 58 miliardi di euro di investimenti per raggiungere la copertura per tutti alla velocità di 30 Mb/s entro il 2020 (combinando il Vdsl e le connessioni *wireless* di futura generazione) e tra 181 e 268 miliardi di euro per fornire una copertura sufficiente a far sì che il 50% delle famiglie abbia accesso a servizi alla velocità di 100 Mb/s" (Commissione europea, *La banda larga in Europa: investire nella crescita indotta dalla tecnologia digitale*, COM(2010) C 472 def, 5). Secondo altra parte della scienza economica, invece, per realizzare una rete d'accesso di prossima generazione occorrerebbero 15 anni e investimenti per 300 miliardi di euro (*Mc Kinsey Analysis*, richiamata dalla Commissione Europea nel MEMO/08/572, "*Broadband: Commission consults on regulatory strategy to promote high-speed Next Generation Access networks in Europe – frequently asked questions*").

[73] L. Papadias – F. Chirico – N. Gaàl, *The new State Aid Broadband Guidelines: not all Black and White*, in *Competition Policy Newsletter* 3/2009, 17.

mercato, infatti, è stata finora basata sull'accesso ad una rete già costruita dall'operatore storico, ex monopolista ed azienda di Stato, per la quale gli investimenti erano stati, perlopiù, già effettuati e ammortizzati. Anche in un contesto semplificato dalla presenza di una rete già realizzata, peraltro, è arduo garantire l'introduzione di una concorrenza effettiva, tuttora carente in alcuni mercati.

Le reti in fibra, tuttavia, non sono ancora state realizzate. La disciplina giuridica delle nuove reti loro costruzione dovrebbe, dunque, da un lato, assicurare un mercato competitivo nella prestazione dei servizi di comunicazione elettronica su fibra; dall'altro garantire un terreno ed una normativa favorevole agli investimenti[74]. I paragrafi che seguono analizzano le misure adottate dallo Stato per la realizzazione delle infrastrutture.

[74] Sulla diversità della regolazione delle reti in fibra ottica rispetto a quelle tradizionali, si v. M. Lebourges, *Competition* via *Investment, an Efficient Model for FTTH Rollout*, in *Communications and Strategies* 2/2010, 45 ss..

Capitolo II – Gli interventi di politica industriale

1. Ragioni dell'intervento pubblico

Nell'Italia post-fascista, diversi servizi a rete venivano gestiti direttamente dallo Stato, in forza di una riserva in base all'art. 43 Cost.[1]: telefonia, fornitura di energia elettrica e gas, servizi postali, trasporto ferroviario, servizi idrici e altro ancora. In tale fase, lo Stato aveva grande libertà d'intervento, poiché non esisteva un contesto competitivo da tutelare.

Il processo di liberalizzazione e quello successivo di privatizzazione, tuttavia, hanno modificato l'intensità e le modalità dell'intervento pubblico. Quest'ultimo aveva, infatti, alcune caratteristiche poco compatibili con un'economia di mercato, prima fra tutte la tendenziale mancanza dell'orientamento al profitto. La sovranità, peraltro, consente allo Stato di gestire le eventuali sovraesposizioni economiche con strumenti non disponibili ai soggetti privati, finanziando le proprie attività tramite l'erario, diventando debitore di sé stesso, e alleviando la pressione dei creditori[2]. Lo Stato può, altresì, avvalersi di poteri coercitivi. Su tali scenari si è, tuttavia, posato l'occhio dell'Unione europea, per contenere le distorsioni della concorrenza provocate dallo Stato, tanto tramite l'erogazione di aiuti quanto tramite una conduzione sbagliata del mercato[3].

Nondimeno, in alcune circostanze, il mercato potrebbe avere bisogno dell'intervento pubblico. Così, qualora il mercato non sia in grado di produrre in misura sufficiente i beni ritenuti necessari, lo Stato sarebbe chiamato a correggere tale imperfezione. La produzione di beni da parte dello Stato richiede allora valutazioni politiche in relazione all'opportunità che la collettività fruisca di un bene, in quanto lo Stato avrebbe interesse a colmare fallimenti di mercato solamente in vista del conseguimento di un'utilità per la collettività o per lo Stato stesso, e su tali basi viene definita la politica industriale.

---

[1] In argomento, G. Napolitano, *I servizi pubblici*, in S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma – Bari 2007, 131-134.

[2] F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, vol. III, Padova 2009, 816, secondo il quale l'intervento pubblico, in talune circostanza, avrebbe "distrutto di ricchezza".

[3] In tal senso, pare emblematico il caso *Consorzio Industrie di Fiammiferi (CIF)*, in cui la Corte di giustizia delle Comunità europee ha sanzionato una regolamentazione pubblica che favoriva un cartello (Cgce, Sentenza 9 settembre 2002, Causa C-198/01, *Consorzio Industrie di Fiammiferi c. Agcm*, Racc. I-8055), su cui si v. G. Napolitano, *Il diritto della concorrenza svela le ambiguità della regolamentazione amministrativa*, in *Giorn. Dir. Amm.* 11/2003, 1140 ss.).

I beni che lo Stato ha interesse a produrre vengono comunemente definiti "meritori" [4]. Alcune tipologie di infrastrutture e reti possono apportare allo Stato benefici anche di natura economica. Un sistema infrastrutturale ben sviluppato potrebbe attrarre investimenti dall'estero, incrementando la produzione nazionale; viceversa, le carenze infrastrutturali vengono talvolta denunciate come un freno alla crescita[5].

Gli interventi pubblici potrebbero essere dettati anche da ragioni di coesione sociale[6] e di miglioramento della qualità di vita degli utenti dei servizi, tramite misure di regolazione[7]. La forza e la stabilità di uno Stato, peraltro, sono strettamente legati alle condizioni di vita dei cittadini: in tempi passati, si evidenziava come la grandezza e la forza di uno Stato – talvolta, identificato con il suo sovrano – fossero strettamente legate alla felicità del suo popolo, tanto che, già nel diciottesimo secolo, la lucida analisi di Ludovico Antonio Muratori sottolineava quanto fosse importante che il principe e i suoi ministri s'interessassero alla "pubblica felicità". Egli insegnava, infatti, al giovane Francesco III, futuro duca di Modena e Reggio, che non potranno "mai essere lodevoli o buoni ministri coloro [che,] [...] intenti al solo proprio profitto, niun pensiero vogliono spendere per migliorare i pubblici affari, senza riflettere che il Bene pubblico, il bene anche dei privati, torna in bene del Principe stesso"[8]. Secondo Muratori, "il molto popolo e il molto danaro d'un paese ricco rende ricco ancora il principe... Il popolo è la possessione più fruttuosa che possa avere il principe, ma se il principe non si cura d'ingrassare questo podere, pensando solo a ricavarne dell'entrata, anzi va tagliando oggi una e domani un'altra fila di alberi, ridurrà egli sé stesso e il podere in miseria"[9].

Fra tutti i beni meritori, le reti di comunicazione elettronica potrebbero favorire crescita economica e miglioramento delle condizioni di vita. Definite anche "la spina dorsale della moderna intelligenza collettiva, della nuova economia; [...] il tessuto connettivo della società non localizzata d'oggi, dell'ecosistema digitale"[10], la loro

---

[4] G. Napolitano – M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna 2009, 71-72.
[5] P.M. Manacorda – C. De Vincenti, *Introduzione*, in P.M. Manacorda (a cura di), *I nodi delle reti – Infrastrutture, mercato e interesse pubblico*, Firenze-Antella 2010, 23. Per un'analisi recente dei benefici economici di un sistema infrastrutturale ben sviluppato, si v. B. Égert – T. Kozluk – D. Sutherlan, *Infrastructure and Growth - Empirical evidence*, OECD Economics Department Working Papers No. 685, OECD Publishing 2009.
[6] A. Estache – M. Fay, *Current Debates on Infrastructure Policy*, in *Commission on Growth and Development – Working Paper 49*, November 2009, 14. Si v., in argomento, anche A. Vigneri, *Coesione sociale e tutela della concorrenza in un sistema multilivello*, in C. De Vincenti – A. Vigneri (a cura di), *Le virtù della concorrenza*, Bologna 2006, 73 ss..
[7] G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova 2001, 576 ss..
[8] L.A. Muratori, *Della pubblica felicità oggetto de' buoni principi*, Lucca 1749, 28.
[9] L.A. Muratori, *Rudimenti di filosofia morale per Francesco III*, Modena 1752.
[10] Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, *Relazione annuale 2011 sull'attività svolta e sui programmi di lavoro, presentazione del Presidente Corrado Calabrò*, Roma 2011, 9.

realizzazione consente la prestazione dei servizi necessari non solo al sistema produttivo, ma anche al miglioramento della qualità della vita e dell'esercizio di libertà fondamentali, come la libertà di manifestazione del pensiero. La creazione delle reti in fibra ottica potrebbe anche portare ad un maggiore sviluppo dell'economia nazionale[11]. Proprio in tempi di congiuntura economica, peraltro, la pubblica amministrazione sceglie, talvolta, di potenziare lo stock di capitale tramite investimenti infrastrutturali[12]. Secondo parte della scienza giuridica, tutte le grandi reti, in quanto motore di scambio, relazione, confronto e movimento, sarebbero anche un motore di democrazia[13]. La loro realizzazione è stata, così, a lungo considerata compito dello Stato[14].

Una volta verificata l'esistenza di un interesse pubblico e di una volontà politica alla produzione di un bene, lo Stato interviene nel caso in cui i beni in questione non possano essere adeguatamente prodotti tramite il mercato, rimediando ai suoi fallimenti. Nel caso in esame, l'intervento pubblico dovrebbe consentire la realizzazione di infrastrutture idonee ad assicurare servizi di livello quantitativo e qualitativo adeguato, anche tramite una regolamentazione che consenta il raggiungimento dell'efficienza economica e di quella allocativa[15]. L'intervento pubblico deve, però, rispettare diverse condizioni, prima fra tutte il divieto di aiuti di Stato sancito dall'art. 107 Tfue.

I paragrafi che seguono analizzano le modalità degli interventi di politica industriale nella costruzione delle reti tramite le lenti della costruzione delle Ngn. Quale deve essere il ruolo dello Stato? Titolare delle nuove infrastrutture da realizzare, finanziatore o mero partner al fianco dei privati? L'analisi evidenzia come la

---

[11] In tal senso, *ex multis*, *Programma Isbul*, *W.P. 2.2 – Le condizioni di sostenibilità economico/finanziaria di una Ngn*, Roma 2010, 16; *Preparare il futuro digitale dell'Europa*, *cit.*; *Europa 2020*, *cit.*. Per un quadro delle applicazioni potenziali, si v., altresì, Confindustria, *Servizi e Infrastrutture per l'Innovazione Digitale del Paese*, 15 giugno 2009. Di tali fattori parrebbe consapevole il Ministero dello Sviluppo Economico – Dipartimento per le Comunicazioni (si v. *Piano Italia Digitale*, 2010, 4). In tal senso, l'accesso alla banda larga costituirebbe una sorta di servizio universale sostanziale, da realizzare entro il 2011 (F. de Brabant – P.M. Manacorda – G. Vannucchi, *Le telecomunicazioni: concorrenza, sviluppo – Reti di nuova generazione*, in P.M. Manacorda (a cura di), *I nodi delle reti*, *cit.*, 329).

[12] L. Giampaolino, *Gli investimenti nelle Opere Pubbliche nel contesto del contenimento della spesa e lo scenario delle realizzazioni delle opere pubbliche in Italia. Le più frequenti criticità riscontrate e le criticità sistemiche: dalla iper-regolamentazione all'invasività giudiziaria. La corruzione e i "quattro pilastri" per la sua lotta: l'etica, la trasparenza attraverso l'uso dell'ICT, la semplificazione e il controllo*, Lectio Magistralis, tenuta a Napoli il 6 maggio 2011 nell'ambito del Convegno *Grandi infrastrutture e opere per lo sviluppo locale: garanzie e risultati*, ora in www.giustamm.it.

[13] *Le reti per lo sviluppo, lo sviluppo per le reti – Rapporto Nomisma sulla politica industriale*, Roma 2003, 192.

[14] G. Della Cananea, *Per un nuovo assetto delle reti di servizi pubblici*, in *Munus* 1/2011, 3.

[15] A. Biancardi, *Regole e discrezionalità: la ricerca di un difficile equilibrio nella regolazione infrastrutturale*, in A. Biancardi (a cura di), *L'eccezione e la regola. Tariffe, contratti e infrastrutture,* Bologna 2009, 21-22.

costruzione delle reti in fibra ottica si pongano in parziale controtendenza rispetto all'evoluzione del ruolo dello Stato.

2. Costruzione e gestione pubblica delle infrastrutture Ngn

2.1. La titolarità delle infrastrutture: verso un ritorno alla proprietà pubblica?

Nella realizzazione delle infrastrutture, la forma di intervento pubblico più penetrante consiste nella costruzione e gestione diretta da parte dello Stato, che viene a sostituirsi o ad aggiungersi agli operatori di mercato. Tale intervento è particolarmente intenso e può comportare persino la titolarità delle infrastrutture in capo allo Stato. Sebbene gli ultimi cinquant'anni abbiano visto diminuire le infrastrutture e, più in generale, i beni di proprietà pubblica, nelle Ngn, tuttavia, lo Stato ricopre talvolta un ruolo attivo nella realizzazione di opere, per certi aspetti in controtendenza.

2.1.1. Dal pubblico al privato

Per molto tempo, il diritto di proprietà è stato anche un mezzo di esercizio del potere: prima ancora della nascita degli Stati moderni, in determinati contesti la proprietà costituiva un fattore di stabilizzazione dell'autorità sovrana.

Specialmente nei secoli undecimo e dodicesimo, il re, in quanto tale, disponeva liberamente dei beni e dei diritti pertinenti al Regno (le c.d. *regalie*) e poteva concederli in proprietà (più tardi, in feudo[16]) ai propri sudditi. Il diritto di proprietà e quello di feudo potevano, in tali casi, essere anche corredati dall'esercizio della potenza pubblica e di prerogative sovrane, quali l'esercizio della giurisdizione e la difesa militare[17], tanto che la proprietà poteva, talvolta, consentire la stabilizzazione

[16] P. Brancoli Busdraghi, *La formazione storica del feudo lombardo come diritto reale*, Spoleto 1999, 234-240.
[17] G. Tabacco, *L'allodialità del potere nel medio evo*, in G. Tabacco, *Dai re ai signori*, Torino 2000, 15 ss. e *passim*; in senso contrario, S. Rodotà, *Note su proprietà e sovranità*, in *Politica dir.*, 1993, 171 ss., che identifica, invece, un'unione assoluta tra proprietà e sovranità.

del potere pubblico[18]. La titolarità dei beni pubblici da parte dei sovrani era, dunque, un importante presupposto del controllo sullo Stato (inteso in senso lato).

In tale fase, tuttavia, il Regno non aveva i mezzi, né, del resto, l'ambizione, di porre in essere una politica economica unitaria, da attuare anche mediante la proprietà dei beni. Tale stato di fatto cambiò parzialmente col sorgere di entità politiche locali (comuni, signorie territoriali)[19]: nel corso del tredicesimo secolo, tali enti sviluppano talvolta politiche di costruzione delle strade e sulla penisola italica si ravvisano persino casi di regolazione economica avanzata. Si riscontrano, così, corporazioni che dettano standard di qualità dei prodotti (Cremona), nonché misure di liberalizzazione (Pavia); a Firenze e a Venezia vennero adottate persino misure antimonopolistiche[20]. Analogamente, costituiva forma di regolazione pro competitiva anche l'applicazione della *lex mercatoria*[21], vale a dire gli usi mercantili.

Nel corso del diciassettesimo secolo, tuttavia, successivamente al declino delle Città-Stato[22], le loro politiche vengono sostituite da quelle del sovrano, talvolta con "statalizzazione" della normativa commerciale. In Francia e Regno Unito, p.e., vengono introdotte misure protettive di vario genere, volte a sostenere non soltanto i mercati tradizionali (nel Regno Unito, lana e costruzioni navali), ma anche le nuove industrie (ferro; cotone). Per altro verso, si riaffermano monopoli, cartelli e misure protettive[23].

Tale tipo di intervento coincide con l'avvento degli Stati assoluti, ma sarà in parte rimesso in discussione appena un secolo più tardi dalla crescita della classe borghese e dallo sviluppo dei sistemi economici. Le correnti illuministe potenziarono, infatti, la dottrina del liberalismo economico, e sulla scia di tali nuovi filoni di pensiero economico furono varati progressivi interventi favorevoli alla classe borghese[24]. Nondimeno, la scienza economica di tale periodo riteneva che fosse appannaggio dello Stato la realizzazione delle opere pubbliche necessarie alla vita sociale[25].

---

[18] In tal senso, A. Lolli, *Proprietà e potere nella gestione dei beni pubblici e dei beni d'interesse pubblico*, in *Dir. Amm.*, 1/1996, 54 ss..
[19] M. Ascheri, *Le città-Stato*, Bologna 2006, 93-144.
[20] C.M. Cipolla, *Storia economica dell'Europa pre-industriale*, Bologna 2002, 283-286. È, tuttavia, incerta la reale incidenza delle misure in esame, soprattutto per quanto riguarda la loro applicazione da parte delle autorità *illo tempore* competenti, in un sistema in cui i poteri pubblici non avevano l'organizzazione e la struttura dell'epoca post-industriale.
[21] M. D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna 2008, 17.
[22] M. Ascheri, *Le città-Stato*, Bologna 2006, 147 ss..
[23] M. D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, *cit.*, 18.
[24] M. D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, *cit.*, 23-24.
[25] G. Della Cananea, *Per un nuovo assetto delle reti di servizi pubblici*, in *Munus* 1/2011, 3, ricorda il pensiero di A. Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nation*, 1976, V.I.3.

Dopo la rivoluzione francese, sono progressivamente diminuiti i beni di proprietà dello Stato. Si pensi, p.e., che in Francia, allo scopo di intensificare gli scambi, furono rimessi in circolazione beni della Corona. Nonostante l'arretramento di una delle leve dell'intervento pubblico nell'economia (vale a dire, la proprietà di beni), tuttavia, in Francia i beni destinati all'uso pubblico o ad un pubblico servizio rimasero sottratti alla circolazione, in modo da assicurarne la fruizione collettiva. Per tali beni, la proprietà statale era necessaria anche per assoggettarli ad un regime speciale e preservarli dall'applicazione diritto comune[26] – forse anche perché lo Stato appariva ancora troppo debole per tutelarne la destinazione con regolamentazione di altro genere[27].

Le filosofie individualistiche ottocentesche, prevalentemente di derivazione inglese, invocarono, però, con crescente convinzione la non ingerenza dello Stato dall'economia, orientandolo verso il liberismo economico[28]. Così, anche nell'Italia post-unitaria, le spinte liberistiche portarono alla privatizzazione di beni di proprietà pubblica: beni dell'asse ecclesiastico, stabilimenti termali, miniere, canali navigabili[29].

Anche in Italia, tuttavia, in molti casi i beni destinati ad un pubblico servizio vennero assoggettati ad un regime differenziato, in quanto la proprietà pubblica veniva considerata necessaria per tutelare l'interesse pubblico, prevenendo l'inefficienza dei monopoli privati[30]. In aggiunta, nell'Italia del primo Novecento, la produzione di beni e servizi ha consentito allo Stato liberale di espandere le sue basi sociali, tramite un accordo tra socialisti e liberali per procedere alle

---

[26] A. Lolli, *Proprietà e potere*, *cit.*, 54 ss.. Secondo l'A., la proprietà pubblica non deve necessariamente essere caratterizzata dalla doverosità, ma piuttosto dalle facoltà di godimento (*ibid.*).

[27] In tal senso, se è vero che le politiche di controllo dell'economia mediante strumenti normativi adottate in epoca preindustriale si rivelavano spesso inefficaci, per altro verso, è interessante notare come molti strumenti regolatori accreditati in epoca passata siano radicalmente opposti a quelli su cui si basa il mercato unico europeo, e denotano così una diversa concezione economica. Ancora nel basso medioevo, infatti, erano tanto frequenti quanto inefficaci misure volte a controllare il mercato del lavoro limitando i flussi migratori (C.M. Cipolla, *Storia economica*, *cit.*, 222 ss.). Analogamente, nell'Europa occidentale fra il tredicesimo e il quattordicesimo secolo venivano adottate misure per contenere i consumi (*ibid.*, 279) e certe misure di controllo del mercato del lavoro miravano prevalentemente a stimolare la concorrenza dal lato dell'offerta, consentendo, invece, ai datori di lavoro di porre in essere veri e propri cartelli dal lato della domanda (*ibid.*, 286).

[28] F. Cocozza, *Diritto pubblico applicato all'economia*, Torino 2003, 33.

[29] S. Cassese, *La "vecchia" costituzione economica: i rapporti tra Stato ed economia dall'Unità ad oggi*, in S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, *cit.*, 10.

[30] A. La Spina – G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna 2000, 17; G. Napolitano – M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, *cit.*, 68. In tal senso, la radiodiffusione televisiva costituisce un valido esempio di monopolio pubblico istituito per favorire la cura di un interesse pubblico. Nel settore in esame, infatti, veniva affermata la necessità di un monopolio statale al fine di garantire il pluralismo informativo (si v. R. Zaccaria – A. Valastro. *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova 2010). Sull'inefficienza dei monopoli – che talvolta appare più grave di quanto non sia effettivamente – si v. R. Posner, *Natural Monopoly and its Reguation*, Washington 1999.

municipalizzazioni[31]. Nel medesimo periodo, inoltre, l'intervento pubblico sarebbe stato dettato anche dalla necessità di colmare la distanza rispetto ad altri Paesi maggiormente industrializzati, come il Regno Unito[32].

Dopo la crisi del '29, lo Stato è venuto, di fatto, nuovamente ad incrementare il proprio controllo sull'economia[33], ma ne veniva talvolta precisato il carattere *sussidiario*. In tal senso, è interessante notare come la Carta del lavoro fascista avesse cura di precisare che "l'intervento dello Stato nella produzione economica ha luogo soltanto quando manchi o sia insufficiente l'iniziativa privata e quando siano in gioco interessi politici dello Stato" (dich. IX). Tramite il formale riconoscimento dei principi della dottrina liberale, la dottrina economica fascista faceva proprio anche il principio del primato dell'iniziativa economica privata[34].

L'intervento dello Stato poteva assumere la forma del controllo, dell'incoraggiamento e della gestione diretta di beni e/o servizi. Crescenti bisogni di carattere economico sociale hanno, così, portato all'affermarsi dello *Stato sociale*[35]. Tramite l'Istituto per la Ricostruzione Industriale ("Iri"), sono stati ascritti alla proprietà statale anche gruppi industriali, fra i quali industrie siderurgiche e meccaniche, nonché linee di trasporto d'interesse nazionale[36]. Lo Stato ha, così, affermato il suo ruolo come Stato-proprietario e Stato-imprenditore[37]. La proprietà pubblica è diventata una delle leve dell'intervento nell'economia.

In seguito alla caduta del Fascismo, la Costituzione non ha intaccato il ruolo attivo dello Stato; ben al contrario, la Repubblica ha confermato la presenza pubblica nell'economia, che, per certi aspetti, è stata persino rafforzata. Da un lato, infatti, l'art. 41, comma, 3, parifica l'iniziativa economica pubblica a quella privata, disponendo che la legge determina i programmi ed i controlli perché "l'attività economica *pubblica e privata*" (corsivo aggiunto) possa essere indirizzata a fini sociali. Dall'altro lato, l'art. 43 Cost. consente allo Stato di riservare a sé o a comunità di lavoratori servizi aventi determinate caratteristiche[38], ma solamente "a fini di utilità generale" e con riserva di legge. La Costituzione repubblicana ha, quindi, portato una limitata parificazione dell'iniziativa statale e di quella privata:

---

[31] G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, *cit.*, 79.
[32] M. D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, *cit.*, 27.
[33] S. Cassese, *Lo Stato fascista*, Bologna 2010, 22, ravvisa proprio nella crisi economica, più che nell'avvento del fascismo, lo spartiacque del mutamento della politica di intervento pubblico. In tale periodo, il controllo pubblico sull'economia veniva affermato anche tramite il corporativismo (*ibid.* 72).
[34] F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, *cit.*, 212-213.
[35] F. Cocozza, *Diritto pubblico applicato all'economia*, Torino 2003, 34.
[36] S. Cassese, *La "vecchia" costituzione economica*, *cit*, 18.
[37] F. Cocozza, *Diritto pubblico applicato all'economia*, *cit.*, 35.
[38] G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, *cit.*, 160 ss..

fintantoché lo Stato agisce in condizioni di parità, il suo intervento è libero; laddove tuttavia lo Stato si avvalga di poteri coercitivi, riservandosi determinate attività, l'intervento pubblico viene assoggettato a determinate condizioni[39].

L'evoluzione della seconda metà del Ventesimo Secolo, tuttavia, ha portato ad ipotizzare che il principio della titolarità pubblica dei beni come strumento di tutela dell'interesse pubblico stesse per tramontare. Il processo di privatizzazione ha portato a ritenere che l'appartenenza dei beni allo Stato dovesse venire sempre più soppiantata da strumenti più moderni[40]. Gli ordinamenti contemporanei, infatti, hanno caratteristiche diverse da quelli ottocenteschi: lo Stato ha un'organizzazione più avanzata e sono mutati oggetto e tecniche di tutela, tanto da consentire la soddisfazione di interessi pubblici anche tramite l'azione privata, con buona pace della necessaria appartenenza di beni allo Stato[41].

Anche la riforma costituzionale del 2001 sembra testimoniare tale evoluzione e il primato dell'iniziativa privata. L'art. 118, comma 4, Cost., infatti, dispone ora che lo Stato e gli enti territoriali "favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività d'interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà". L'intervento pubblico viene, dunque, giustificato solamente nella misura in cui sia carente l'iniziativa privata. Lo Stato ricopre, così, il ruolo di guardiano dell'iniziativa privata[42].

Anche i mercati dei settori a rete sono stati interessati dal processo di arretramento del ruolo dello Stato, diventando oggetto di una duplice apertura. Da un lato, è stata liberalizzata la prestazione dei servizi; dall'altro, sono stati privatizzati diversi attori statali[43].

---

[39] F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, *cit.*, 214.

[40] Sul processo di privatizzazione, si v. M. Clarich, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. Amm.* 2/1995, 519 ss.; S. Frego Luppi, *L'amministrazione regolatrice*, Torino 1999.

[41] N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma – Bari 1998, 142-143, secondo cui "l'identificazione tra interesse pubblico ed ente pubblico (sicché il primo possa essere perseguito e soddisfatto soltanto dal secondo) appartiene al passato" (*ibid.*). Al riguardo, il punto centrale della questione non è tanto quello di definire la natura i soggetti privati incaricati della cura di interessi pubblici, quanto piuttosto quello di "verificare quali norme dirette alle amministrazioni e agli enti pubblici siano ad esse applicabili, sulla base delle finalità perseguite e degli interessi tutelati" (G. Napolitano, *Soggetti privati "enti pubblici"?*, in *Dir. Amm.* 4/2003, 801 ss.). Con incisiva formulazione, R. Rotigliano, *Beni pubblici, reti e la dottrina delle* essential facilities, in *Dir. Amm.*, 4/2006, 955, sottolinea che "la proprietà pubblica non è un fine ma un mezzo".

[42] F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, *cit.*, 215.

[43] Si v., al riguardo, M. Renna, *Beni "pubblici" degli enti "privatizzati"*, in *Titolarità pubblica e regolazione dei beni – Annuario Associazione Italiana dei Professori di diritto amministrativo 2003*, Milano 2004, 305; S. Amorosino, *Le privatizzazioni in Italia: mito e realtà,* in *Foro amm.*, 6/1999, 1367 ss.; S. Cassese, *I controlli pubblici sulle privatizzazioni*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 8/2001, 855 ss..

Si noti che il processo di liberalizzazione di diversi servizi d'interesse economico generale, propiziato da Bruxelles, è stato spesso seguito dalla privatizzazione di beni e reti, sebbene il diritto dell'Unione europea sia sostanzialmente indifferente in relazione alla loro titolarità pubblica o privata. L'art. 345 Tfue, infatti, dispone espressamente che i trattati "lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri". I trattati sarebbero, dunque, neutri in materia di proprietà, e non comporterebbero alcuna preferenza per la proprietà privata[44], poiché, più della titolarità di un bene, conta l'uso che ne viene fatto[45].

Il processo di privatizzazione intrapreso dall'ordinamento italiano negli Anni Novanta ha portato all'accresciuta partecipazione di soggetti privati alla prestazione di servizi pubblici. Se si riteneva tradizionalmente che fosse compito dello Stato realizzare le infrastrutture essenziali, si è progressivamente concretizzata la possibilità che tali opere venissero realizzate da privati. La titolarità diretta di beni pubblici sembrava, così, destinata ad essere ridotta al minimo; numerosi enti pubblici sono stati trasformati in società di diritto privato, talvolta controllate dallo Stato (privatizzazione formale)[46], talaltra dismesse[47].

---

[44] P. Dibout, *Article 222*, in *Traité C.E.E. – Commentaire article par article*, Parigi 1992, 1389, anche alla luce delle Conclusioni dell'Avvocato generale Capotorti dell'8 novembre 1979, nella causa 44/79, *Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, Racc. 3747; G. Alberton, *Le droit de propriété dans la jurisprudence communautaire*, in F. Sudre – H. Labaye (a cura di), *Réalité et perspective du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles 2000, 343.

[45] G. Della Cananea, *Dalla proprietà agli usi: un'analisi comparata*, in A. Police (a cura di), *Beni pubblici: tutela, valorizzazione, gestione*, Milano 2008, 63.

[46] Rileva G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna 2005, 59, come anche le privatizzazioni meramente formali abbiano, comunque, degli effetti economici "reali", primo fra tutti il mutamento dei criteri di gestione, che per le imprese privatizzate sono maggiormente ispirati all'efficienza.

[47] Il processo di privatizzazione è stato intrapreso per diverse ragioni, fra cui la necessità di ridurre l'indebitamento pubblico e quella di dare alle imprese pubbliche, ormai ingigantite, una maggiore efficienza (E. Freni, *Le privatizzazioni*, in S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma – Bari 2007, 226). Il processo si è articolato in modi diversi a seconda dei settori interessati. In alcuni casi, la privatizzazione degli operatori è stata meramente formale e si è assistito alla semplice trasformazione degli enti pubblici in società private controllate dallo Stato. Si v., al riguardo, i settori dell'energia elettrica, del gas, dei servizi postali e delle ferrovie. Enel è diventato Enel S.p.a. per effetto dell'art. 15, comma 1, del decreto legge 11 luglio 1992, n. 333 – convertito nella legge 8 agosto 1992, n. 359 ("d.l. 333/1992"); i due principali azionisti della nuova società sono il Ministero dell'Economia e delle Finanze con il 13,88% del capitale e la Cassa Depositi e Prestiti con il 17,36%.
La trasformazione dell'Eni in società per azioni è stata disposta trasformata dal d.l. 333/1992. Gli azionisti di riferimento sono il Ministero dell'Economia e delle Finanze (titolare del 20,31% del capitale) e la Cassa Depositi e Prestiti (9,99%).
Nel trasporto ferroviario, la l. 210/1985 ha disposto il subentro dell'Ente Ferrovie dello Stato all'Azienda autonoma delle ferrovie dello Stato. Quest'ultima è stata trasformata in Ferrovie dello Stato S.p.a. in forza della delibera Cipe del 12 agosto 1992 (adottata ai sensi dell'art. 1 del decreto legge 5 dicembre 1991, n. 386 e dell'art. 18 del d.l. 333/1992) e il suo capitale è interamente detenuto dal Ministero dell'Economia e delle Finanze.
Infine, il decreto legge 1° dicembre 1993, n. 487 ("d.l. 487/1993") (convertito con legge 29 gennaio 1994, n. 71), ha disposto la trasformazione dell'Amministrazione delle poste e delle telecomunicazioni nell'ente pubblico economico Ente Poste Italiane, poi trasformato in Poste Italiane S.p.a. per effetto della delibera del Cipe del 18 dicembre 1997, adottata ai sensi dell'art. 1, comma 2, del d.l. 487/1993. Il capitale di Poste Italiane S.p.a. è interamente pubblico, in quanto è detenuto per il 65% dal Ministero

La privatizzazione ha portato al trasferimento a soggetti formalmente o sostanzialmente privati di intere categorie di beni destinati alla prestazione di servizi, come le strade ferrate[48], senza, tuttavia, farne venire meno la natura pubblicistica[49]. Al contrario, l'istituzione della Patrimonio S.p.a. ha confermato la possibilità di trasferire ad un ente di diritto privato – seppur partecipato dallo Stato – beni a regime pubblicistico[50].

Parallelamente, si sono evoluti i criteri di gestione, tramite un maggior orientamento all'efficienza degli enti che, precedentemente, finivano per perseguire anche fini politici[51]. Lo Stato è venuto a delegare anche servizi che sembravano irrimediabilmente incardinati nello Stato. Si pensi alla gestione della borsa, in cui il gestore (seppur sotto la supervisione della Consob) ha persino il potere di porre regole per il mercato[52].

Sembrava, quindi, emergere una nuova concezione della pubblicità di un bene, derivante non dall'appartenenza allo Stato (inteso in senso lato), ma piuttosto dalla destinazione collettiva o amministrativa[53]: il vero parametro della natura pubblica o

---

dell'Economia e delle Finanze e per il 35% dalla Cassa Depositi e Prestiti.
Gli operatori privatizzati solo formalmente sono stati considerati dalla giurisprudenza alla stregua di enti pubblici (si v., in argomento, M. Renna, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso della s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino 1997, 213 e ss.).

[48] V. Cerulli Irelli, *Dubbi e incertezze sulla trasformazione dell'Ente ferrovie dello Stato in s.p.a.*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1996, 784 ss.; V. Parisio, *Beni ferroviari, servizi di trasporto ferroviario, demanio e patrimonio*, in *Foro amministrativo CdS* 2007, 2655. Il percorso di privatizzazione ha avuto inizio già nei primi anni Novanta. L'art. 9 della legge 24 dicembre 1993, n. 537, infatti, disponeva che regolamenti governativi consentissero l'alineazione di beni pubblici "non destinati ad usi collettivi generali o di interesse ambientale e culturale". Si v., al riguardo, M. Renna, *Beni "pubblici" degli enti "privatizzati"*, *cit.*, 298.

[49] Nel caso delle privatizzazioni formali, infatti, la natura sostanzialmente pubblica delle nuove società ha indotto la giurisprudenza a considerare immutato il regime pubblicistico di detti enti, assoggettandone la gestione finanziaria al controllo della Corte dei conti. Allo stesso modo, è stato applicato ai nuovi enti il regime dei beni destinati ad un pubblico servizio, vale a dire il regime dei beni del patrimonio indisponibile. In aggiunta, il d.l. 333/1992 ha assegnato agli enti privatizzati anche le attribuzioni amministrative in materia di dichiarazione di pubblica utilità e di necessità e urgenza, funzionali all'acquisizione di aree ed alla costruzione di opere destinate ai pubblici servizi (M. Renna, *Beni "pubblici"* degli enti "*privatizzati*", *cit.*, 311).

[50] Si v., in argomento, *Titolarità pubblica e regolazione dei beni – Annuario Associazione Italiana dei Professori di diritto amministrativo 2003*, Milano 2004. G. Napolitano, *La Patrimonio dello Stato S.p.a. tra passato e futuro: verso la scomposizione del regime demaniale e la gestione privata dei beni pubblici*, in *Titolarità pubblica e regolazione dei beni – Annuario Associazione Italiana dei Professori di diritto amministrativo 2003*, Milano 2004, 252, valuta se la legge 15 giugno 2002, n. 112, istitutiva della Patrimonio dello Stato S.p.a., possa essere utilizzata come laboratorio giuridico per "saggiare tenuta del regime tradizionale dei beni pubblici". Pur essendo necessario pervenire ad una nuova disciplina dei beni pubblici, sarebbe, allo stato, ancora difficile sostenere che la Patrimonio S.p.a. possa alienare i beni anche a soggetti terzi, anche adottando i vincoli necessari a garantirne la destinazione pubblicistica.

[51] G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, *cit.*, 59.

[52] A. Banfi – M. Biasin – M. Oriani – G. Raggetti (a cura di), *Economia degli intermediari finanziari*, Novara 2011, 294-295.

[53] Rileva M. Renna, *Beni "pubblici"* degli enti "*privatizzati*", *cit.*, 300, che, come la sostanza pubblica di un ente "consiste nel suo asservimento istituzionale allo svolgimento di funzioni o compiti pubblici",

privata di determinati beni non sarebbe più *soggettivo*, bensì *oggettivo*[54]. Non esisterebbero, allora, beni di titolarità pubblica "per natura"[55]. Lo Stato potrebbe limitarsi a forme di tutela conformativa[56], in quanto gli interessi che possono essere realizzati mediante diritti di proprietà su un bene potrebbero ormai essere realizzati mediante altri poteri, senza necessità di sottrarre beni ai principi economici del mercato[57]. La destinazione ad un interesse pubblico, infatti, rientra nell'ambito della "funzione sociale" della proprietà, di cui all'art. 42, comma 2, della Costituzione. In tal senso, viene disciplinato l'esercizio delle facoltà che sono il contenuto del diritto di proprietà[58].

La portata del diritto di proprietà deriva dalla combinazione d'interessi pubblici e privati[59], e la natura pubblica di un bene deriva dalla sua destinazione e dalla sua

---

così la sostanza di un bene "risiede nella sua destinazione collettiva o amministrativa". In tal senso, dunque,le privatizzazioni formali non incidono sulla natura pubblicistica del bene, ma rappresentano solamente un nuovo strumento per la gestione delle attività pubbliche.

[54] Contrariamente a quanto è stato ritenuto in passato – come riportato da M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna 1995, 105 – non sono pubblici i beni che appartengono allo Stato, ma quelli destinati all'adempimento di una funzione pubblica: la *destinazione pubblica* consiste nella relazione di inerenza di un bene ad una funzione (V. Cerulli Irelli, voce *Beni pubblici*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, II, Torino 1987, 281). Il concetto di "bene pubblico" non può che essere riferito ai beni assoggettati ad un regime speciale in ragione della loro destinazione. L'individuazione dei beni a destinazione pubblica, tuttavia, non è sempre agevole. Alcuni vengono individuati dal legislatore (aerodromi, ferrovie, strade pubbliche, acquedotti, mercati comunali, opere destinate alla difesa militare), ma non sono esaustivi, in quanto anche altri beni, come i parchi o gli impianti pubblici sportivi, potrebbero essere considerati a destinazione pubblica. La categoria potrebbe, pertanto, ricomprendere tutti i casi in cui l'Amministrazione decida di avvalersi di determinati beni per l'espletamento di una propria funzione, individuati dalla stessa Amministrazione (V. Cerulli Irelli, voce *Beni pubblici*, *cit.*, 281).

[55] *Contra*, F. Francario, *Privatizzazioni, dismissioni e destinazione "naturale" dei beni pubblici*, in *Titolarità pubblica e regolazione dei beni – Annuario Associazione Italiana dei Professori di diritto amministrativo 2003*, Milano 2004, 226. Secondo l'a., il Legislatore non sarebbe completamente libero di disporre della destinazione della cosa.

[56] G. Napolitano, *La Patrimonio dello Stato S.p.a. tra passato e futuro*, *cit.*, 257. Secondo altra parte della scienza giuridica, l'esistenza di una regolamentazione sarebbe la linea di demarcazione tra privatizzazione e dismissione: mentre la prima mira a reperire le risorse finanziarie per le esigenze del bilancio pubblico, ma adotterebbe cautele volte ad assicurare la prestazione del servizio, la dismissione non comporterebbe alcun vincolo conformativo per assicurare la conservazione dei beni al pubblico interesse (F. Francario, *Privatizzazioni, dismissioni e destinazione "naturale" dei beni pubblici*, *cit.*, 204 ss..

[57] A. Lolli, *Proprietà e potere*, *cit.*, 81.

[58] S. Cassese, *I beni pubblici*, Milano 1969, 55, il quale ricorda, altresì, che l'adempimento della funzione sociale di un bene non soltanto non inficia il diritto di proprietà su un bene, ma anzi lo presuppone, indicando semplicemente modi d'uso per conformarlo. Secondo parte della scienza giuridica, la funzione sociale della proprietà potrebbe avere diverse forme, fino ad essere "addirittura indeterminata: tanti sono gli aspetti sotto i quali può concretarsi una funzione sociale, la quale avrà non solo varia rilevanza specifica, ma potrà avere rilevanza in funzione dell'importanza che l'elemento sociale acquista in un determinato momento agli occhi del Legislatore (ordinario)" (S. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano 1954, 277). Anche da un punto di vista "sociologico", in *Catechismo della Chiesa Cattolica*, par. 2403, si afferma che "il diritto alla proprietà privata, acquisita o ricevuta in giusto modo, non elimina l'originaria donazione della terra all'insieme dell'umanità. La destinazione universale dei beni rimane primaria, anche se la promozione del bene comune esige il rispetto della proprietà privata, del diritto ad essa e del suo esercizio".

[59] F. Cintioli, *Le reti come beni pubblici e la gestione dei servizi*, in *Dir. Amm.*, 2/2007, 299.

rilevanza pubblicistica[60]. Possono quindi esistere beni pubblici a prescindere dalla natura pubblica o privata del proprietario, da ravvisarsi in "ogni utilità economica [...] utilizzata nella produzione di un servizio pubblico o nell'esercizio di un potere autoritativo", sia essa materiale o immateriale[61].

Per altro verso, oltre ai beni, sarebbe la stessa attività privata ad essere "funzionalizzata" al perseguimento dell'interesse pubblico, tanto che il carattere pubblico non sarebbe più proprio del soggetto che presta un servizio, ma piuttosto dell'attività che viene posta in essere. Conseguentemente, l'attività svolta dal soggetto privato viene assoggettata ad una disciplina peculiare, senza che il suo esercente debba necessariamente essere definito come pubblico[62]. L'esercizio dei poteri pubblici, tuttavia, non è illimitato, ma viene esercitato negli spazi consentiti dalle pertinenti disposizioni, ivi comprese quelle a tutela del diritto d'iniziativa economica[63].

In questa prospettiva, anche le reti potrebbero avere vincoli di destinazione: le reti di proprietà di soggetti privati potrebbero essere configurate come beni privati, sui quali permangono determinati poteri pubblici, soggetti, dunque, ad una regolazione condizionale[64]. L'interconnessione consentirebbe di usufruire dei servizi di connettività per trasmettere o ricevere dati, fermo restando che le reti sarebbero destinate unicamente a soggetti economici[65]. In tal senso, più che beni destinati "all'uso pubblico", le reti sarebbero beni destinati all'uso comune del mercato[66].

---

[60] In tal senso, al fine dell'affermazione del carattere pubblico, rileva anche l'introduzione di una normativa speciale, derogatoria rispetto al diritto comune (M. Renna, *Beni "pubblici"* degli enti "*privatizzati*", *cit.*, 296). Quando un bene incide su una pluralità di interessi, la sua qualificazione va oltre il modello della proprietà individuale (F. Cintioli, *Le reti come beni pubblici*, *cit.*, 299-301).

[61] R. Rotigliano, *Beni pubblici, reti e la dottrina delle* essential facilities, *cit.*, 962-963.

[62] G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano 2003, 182-183.

[63] M. Clarich, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 2003, 120, parla di "conformazione del potere di conformazione".

[64] M. Renna, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano 2004, 119. Le reti di comunicazione elettronica mobili meritano considerazioni autonome, in quanto vengono prevalentemente inquadrate dalla dottrina sotto il regime dei beni comuni, sebbene l'etere costituisca una risorsa scarsa. L'ordinamento statunitense considera i diritti individuali d'uso di una banda di frequenza *property rights*, mentre l'*ownership* delle frequenze resta pubblica (G. Caggiano, *La riforma del regime delle* radiofrequenze, in F. Bassan (a cura di)*, Diritto delle comunicazioni elettroniche*, Milano 2010, 209).

[65] L'art. 2597 c.c. ha un tenore diverso. Tale disposizione, infatti, dispone che "chi esercita un'impresa in condizione di monopolio legale ha l'obbligo di contrattare con chiunque richieda le prestazioni che formano oggetto dell'impresa, osservando la parità di trattamento." In tal senso, il vincolo obbligatorio riguarda la prestazione di un servizio ad un utente più che la messa a disposizione di un bene ad un concorrente.

[66] B. Tonoletti, *Beni ad uso comune del mercato e servizi a rete,* in *Titolarità pubblica e regolazione dei beni – Annuario Associazione Italiana dei Professori di diritto amministrativo 2003*, Milano 2004, 333 ss..

La privatizzazione dei beni, ed in particolare delle reti di tlc, ha ricevuto il conforto anche di alcuni studi economici, che hanno evidenziato come, in alcuni casi, la proprietà privata delle reti coincida con una tariffa di interconnessione più bassa[67].

Si concretizza anche così il passaggio dallo Stato *gestore* del servizio allo Stato *regolatore*, venuto accentuandosi nell'ultimo ventennio[68], confermando un nuovo modo d'inquadrare i rapporti tra interesse pubblico e interesse economico. Nella concezione originale, infatti, il secondo era sempre subordinato alla realizzazione degli interessi pubblici preminenti. Nell'epoca successiva alla liberalizzazione, però, l'ago della bilancia si è spostato verso l'interesse economico, la cui soddisfazione non è più meramente eventuale, ma è, al contrario, funzionale alla realizzazione dell'interesse pubblico. Quest'ultimo non viene più soddisfatto in modo diretto e incondizionato, ma in via mediata, contestualmente e per mezzo dello sviluppo del mercato[69]. In tal senso, parte della scienza economica ha evidenziato come, oltre che di misure di "politica industriale", debba parlarsi di "politiche per l'industria", finalizzate alla creazione di un terreno fertile per il corretto funzionamento del mercato[70].

La finalità dell'azione amministrativa rimane, pertanto, la realizzazione dell'interesse pubblico, in cui viene, però, "introiettata" la regola economica. Muovendosi in un contesto di mercato, il regolatore deve procedere ad un bilanciamento d'interessi, pubblici e privati[71], tenendo in conto la libertà d'iniziativa economica degli attori e dialogando con questi ultimi[72]. Dovrebbero, in tal senso, essere privilegiate le misure meno intrusive per gli operatori, conformemente al principio di sussidiarietà orizzontale[73].

---

[67] J.M. Bauer, *The Coexistence of Regulation, State Ownership and Competition in Infrastructure Industries*, *Quello Centre for Telecommunications Management and Law – Michigan State University Working Paper* 2003, 18.

[68] A. La Spina – G. Majone, *Lo Stato regolatore*, *cit.*, 15 ss.. Rileva S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, in S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma – Bari 2007, 295, come tale cambiamento abbia avuto profondi effetti sull'ordinamento. Per un verso, quest'ultimo è stato semplificato, nella misura in cui diverse forme di impresa pubblica sono scomparse; per altro verso, la gestione è stata sostituita da interventi di diversa natura da parte di diverse istituzioni pubbliche.

[69] B. Tonoletti, *Beni ad uso comune del mercato e servizi a rete*, *cit.*, 355.

[70] E. Pontarollo, *Reti e servizi per il XXI secolo: il ruolo dei fornitori di tecnologie*, Milano 2006, 126.

[71] B. Tonoletti, *Beni ad uso comune del mercato e servizi a rete*, *cit.*, 357-358.

[72] L'attività regolatoria vede, pertanto, i suoi destinatari compartecipi del contenuto (G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, *cit.*, 104). La regolazione si inserisce così in rapporti trilaterali (S. Cassese, *La "vecchia" costituzione economica*, *cit.*, 34; S. Cassese, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *MCR* 2/2002, 267). In argomento, si v. altresì S. Cassese, *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?,* in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2004, 1139 ss.. Gli stessi operatori, d'altro canto, hanno necessità che le Autorità di regolazione tengano conto dei loro punti di vista (M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, 46).

[73] In relazione a tali aspetti, si v., ex multis, L. Saltari, *Accesso e interconnessione*, *cit.*; F. Bassan (a cura di), *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, Milano 2010.

Per tale motivo, sembrava che fossero molto limitati – se non, addirittura, in via di estinzione – i casi in cui lo Stato viene chiamato ad intervenire attivamente nell'economia tramite la diretta titolarità dei beni.

2.1.2. La titolarità pubblica nelle infrastrutture Ngn

La disciplina delle reti in fibra ottica si pone in parziale controtendenza rispetto a quanto appena descritto: lo Stato – in particolare, gli enti locali – intervengono anche per costruire una parte delle infrastrutture necessarie a realizzare le reti, divenendone direttamente titolari.

In tale settore, tuttavia, lo Stato arriva raramente a posare i cavi, limitandosi solitamente all'installazione di infrastrutture di ingegneria civile che serviranno, successivamente, per posare i cavi. Quest'attività è, però, preziosa, nella misura in cui le opere civili rappresentano la maggior parte del costo delle nuove infrastrutture fisse, e la loro realizzazione ad opera dello Stato può facilitare fortemente il cablaggio in fibra ottica. Alla luce degli orientamenti della Commissione, proprio le canalizzazioni e gli spazi fisici destinati ad ospitare i cavi di ingegneria civile sarebbero la vera *essential facility* delle reti Ngn[74].

Con riferimento alla disciplina della posa delle infrastrutture da parte dello Stato, l'art. 88, comma 6, del Codice delle comunicazioni elettroniche abilita i Comuni a mettere a disposizione, direttamente o tramite società controllate, infrastrutture a condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie[75]. Tali beni vengono realizzati per facilitare la realizzazione di un'infrastruttura d'interesse per la collettività di riferimento da parte degli operatori di mercato.

I Comuni sembrano particolarmente attivi in alcuni Paesi europei, come la Francia, dove gli enti locali intervengono diffusamente per la realizzazione delle infrastrutture[76]. Anche in Italia, si stanno diffondendo le iniziative pubbliche locali: si pensi alle Province di Lucca[77] e Trento[78], nonché alla Regione Friuli Venezia Giulia[79].

---

[74] M. Libertini, *Le reti di nuova generazione: le posizioni della Commissione europea*, in *Giorn. Dir. Amm.* 11/2009, 1227, nota 17.

[75] Gli stessi Comuni sono anche responsabili della localizzazione degli impianti, poiché la legge li assimila alle opere di urbanizzazione primaria (art. 86, comma 3, del Codice delle comunicazioni elettroniche) (Cons. Stato, Sez. VI, decisione 17 febbraio 2010, n. 898).

[76] In argomento, si v. Arcep, *L'intervention des collectivités territoriales dans les communications électroniques – Points de repère sur le déploiement du très haut débit (FTTH - fibre optique jusqu'à l'abonné)*, Maggio 2008, 28.

[77] Commissione europea, decisione 28 giugno 2010, procedimento N 626/2009, *Italia, Nga per*

La normativa più recente, inoltre, incoraggia gli operatori ad utilizzare non solo i cavidotti, ma anche le altre infrastrutture di titolarità pubblica. Al fine di consentire lo sfruttamento dei cavidotti, infatti, l'art. 2, comma 2, d.l. 112/2008, abilita gli operatori ad avvalersi, senza oneri, delle infrastrutture civili di proprietà a qualsiasi titolo pubblica o in titolarità di concessionari pubblici[80]. Il comma 3, peraltro, fa salvo il potere regolamentare dell'Agcom per quanto riguarda la coubicazione e la condivisione di infrastrutture sensi dell'art. 89, comma 1, del Codice delle comunicazioni elettroniche, nonché l'emanazione del regolamento in materia di installazione delle reti dorsali.

Una volta realizzate, le infrastrutture di ingegneria civile sono a disposizione dei titolari di autorizzazione generale, che possono avvalersene purché ciò non generi oneri per il soggetto proprietario e sostenendo le spese di ordinaria e straordinaria manutenzione[81].

La costruzione di infrastrutture ad opera di Comuni ed enti locali è assoggettata anche ad un apposito corpo normativo. L'art. 2, comma 3, d.l. 112/2008, infatti, ha rimesso l'adozione di un regolamento per la costruzione di reti dorsali all'Agcom[82],

---

distretti industriali – Lucca, C(2010)4473.

[78] Commissione europea, decisione 16 novembre 2010, procedimento N 305/2010, *Italia, Riduzione del* digital divide *in trentino*, C(2010)8153.

[79] Commissione europea, decisione 23 maggio 2011, procedimento N 436/2010, *Italia, Banda larga in Friuli Venezia Giulia (programma ERMES)*, C(2011)3498.

[80] Qualora dall'opera possa derivare un pregiudizio per le infrastrutture, però, le parti concordano un indennizzo, senza, però, ritardare l'esecuzione dei lavori. In aggiunta, l'ordinamento prevede una sorta "clausola generale", che impone di posare cavidotti ogni volta che questo sia possibile. Ai sensi dell'art. 40 della legge 1° agosto 2002, n. 166, infatti, qualora sia necessario effettuare lavori di costruzione e manutenzione straordinaria che comportano lavori di trincea o scavo – previsti dai programmi – relativi a strade, autostrade, strade ferrate, aerodromi, acquedotti, porti, interporti, o altri beni immobili in proprietà pubblica, devono essere posati "cavedi multiservizi" o cavidotti di adeguata dimensione, in modo da consentire "il passaggio di cavi di telecomunicazioni e di altre infrastrutture digitali". I cavedi multiservizi vengono assimilati alle opere di urbanizzazione primaria (art. 16, comma 7-bis del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380). Disposizioni analoghe vengono imposte anche nella realizzazione di nuove costruzioni civili a sviluppo verticale. I lavori, infatti, devono contemplare l'installazione di cavedi multiservizi o cavidotti di adeguate dimensioni, al fine di facilitare il collegamento delle singole unità immobiliari.

[81] I titolari delle infrastrutture sono, altresì, tenuti ad offrire l'accesso nei limiti della capacità di contenimento, con modalità eque e non discriminatorie, a tutti i soggetti abilitati. Il titolare può richiedere solamente un corrispettivo commisurato alle spese aggiuntive sostenute dal soggetto proprietario per la realizzazione dei cavidotti, che deve, comunque, essere tale da non determinare oneri aggiuntivi a carico dei soggetti proprietari.

[82] In tal senso, "nei casi di cui al comma 2" (vale a dire, utilizzo per la posa di infrastrutture di proprietà pubblica o di titolarità di concessionari pubblici), è comunque fatto salvo il potere regolamentare attribuito all'Agcom dall'art. 89, comma 1, finalizzato ad incoraggiare la condivisione e la coubicazione di infrastrutture.

che ha approvato il c.d. "Regolamento Scavi e condivisione"[83]. Tale Regolamento incide, *in primis*, sui lavori eseguiti da enti pubblici[84].

In base al Regolamento Scavi e condivisione, gli enti pubblici, inclusi gli organismi di diritto pubblico e i concessionari pubblici titolari di reti idonee per consentire la realizzazione di reti dorsali, sono tenuti a pubblicare le procedure e le condizioni per la realizzazione di nuove infrastrutture sul suolo da essi gestito, e per l'accesso a quelle esistenti (art. 4). Il diritto d'accesso o di passaggio può essere limitato solamente: a) qualora la realizzazione di infrastrutture per reti di comunicazione elettronica non sia fisicamente realizzabile a causa di ostacoli tecnici non superabili; b) qualora la realizzazione di tali infrastrutture minacci la sicurezza delle persone o della proprietà, la tutela dell'ambiente, la salute pubblica, gli obiettivi di pianificazione urbana o rurale, o quando implichi un rischio di infrazione di norme regolamentari, tecniche o legali da parte degli enti pubblici o concessionari in materia di obblighi di pubblico servizio; c) nel caso di beni facenti parte del patrimonio indisponibile dello Stato, delle province e dei comuni o qualora l'attività di installazione possa arrecare concreta turbativa al pubblico servizio.

Al Regolamento sono state, inoltre, allegate delle Linee guida (in quanto tali, non vincolanti), inerenti alle modalità di posa e localizzazione delle infrastrutture e alle modalità di accesso e di utilizzazione di tali beni pubblici. Gli enti pubblici e i concessionari pubblici devono, così, offrire agli operatori l'accesso alle infrastrutture civili, "anche tramite la pubblicazione di uno specifico documento contenente le condizioni di uso della infrastruttura", nei limiti della capacità di contenimento.

---

[83] Agcom, delibera 22 novembre 2011, n. 622/11/CONS. Costituiscono principi guida del regolamento sulle dorsali la semplificazione amministrativi, la non discriminazione, l'*open access*, la trasparenza e la neutralità tecnologica.

[84] Il presidio normativo e l'esatta portata dell'intervento del regolatore sono, però, controversi. L'art. 89 del Codice delle comunicazioni elettroniche consente all'Agcom di adottare misure per la condivisione e l'art. 2, comma 3, d.l. 112/2008 ha ulteriormente rafforzato le competenze dell'Autorità, rimettendole espressamente l'adozione di un regolamentato in materia di reti dorsali.Sebbene le basi giuridiche non contenessero limitazioni espresse, l'Agcom ha ritenuto che il tenore complessivo del Codice delle comunicazioni elettroniche e il dettato della prima parte dell'art. 2, comma 3, d.l. 112/2008 facessero riferimento all'utilizzo di beni di proprietà pubblica. L'art. 2, comma 2, d.l. 112/2008, infatti, prevede che l'operatore che abbia presentato la Dia per l'installazione delle reti in fibra ottica possa utilizzare le infrastrutture civili già esistenti appartenenti ad enti pubblici o nella titolarità di enti pubblici. In aggiunta, l'art. 88, comma 12 dispone che gli esercenti di pubblici servizi e i titolari di pubbliche funzioni hanno l'obbligo di consentire l'accesso alle proprie infrastrutture civili disponibili, senza intermediazioni da parte dell'Agcom, a condizione che non venga turbato l'esercizio delle rispettive attività istituzionali. Anche in tale caso, viene fatto riferimento unicamente agli enti pubblici. Per tale motivo, il regolamento ha un ambito di applicazione molto circoscritto: disciplina solamente la realizzazione di reti dorsali per la banda larga ed incide unicamente sui beni di proprietà di enti pubblici, concessionari ed organismi di diritto pubblico e si rivolge prevalentemente a tali enti (Regolamento scavi e condivisione, punto 42). L'art. 2, comma 3, d.l. 112/2008, tuttavia, potrebbe, forse, consentire un'interpretazione maggiormente intraprendente, nella misura in cui nessuna parte della norma ne limita l'applicazione ai beni di titolarità pubblica.

Potrebbero ottenere l'accesso tutti gli operatori autorizzati alla fornitura a fornire reti di comunicazione, in base ad accordi commerciali (contratti, convenzioni), a condizioni eque, trasparenti, non discriminatorie, senza ritardi ingiustificati, e a condizione che non venga disturbato l'esercizio delle attività istituzionali (art. 1, commi 1 a 5, delle Linee guida)[85]. Anche i Comuni, nell'installare le infrastrutture, sono tenuti a scegliere percorsi ottimali per la sistemazione degli impianti tecnologici nel sottosuolo, tenendo conto delle "strutture polifunzionali" già esistenti (art. 1, comma 7, delle Linee guida).

Anche la regolamentazione locale può incentivare la condivisione delle infrastrutture pubbliche. In tal senso, il Regolamento per la concessione del sottosuolo per la costruzione di reti di telecomunicazioni del Comune di Novate Milanese prevede espressamente la condivisione delle infrastrutture, stabilendo che "l'uso delle polifore, dei cavidotti o di qualunque altro idoneo manufatto di proprietà comunale è consentito a chiunque ne faccia richiesta" (art. 6, comma 1)[86].

Gli esempi citati evidenziano un regime giuridico particolare per le infrastrutture e i beni di proprietà pubblica, per i quali la semplice appartenenza allo Stato determina consente di porli a disposizione dei soggetti privati[87]. Come sarà meglio evidenziato in prosieguo, i beni di ingegneria civile realizzati da privati non vengono assoggettati al medesimo regime giuridico, essendone imposta la condivisione solamente in determinate circostanze[88].

La stessa Agcom riconosce la diversità dei presidi normativi posti per i beni di titolarità pubblica rispetto a quelli che le consentono di incidere su beni privati. Sebbene le predette disposizioni non contengano limitazioni espresse, l'Agcom ha

---

[85] L'uso di infrastrutture comunali non predisposte per il passaggio di reti di comunicazione elettronica, invece, è soggetto alle disposizioni relative all'uso del suolo e del sottosuolo senza utilizzo di infrastrutture comunali (art. 1, comma 6 delle Linee guida).

[86] B. Carotti, *Il ruolo degli enti locali nella realizzazione delle NGN*, in *Programma Isbul, W.P. 3.1. – Semplificazione amministrativa*, Roma 2010, 67.

[87] Anche l'art. 94 del Codice delle comunicazioni elettroniche stabilisce che gli impianti di comunicazione elettronica ad uso pubblico o esercitati dallo Stato e le relative opere accessorie hanno carattere di pubblica utilità.

[88] La condivisione può essere imposta agli operatori Smp e, in casi limitati, anche agli altri. Con riferimento ad un operatore non Smp che si sia avvalso di diritti di limitazione della proprietà, di servitù o di espropriazioni, l'Agcom può incoraggiare la condivisione di infrastrutture (art. 89, comma 1, del Codice delle comunicazioni elettroniche) e – presto – potrà persino imporla (art. 12 della Direttiva Quadro come modificato dall'art. 1, comma 14, della Direttiva Legiferare meglio). In aggiunta, può essere imposta la condivisione anche qualora ragioni legate alla tutela dell'ambiente, la salute pubblica, la pubblica sicurezza o alla realizzazione di obiettivi di pianificazione urbana o rurale non consentano agli operatori di disporre di valide alternative. Infine, la normativa europea più recente dispone che le autorità nazionali possano imporre la condivisione anche "all'interno degli edifici o fino al primo punto di concentrazione o di distribuzione, qualora esso si trovi al di fuori dell'edificio, ai titolari dei diritti di cui al paragrafo 1 e/o al proprietario di tale cablaggio", purché questo sia giustificato dalla diseconomicità o impraticabilità di un'eventuale duplicazione (art. 12, comma 3, della Direttiva Quadro come modificato dalla Direttiva Legiferare meglio).

ritenuto che il tenore complessivo del Codice delle comunicazioni elettroniche e il dettato della prima parte dell'art. 2, comma 3, d.l. 112/2008 facessero riferimento all'utilizzo di beni di proprietà pubblica.

L'art. 2, comma 2, d.l. 112/2008, infatti, prevede che chi abbia presentato la Dia per l'installazione delle reti in fibra ottica possa utilizzare le infrastrutture civili già esistenti *appartenenti ad enti pubblici o nella titolarità di enti pubblici*. Anche in tale caso, viene fatto riferimento unicamente agli enti pubblici[89].

La nozione di bene pubblico riemerge, quindi, anche sotto il profilo soggettivo, come bene appartenente alla Pubblica Amministrazione[90]: i beni di proprietà dello Stato vengono assoggettati ad un regime parzialmente diverso[91]. In questo, si conferma la diversità di funzione della proprietà pubblica rispetto a quella privata: se la proprietà privata adempie alla sua destinazione tramite il servizio reso al proprietario, i beni pubblici, al contrario, adempirebbero la loro destinazione arrecando utilità alla collettività[92].

Ecco allora che la titolarità dei beni pubblici sembra diventare nuovamente uno strumento di intervento nell'economia, anche in un contesto di mercato fortemente sviluppato. Successivamente alla posa, però, il Codice delle comunicazioni elettroniche preclude espressamente allo Stato la possibilità di fornire reti o servizi

---

[89] Regolamento Scavi e condivisione, punto 42. Tale Regolamento, inoltre, disciplina solamente la realizzazione di reti dorsali per la banda larga. L'art. 88, comma 12, del d.lgs. 259/2003, tuttavia, dispone che gli esercenti di pubblici servizi e i titolari di pubbliche funzioni hanno l'obbligo di consentire l'accesso alle proprie infrastrutture civili disponibili a condizione che non venga turbato l'esercizio delle rispettive attività istituzionali – stavolta, senza intermediazioni da parte dell'Agcom.

[90] Si evidenzia che i principali testi normativi non adoperano l'espressione "bene pubblico", ma fanno piuttosto riferimento ai concetti di proprietà pubblica, demanio e patrimonio indisponibile. L'espressione "bene pubblico", pertanto, può essere riferita tanto ai beni appartenenti ad un pubblico potere, quanto anche ai beni che, per alcune loro caratteristiche, devono essere distinti dai beni privati (M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, *cit.*, 87, il quale definisce così i beni pubblici in senso soggettivo ed oggettivo). La stessa Costituzione fa riferimento al concetto di "proprietà pubblica". L'art. 42, comma 1, della Carta Fondamentale, infatti, dispone che "[l]a proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati". Tale disposizione riflette una lunga evoluzione, che ha portato ad inquadrare i beni appartenenti allo Stato all'interno della proprietà pubblica (M. Arsì, *I beni pubblici*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano 2003, 1705).

[91] Si noti che l'abrogato art. 23-bis, comma 5, d.l. 112/2008, sottolineava l'appartenenza alla Pubblica Amministrazione delle reti di proprietà degli enti locali. La disposizione, disciplinando l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, disponeva, infatti, che "[f]erma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati". Le reti ancora in mano pubblica diventano, così, molto simili ad un bene demaniale, in quanto non potevano essere trasferite a privati. In secondo luogo, il Legislatore aveva scisso la proprietà della rete dalla loro gestione. Il regime giuridico delle reti ricordava, così, quello delle miniere (che, però, appartengono al patrimonio indisponibile): proprietà pubblica attribuita in sfruttamento a soggetti privati.

[92] R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, Lipsia 1906-1907, 320 ss., su cui V. Caputi Jambrenghi, voce *Beni pubblici*, in *Enc. Giur.*, Milano 1988, 4, secondo cui la nozione di proprietà privata per le cose d'uso pubblico sarebbe persino inutile. La ricostruzione in esame consentiva di scindere la proprietà formale dalla proprietà reale, rilevando l'inadeguatezza del concetto di proprietà privata applicato ai beni pubblici. Il demanio dovrebbe pertanto essere individuato secondo la categoria della sovranità (*ibid*).

di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, se non tramite società controllate o collegate (art. 6, comma 1, del Codice delle comunicazioni elettroniche)[93].

2.2. Perché lo Stato costruisce e gestisce infrastrutture?

L'indagine sin qui condotta mette in evidenza come l'ordinamento contempli espressamente l'intervento pubblico nella costruzione delle infrastrutture. In quali casi è allora opportuno che lo Stato intervenga?

In primo luogo, si ritiene comunemente che l'intervento diretto e la titolarità pubblica dei beni siano uno strumento per assicurare il godimento di beni da parte di tutti i consociati a condizioni eque. La necessità di universalizzare l'accesso a determinati beni è stata anche addotta per giustificarne il carattere demaniale[94].

Alcuni beni, come il lido del mare, i laghi o i parchi, rendono, infatti, servizi indivisibili, che non possono essere misurati in relazione ai beneficiari, ma che sarebbero destinati alla fruizione collettiva per natura. La grande abbondanza quantitativa ha portato ad accostarli alla proprietà collettiva, di cui costituirebbero una "forma moderna"[95]; come conseguenza l'appartenenza del bene diverrebbe

---

[93] Sotto questo punto di vista, la disciplina italiana si differenzia da quella introdotta in altri Paesi, maggiormente aperti alla gestione pubblica delle infrastrutture. Nell'ordinamento neozelandese, infatti, è in corso di implementazione un forte finanziamento governativo per il cablaggio del Paese. Se, da un lato, il proprietario dell'infrastruttura potrà fornire solamente fibra spenta all'ingrosso, potrebbero essere oggetto di partenariato pubblico privato le imprese attive sui mercati al dettaglio (*Programma Isbul*, *W.P. 3.3 – Governance di sistema – Rapporto Finale*, Roma 2010, 170-171). Secondo tale rapporto, l'intervento pubblico potrebbe essere giustificato alla luce dell'eccezionale incidenza che hanno in tali territori i costi dei lavori di ingegneria civile (*ibid.*).

[94] G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino 2004, 116; M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, *cit.*, 91.

[95] M.S. Giannini, *I beni pubblici*, Roma 1963, 49 ss.; Id., *Diritto pubblico dell'economia*, *cit.*, 98. La proprietà collettiva, infatti, si realizza quando beni non appartenenti ad un soggetto determinato vengono destinati al godimento da parte di più persone, anche appartenenti ad una cerchia ristretta, in cui ciascuno è titolare di diritti di proprietà parziari. Solitamente, si tratta di beni agrari o forestali, sui quali la formazione di un diritto collettivo determina l'irreversibilità della sua destinazione pubblica. La loro utilizzazione da parte di una determinata comunità di abitanti viene, pertanto, disciplinata da autorità locali (M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, *cit.*, 103). I diritti di godimento, tuttavia, vengono imputati alla collettività, ma possono essere fatti valere anche da ciascun membro *uti singulus* (V. Cerulli Irelli, voce *Beni pubblici*, *cit.*, 282-283). Il cuore dell'istituto, pertanto, non risiede tanto nell'appartenenza della cosa, quanto piuttosto nell'esistenza di diritti sui servizi che la *res* può rendere. La categoria dei beni in proprietà collettiva, quindi, si giustificherebbe in funzione dell'uso a cui essi sono destinati (A.M. Sandulli, voce *Beni pubblici (uso dei)*, in *Enciclopedia del diritto*, V, Milano 1959, 304). Quando le collettività si costituiscono in persone giuridiche, la proprietà viene definita "comunitaria" (M.S. Giannini, *I beni pubblici*, *cit.*, 42). Sarebbero, quindi, beni pubblici non soltanto quelli che appartengono allo Stato, ma anche quelli che forniscono un'utilità ad una collettività (M.S. Giannini, *I beni pubblici*, *cit.*, 10).

secondaria, in quanto sarebbe il loro godimento ad acquisire rilevanza[96], e la proprietà pubblica diviene, allora, funzionale alla realizzazione di interessi della collettività[97].

Sotto l'ottica dell'analisi economica del diritto, tali beni possono avere le caratteristiche dei beni pubblici puri, vale a dire la non escludibilità e la non rivalità[98]. La non rivalità fa riferimento al rapporto fra consociati: i beni pubblici puri potrebbero essere fruiti da più soggetti, senza che l'aumento del numero dei beneficiari intacchi il godimento da parte degli altri[99], né comporti costi aggiuntivi[100]; il concetto di non escludibilità indica l'impossibilità di escludere un soggetto dal godimento di un determinato bene[101].

Costituiscono tipici esempi di beni pubblici puri i fari e l'illuminazione stradale. Nessun investitore privato, infatti, avrebbe interesse a investire in un faro, in quanto qualsiasi imbarcazione potrebbe avvalersene, senza possibilità di riservarlo ai paganti ed escludendo gli altri. Lo stesso vale per l'illuminazione stradale: non sarebbe possibile escludere dalla prestazione del servizio i passanti che dichiarino di non volersi avvalere dell'illuminazione (a meno di non inibire loro ogni accesso alla strada). Non sarebbe, quindi, possibile prevenire le condotte opportunistiche dei *free riders*, che potrebbero essere indotti a non pagare – salvo considerazioni etiche o morali o di altro genere. Allo stesso modo, il godimento di un faro da parte di una nave o dell'illuminazione da parte di un soggetto non ha l'effetto di pregiudicare il godimento da parte di un altro soggetto.

In presenza delle due caratteristiche della non rivalità e della non escludibilità, si verifica un fallimento di mercato, nel senso che un eventuale investimento non sarebbe economicamente profittevole, a causa dell'impossibilità di prevenire il *free riding*. L'unica utilità economica ricavabile dall'investire nel bene sarebbe la possibilità di goderne, seppure nella stessa misura dei *free riders*, che però non hanno sopportato analoghi investimenti.

---

[96] M.S. Giannini, *I beni pubblici*, *cit.*, 34. Tale concetto è efficacemente sintetizzato da S. Cassese, *Conclusioni*, in *Titolarità pubblica e regolazione dei beni – Annuario Associazione Italiana dei Professori di diritto amministrativo 2003*, Milano 2004, 381: se "al proprietario appartiene il bene e il proprietario usa il bene, bisognerebbe un giorno vedere lo Stato in costume da bagno che utilizza il lido del mare. Invece, c'è scissione tra chi usa e il proprietario del bene".

[97] F. Cintioli, *Le reti come beni pubblici*, *cit.*, 300. Tali beni, pertanto, sarebbero gli unici autenticamente demaniali (B. Tonoletti, *Beni pubblici e concessioni*, Padova 2008, 131-132).

[98] In tali casi, secondo P. Samuelson, *The Pure Theory of Public Expenditure*, in *The Review of Economics and Statistics*, Vol. 36, N. 4, 11/1954, 387-389, il fallimento di mercato derivante dalla non escludibilità giustificherebbe l'intervento dello Stato.

[99] J. Stiglitz, *Economia del settore pubblico. Fondamenti teorici*, Milano 2003, 114.

[100] A. La Spina – G. Majone, *Lo Stato regolatore*, *cit.*, 119.

[101] J. Stiglitz, *Economia del settore pubblico*, *cit.*, 114.

Verrebbe, allora, legittimato l'intervento dello Stato, che, tramite l'esercizio di poteri autoritativi consentono, potrebbe far gravare i costi di realizzazione dell'opera sull'intera collettività[102], senza che sia necessario appurare l'effettiva identità del fruitore del servizio.

L'attore pubblico sarebbe, inoltre, chiamato a prevenire fenomeni di sovraconsumo, che potrebbero manifestarsi come "tragedia dell'interesse comune"[103]. Lo Stato sarebbe, infatti, il proprietario più indicato[104], in quanto sarebbe non solo amministratore della cosa comune, ma anche "autorità di polizia, che interviene solo affinché si rispettino le regole di convivenza"[105].

Tali argomenti, tuttavia, non bastano per spiegare le ragioni di un intervento pubblico nelle Ngn, in quanto le reti di comunicazione elettronica non hanno le caratteristiche dei beni pubblici puri. Manca, innanzi tutto, la caratteristica della non escludibilità, visto che l'accesso alla rete può essere impedito, tanto per le reti fisiche, quanto per le trasmissioni *wireless*. Eventuali abusi e aggiramenti dei meccanismi di accesso condizionato rappresentano deviazioni dal normale modo di utilizzo delle infrastrutture e presuppongono illegittime forzature di sistemi informatici o danneggiamento di reti fisiche.

Oltre al caso dei beni pubblici puri, si ritiene che debbano essere detenute dallo Stato le infrastrutture necessarie per prestare un servizio qualora la loro privatizzazione darebbe luogo ad un monopolio. Un monopolista potrebbe, infatti, fissare unilateralmente i prezzi ed avrebbe scarsi incentivi alla riduzione dei costi di produzione[106]. Per rimediare a tale sconveniente situazione di mercato, lo Stato avrebbe due vie: sostituire il monopolio privato con un monopolio pubblico ovvero regolare il monopolio privato[107].

---

[102] G. Napolitano – M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, *cit.*, 65.
[103] Su cui si v. G. Hardin, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 162/1968, 1243-1248.
[104] G. Napolitano, *I beni pubblici e le "tragedie dell'interesse comune"*, in *Analisi economica e diritto amministrativo – Annuario Associazione Italiana dei Professori di diritto amministrativo 2006*, Milano 2007, 137. Lo stesso A., tuttavia, rileva che "rimane da verificare l'autentica capacità dello Stato a farsi garante di determinati beni anche nell'interesse delle generazioni future che non sono rappresentate politicamente" (*ibid.*, 140).
[105] M.S. Giannini, *I beni pubblici*, *cit.*, 37-39. I pubblici poteri avrebbero il vantaggio di poter agire in modo autoritativo, costringendo i beneficiari di un bene pubblico a contribuire al finanziamento necessario anche contro la loro volontà (G. Napolitano – M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, *cit.*, 65).
[106] A. La Spina – G. Majone, *Lo Stato regolatore*, *cit.*, 117-118.
[107] G. Napolitano – M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, *cit.*, 67. Evidenzia W. Vasselli, *La regolazione dei servizi di interesse generale tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale*, in A. Biancardi (a cura di), *L'eccezione e la regola. Tariffe, contratti e infrastrutture,*

Anche in tale caso, tuttavia, il monopolio pubblico potrebbe portare ad inefficienze gestionali, generando così un c.d. "fallimento del non-mercato", a tutto discapito dell'interesse pubblico[108]. Per tale motivo, le distorsioni del monopolio possono, talvolta, essere affrontate con maggiore efficacia tramite rimedi regolatori[109].

La ricostruzione in esame non parrebbe, comunque, idonea a giustificare la creazione delle Ngn da parte dello Stato, per almeno due motivi. In primo luogo, perché il monopolio pubblico, come visto, potrebbe essere sostituito dall'imposizione di misure regolatorie in capo agli operatori privati. In secondo luogo, perché, sulle infrastrutture in fibra ottica, non sussiste ancora un monopolio privato. Non si pone, pertanto, un problema di monopolio, ma tutt'al più un problema di coordinamento degli investimenti, in vista di prevenire inutili duplicazioni di infrastrutture, economicamente inefficienti.

La realizzazione delle infrastrutture da parte dello Stato e la loro ascrizione alla proprietà pubblica può essere, altresì, giustificata per ragioni d'interesse pubblico. Motivi di sicurezza o di carattere strategico, infatti, precluderebbero la loro attribuzione a soggetti privati. Parte della scienza giuridica ha ravvisato la necessaria proprietà pubblica esclusiva nei beni del demanio militare necessari per la difesa nazionale, perché la sicurezza sociale richiederebbe il monopolio della forza[110].

Bologna 2009, 107, che lo stesso art. 43 Cost. prevede la possibilità di riservare un monopolio ad un soggetto privato. Conseguente, non vi è un'aprioristica presa di posizione contraria ai monopoli privati, ma i servizi pubblici devono essere valutati secondo una concezione non soggettiva, ma oggettiva.

[108] C. De Vincenti, *Mercato e interesse pubblico nei servizi di pubblica utilità*, in C. De Vincenti – A. Vigneri (a cura di), *Le virtù della concorrenza*, Bologna 2006, 41. Sottolineano la maggiore efficienza delle imprese private, *ex multis*, W.L. Megginson – J.M. Netter, *From State to Market: A Survey of Empirical Studies of Privatization*, in *Journal of Economic Literature* 39/2001, 321-389.

[109] Tali strumenti possono essere adottati anche in assenza di un monopolio in senso pieno, nei casi in cui una parte si trova in posizione dominante rispetto al mercato o semplicemente rispetto ad un altro contraente. Così, tali operatori possono vedersi applicate cautele. Negli *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato Ce al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, COM(2009) C 45/02), la Commissione europea, riprendendo le definizioni poste dalla Corte di giustizia in United Brands (causa 27/76, sentenza 14 febbraio 1978, *United Brands Company e United Brands Continentaal c. Commissione*, Racc. 207, punto 65) e *Hoffmann – La Roche* (causa 85/76, sentenza 13 febbraio 1979, *Hoffmann-La Roche c. Commissione*, Racc. 461, punto 38), ha ricordato che la posizione dominante consiste in "una situazione di potere economico grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare il persistere di una concorrenza effettiva sul mercato in questione e di agire in maniera significativamente indipendente rispetto ai suoi concorrenti, ai suoi clienti e, in ultima analisi, ai consumatori" (par. 10). In secondo luogo, gli operatori titolari di una forza eccessiva nei confronti di una controparte sono soggetti a particolari obblighi di tutela nei confronti della parte debole: si tratta della fattispecie dell'abuso di dipendenza economica, di cui all'art. 9 della legge 18 giugno 198, n. 192, il quale vieta l'abuso dello stato di dipendenza economica nel quale si trova un'impresa cliente o fornitrice dell'impresa dominante. A tal fine, viene considerata "dipendenza economica" "la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi".

[110] A. M. Sandulli, voce *Beni pubblici*, in *Enciclopedia del diritto*, V, Milano 1959, 280.

Analogamente, potrebbe richiedere un intervento pubblico la gestione di infrastrutture c.d. "strategiche".

La proprietà pubblica sarebbe, così, preferibile nei casi in cui gli strumenti di regolazione e le politiche pubbliche non siano sufficienti a tutelare interessi ritenuti particolarmente delicati. Così avviene, p.e., nel dispacciamento dell'energia elettrica[111].

Nel caso delle reti di comunicazione elettronica, l'importanza delle connessioni non viene messa in discussione, di qualunque natura esse siano (rame, fibra o *wireless*), e ne viene continuamente evidenziato il carattere strategico[112]. A ben vedere, però, ad essere strategiche non sono tanto la gestione o la titolarità delle reti di comunicazione elettronica, quanto piuttosto la loro esistenza. Il punto cruciale, è costruirle; una volta realizzate, anche le Ngn potrebbero essere detenute e gestite in tutta sicurezza da un operatore privato, non essendo necessaria la gestione diretta da parte dello Stato.

In tal senso, si pensi che le reti di comunicazione elettronica in rame sono ormai da tempo gestite da operatori privati: nonostante l'indubbia importanza che ricoprono, lo Stato ha trasferito a privati la proprietà delle infrastrutture. Pur trattenendo una *golden share*[113], l'attore pubblico ha ceduto la partecipazione di controllo

---

[111] F. Bassanini, *Prefazione*, in P.M. Manacorda (a cura di), *I nodi delle reti*, *cit.*, 12; P.M. Manacorda – C. De Vincenti, *Introduzione*, *cit.*, 35.

[112] In tal senso, da ultimo, Cons. Stato, Sez. VI, decisione 23 febbraio 2011, n. 1121, sottolinea il carattere strategico per l'interesse collettivo delle comunicazioni elettroniche. Tale valutazione è già stata, comunque, compiuta dal legislatore. Il d.lgs. 4 settembre 2002, n. 198, aveva introdotto una disciplina incentivante per la realizzazione di infrastrutture di comunicazione elettronica. Tale testo normativo dichiarava solennemente le infrastrutture di telecomunicazioni, già dichiarate strategiche ai sensi dell'art. 1 della legge 21 dicembre 2001, n. 443, opere di interesse nazionale. Evidenziano il carattere strategico delle reti di comunicazione elettronica anche P.M. Manacorda – C. De Vincenti, *Introduzione*, *cit.*, *passim*, spec. 24.

[113] Nell'ordinamento italiano, i poteri speciali dello Stato su società dimesse sono stati regolati dall'art. 2449 cc., dal decreto legge 31 maggio 1994, n. 332 (convertito con la legge 30 luglio 1994, n. 474), dall'art. 4, comma 230,della legge 24 dicembre 2003, n. 350 e dall'art. 1, comma 2, del DPCM 10 giugno 2004. Rileva G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, *cit.*, 64 come, nella normativa più recente, l'intrusività dei poteri ritenuti dal Governo, tuttavia, non è comunque paragonabile alle precedenti prerogative di direzione dell'impresa pubblica. La Corte di giustizia delle comunità europee (Cgce), tuttavia, ha censurato la normativa italiana, rilevando che l'influenza statale era condizionata "dal generico riferimento alla tutela degli interessi nazionali e perciò [costituiva] grave pregiudizio alla libera circolazione dei capitali".La causa dell'illegittimità della disciplina nazionale, pertanto, era da rinvenirsi nell'eccessiva genericità delle condizioni di esercizio del potere, la cui discrezionalità risultava sproporzionata rispetto agli obiettivi perseguiti dalle norme (Cgce, sentenza 26 marzo 2009, causa C-326/07, *Commissione c. Italia*, Racc. I-2291). In materia di *golden share*, si v. G. della Cananea, *Privatizzazioni senza autorità di regolazione?*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 5/1997, 487 ss.; F. Merusi, *La Corte di giustizia condanna la* "golden share" *all'italiana e il ritardo del legislatore*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3/2000, 1236 ss.; E. Freni, Golden share*, ordinamento comunitario e liberalizzazioni asimmetriche: un conflitto irrisolto*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2/2007, 145 ss.; G. C. Spattini, *"Vere" e "false" "golden shares" nella giurisprudenza comunitaria. La "deriva sostanzialista" della Corte di giustizia, ovvero il "formalismo" del principio della "natura della cosa": il caso Volkswagen, e altro...*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.* 1/2008, 303 ss.; W. Vasselli, *La*

dell'*incumbent*[114] e le reti di Telecom Italia S.p.a. ("Telecom Italia") sono divenute beni di proprietà soggettivamente privata[115]. Ciò nonostante, le reti di comunicazione elettronica rimangono beni a destinazione pubblica, tanto che permarrebbero poteri pubblicistici anche su tali infrastrutture, ora assoggettate ad una regolazione condizionale[116].

Se, peraltro, il carattere strategico delle Ngn imponesse davvero la proprietà dello Stato, quest'ultimo non dovrebbe demandare a privati la costruzione delle infrastrutture di ingegneria civile, come spesso avviene, ma dovrebbe posare anche i cavi. Tale operazione, tuttavia, viene solitamente rimessa agli operatori, e la legge, prima del referendum abrogativo del 2011, imponeva agli enti pubblici di astenersi dall'attività strategicamente più importante, vale a dire la gestione e la prestazione del servizio.

Nel caso delle Ngn, dunque, l'intervento pubblico non parrebbe dettato da ragioni di controllo politico su infrastrutture strategiche, ma sembrerebbe piuttosto derivare prevalentemente dalla presunta incapacità del mercato di realizzarle. Lo Stato, infatti, può essere chiamato ad intervenire in quanto potrebbe essere in grado di sopportare investimenti economicamente non sostenibili per operatori privati.

Nel caso delle reti, assicurare la stabilità e la capillarità dei collegamenti può richiedere una forte esposizione economica, poiché le somme da investire sono elevate ed i tempi e le possibilità di rientro incerti. Gli investimenti da sostenere potrebbero essere superiori al profitto previsto dagli operatori, anche alla luce della necessità di ottenere ricavi adeguati entro un tempo ragionevole. In altri termini, l'*internal rate of return* (IRR) sarebbe troppo basso e la costruzione della rete sarebbe economicamente sconsigliabile da parte di operatori di mercato.

Tali situazioni vengono riscontrate in numerosi settori, in cui la realizzazione di beni strategici diviene economicamente sostenibile solamente in presenza di un l'intervento pubblico. In via del tutto esemplificativa e senza alcuna pretesa di

---

regolazione dei servizi di interesse generale, *cit.*, 119-120.

[114] La legge 29 gennaio 1992, n. 58 ha disposto l'assorbimento, da parte di Telecom Italia S.p.a., di Iritel S.p.a., a sua volta nata dall'Azienda di Stato per i Servizi Telefonici (Asst); i principali azionisti di Telecom Italia S.p.a. sono Telco S.p.a. (22,40%), Findim Group S.A. (4,99%), Brandes Investment (4,02%). Sulla privatizzazione di Telecom Italia, si v. V. Cozzoli, *Un decennio di privatizzazioni: la cessione di Telecom Italia*, Milano 2004, 46 ss..

[115] Secondi i dati diffusi dall'operatore, in Italia, alla fine del 2009, Telecom Italia S.p.a. aveva una rete di accesso in rame per 110 milioni di km e una rete di accesso e di trasporto in fibra ottica di oltre 4 milioni di km (*Corporate profile di Telecom Italia S.p.a.*).

[116] M. Renna, *La regolazione amministrativa*, *cit.*, 119.

assimilare le problematiche relative a due settori molto differenti tra loro, la questione dell'intervento dello Stato è stata affrontata anche nel dibattito per la realizzazione delle centrali nucleari. Queste ultime sono, infatti, caratterizzate da un'elevata durata dell'ammortamento degli investimenti, da una forte incertezza sui prezzi e da un (pur contenuto) rischio catastrofico. A tali condizioni, il mercato non potrebbe produrle senza un intervento dello Stato, che dovrebbe finanziare gli investimenti e/o politiche tariffarie che consentano il recupero delle enormi somme necessarie alla realizzazione di una centrale[117].

Anche nelle reti di comunicazione elettroniche si verifica un fallimento del mercato per via di una combinazione di fattori che rendono, complessivamente, economicamente sconsigliabile la realizzazione delle infrastrutture ad un operatore privato.

Il primo fattore è rappresentato dall'eccezionale entità degli investimenti da realizzare, nell'ordine di diversi miliardi di euro. L'impiego di somme tanto elevate comporta un rischio considerevole. Gli stessi costi, inoltre, potrebbero aumentare in corso d'opera[118].

La rischiosità degli investimenti viene accentuata anche dall'incertezza della domanda di mercato potenziale dei servizi a cui le infrastrutture sono rivolte[119]. Le reti, infatti, non costituiscono un fine in sé, ma sono strumentali alla prestazione di un servizio. Nel caso delle tlc, è ancora (in parte) ipotetica l'esistenza delle c.d. *killer applications*, vale a dire delle applicazioni che dovrebbero sfruttare la nuova capacità di banda resa disponibile[120]. I contenuti ed i servizi che richiedono connessioni a banda ultralarga, infatti, sono ancora limitati in rapporto agli investimenti necessari per le Ngn. Diversi servizi prestati tramite reti in fibra ottica possono, allo stato, essere prestati anche tramite le connessioni Adsl2+ o persino inferiori[121].

Un ulteriore elemento d'incertezza deriva dal rischio tecnologico: è davvero necessario realizzare le nuove reti o, in futuro, altre tecnologie, dai costi più

---

[117] R. Pardolesi, *Il mercato dell'energia nucleare*, in G. Napolitano – A. Zoppini (a cura di), *Il diritto dell'energia nucleare – Annuario di diritto dell'energia*, Bologna 2011, 207-208.
[118] A. Biancardi, *Regole e discrezionalità*, *cit.*, 29.
[119] P. Rubino, *I settori infrastrutturali di servizio pubblico: caratteristiche economiche e loro regolazione*, in A. Biancardi (a cura di), *L'eccezione e la regola. Tariffe, contratti e infrastrutture,* Bologna 2009, 46.
[120] L. Prosperetti, Essential facilities *in via di costruzione? Una riflessione sulle politiche pubbliche nei confronti delle* Next Generation Nertworks, in *L'industria* 1/2011, 3.
[121] Sottolinea M. Libertini, *Le reti di nuova generazione*, *cit.*, 1230, come la domanda possa essere guidata dall'offerta, e come, in ogni caso, in un contesto internazionale globalizzato, non è possibile prescindere da una "sfida competitiva" con gli altri Paesi che stanno procedendo in tal senso *(ibid.)*.

contenuti, consentiranno risultati analoghi[122]? La scoperta di nuove tecnologie trasmissive o di nuove tecniche di sfruttamento delle attuali reti potrebbero presto far apparire obsolete o persino superflue anche le reti in fibra in ottica. In tal senso, si pensi all'evoluzione delle reti in rame, che hanno raggiunto capacità trasmissive insospettate fino a pochissimi anni addietro. Tali progressi sembrerebbero in procinto di arrestarsi, ma non è possibile negare l'esistenza di un rischio legato allo sviluppo di altre tecnologie[123].

A tali obiezioni si risponde, in primo luogo, che la domanda, nel settore delle comunicazioni elettroniche, è in parte indotta dall'esistenza delle infrastrutture: una volta creata la capacità trasmissiva, vengono generate le applicazioni per sfruttarla. Per tale motivo, si sostiene che, come prima cosa, occorre costruire le reti; la domanda di mercato seguirà[124].

In secondo luogo, a chi sostiene che le reti in rame siano sufficienti viene eccepito il rischio di collasso della rete. La crescita dei flussi di dati e delle applicazioni a banda larga, infatti, potrebbe portare presto alla saturazione della rete. Si pensi alle opportunità offerte in termini di telelavoro, telemedicina, alla trasmissione convergente di servizi c.d. *triple play* (telefono, dati e televisione) o semplicemente alle applicazioni correntemente disponibili tramite *smartphone*[125]. È vero che tali servizi vengono offerti già sulle vigenti reti in rame, ma il loro utilizzo è meramente sperimentale. Se, da un lato, le reti attuali consentono la fruizione di certi servizi a un numero limitato di utenti, dall'altro lato la loro diffusione potrebbe rendere le reti in rame inadeguate a garantirne la diffusione su larga scala[126].

Oltre alle criticità legate alla domanda, la specificità dell'investimento effettuato lo renderebbe difficilmente recuperabile con applicazioni di altro genere. Infine, sussiste anche un rischio regolamentare. Gli operatori che realizzano la rete, infatti, rischiano l'assoggettamento a obblighi asimmetrici, vale a dire di essere costretti a

---

[122] Pone tale dubbio anche L. Prosperetti, Essential facilities *in via di costruzione?*, *cit.*, 3-4.
[123] Sui rischi che devono affrontare gli operatori nella costruzione delle reti in fibra ottica, si v. Allegato B alla delibera Agcom 11 gennaio 2011, n. 1/11/CONS, punto 124.
[124] *Le reti per lo sviluppo, lo sviluppo per le reti – Rapporto Nomisma sulla politica industriale*, Roma 2003, 139.
[125] Si noti che gli *smartphone* generano il 78% del traffico, sebbene, alla fine del 2010, fossero solamente il 10% del totale degli apparecchi radiomobili; nel 2010, uno *smartphone* ha generato un traffico pari a circa 24 volte quello di un semplice cellulare (Ministero dello Sviluppo Economico – Dipartimento per le Comunicazioni, *Progetto strategico Agenda digitale italiana: Implementare le infrastrutture di rete. Caratteristiche e modalità attuative*, 15 dicembre 2011, 28).
[126] Si verificherebbe una tragedia dell'interesse comune, a causa del sovraconsumo dei beni comuni. In argomento, si v. G. Hardin, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 162/1968, 1243-1248; G. Napolitano – M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, *cit.*.

concedere ai concorrenti l'accesso alle proprie infrastrutture, e tale prospettiva non incoraggia l'investimento[127].

In ogni caso, le obiezioni che precedono influiscono sulle decisioni commerciali degli operatori, rendendo rischioso l'investimento. E proprio questa incertezza renderebbe necessario un intervento pubblico, volto a chiarire gli obiettivi da perseguire con la nuova rete ed a consentire un coordinamento interno ottimale[128]. In tal senso, il Ministero dello Sviluppo Economico sta sviluppando diversi orientamenti, tanto con riferimento all'agenda digitale, quanto con riferimento ai piani strategici. In tal senso, il Progetto strategico individua un set di misure che possono essere messe in opera per la realizzazione dell'agenda digitale, finalizzata allo sviluppo del livello d'informatizzazione e dell'azzeramento del *digital divide*. Con riguardo alla costruzione delle infrastrutture, oltre alla realizzazione di un Catasto delle infrastrutture e di strumenti di raccordo e coordinamento con gli enti locali, vengono previsti diversi libelli di intervento: diretto; partnership pubblico – privata, intervento incentivante129. Alle iniziative ministeriali si aggiungono quelle dell'Agcom (finanziamento di ricerche; segnalazione al Governo ed al Parlamento; regolazione procompetitiva) e degli altri enti, centrali o locali, a vario titolo coinvolti.

Diversamente dai privati, nonostante la congiuntura economica, lo Stato non segue logiche meramente opportunistiche, ma potrebbe permettersi prospettive temporali diverse da quelle di un'impresa commerciale. Il suo intervento potrebbe, così, correggere il fallimento del mercato[130].

La proprietà pubblica sarebbe, pertanto, utile qualora il tempo e la redditività degli investimenti non possano essere sopportati da un'impresa privata[131]. È in tale ottica che dovrebbe essere letto l'intervento dello Stato nella realizzazione delle reti in fibra ottica. Dovrebbe, dunque, essere limitato alle zone non redditizie, qualora e nella misura in cui se ne ravvisi l'opportunità in sede politica. In alternativa o in aggiunta al finanziamento diretto delle infrastrutture, lo Stato potrebbe attivarsi per

---

[127] Sul dilemma regolatorio e sulla *essential facilities doctrine*, si v. il capitolo III.
[128] *Le reti per lo sviluppo, lo sviluppo per le reti – Rapporto Nomisma sulla politica industriale*, Roma 2003, 185. Lo stesso Rapporto evidenzia come sia necessario regolare anche la costruzione delle reti richieste dalla domanda, al fine di dirimere le potenziali conflittualità (*ibid.*).
[129] Ministero dello Sviluppo Economico – Dipartimento per le Comunicazioni, *Progetto strategico Agenda digitale italiana: Implementare le infrastrutture di rete. Caratteristiche e modalità attuative*, 15 dicembre 2011.
[130] F. Cintioli, *Le reti come beni pubblici*, *cit.*, 305-307. Lo Stato potrebbe così introdurre misure di semplificazione (su cui si v. *infra*, par. 5).
[131] F. Bassanini, *Prefazione*, *cit.*, 12.

potenziare la domanda. Si collocano in tale direzione le misure per l'alfabetizzazione digitale del Paese, di cui l'Agcom ha recentemente invocato il potenziamento[132].

Si noti, peraltro, come talvolta lo Stato non si limiti a finanziare le infrastrutture, ma arrivi persino a diventarne titolare, sebbene in molti casi questo non sia necessario: nella scienza economica, si è affermato che se l'amministrazione deve curarsi dei beni pubblici, essa non deve necessariamente produrli, né possederli[133]. Salvo i casi in cui le infrastrutture costituiscono beni strategici, infatti, potrebbe essere sufficiente e preferibile intervenire con strumenti più leggeri, come il semplice finanziamento delle infrastrutture. L'intervento statale potrebbe, allora, essere limitato all'erogazione di fondi, e si rivela, pertanto, necessario analizzarlo anche in tale prospettiva.

3. Lo Stato come finanziatore

3.1. Fallimenti di mercato e finanziamento delle opere

Tramite il finanziamento pubblico, lo Stato sostiene o agevola la sopportazione di (parte dei) rischi, correggendo in parte i fallimenti di mercato. Le infrastrutture non vengono direttamente ascritte alla proprietà pubblica, ma possono restare in titolarità di soggetti privati, specialmente nei casi in cui l'intervento statale ha una portata parziale. La portata dell'azione statale può variare in funzione delle condizioni del mercato e del territorio, richiedendo l'impiego di risorse pubbliche in misura maggiore o minore.

Alcune zone sono caratterizzate da un'elevata redditività potenziale degli investimenti, e l'*an* dei ricavi non sarebbe in discussione. Si pensi ai c.d. "quartieri d'affari" o alle zone ad alta densità abitativa, in cui sembrerebbe possibile persino una competizione infrastrutturale fra più operatori. Nondimeno, in tali aree potrebbe essere incerto il *quando* della redditività. Nel caso degli investimenti in Ngn, la redditività dipende da una combinazione di fattori, che non sempre consentono prevedere i tempi. In tali zone, l'intervento pubblico potrebbe essere

[132] Agcom, *Segnalazione al Governo in tema di liberalizzazione e crescita: Un'agenda digitale per l'Italia*, 12 gennaio 2012, 7. In argomento, si v. Ministero dello Sviluppo Economico – Dipartimento per le Comunicazioni, *Progetto strategico Agenda digitale italiana: Implementare le infrastrutture di rete. Caratteristiche e modalità attuative*, 15 dicembre 2011, 42).
[133] A. Lolli, *Proprietà e potere*, *cit.*, 72.

limitato a misure finalizzate ad accrescere l'appetibilità gli investimenti, eventualmente intervenendo per compensare la postergazione della redditività nel tempo. Lo Stato potrebbe, altresì, favorire l'aggregazione degli operatori, se del caso affiancandoli.

Altre zone, invece, parrebbero caratterizzate dalla mancanza di redditività delle infrastrutture. Si tratta spesso di aree a bassa densità abitativa, in cui il costo medio per abitante di una connessione aumenta sensibilmente, fino a rendere economicamente sconveniente la realizzazione delle infrastrutture[134]. L'aumento dei costi imporrebbe di applicare prezzi al dettaglio elevati, provocando un'ulteriore contrazione della domanda e rendendo improbabile il conseguimento di utili.

Tali aree evidenziano, dunque, fallimenti di mercato più gravi di quelli presenti nelle zone potenzialmente redditizie, e richiedono un intervento maggiormente incisivo. Il sussidio pubblico consentirebbe di abbassare i costi delle opere per gli operatori, che potrebbero, così, praticare prezzi al dettaglio più bassi e riscontrare una maggior domanda sul mercato al dettaglio, rendendo profittevole l'investimento[135].

Nelle zone diseconomiche, inoltre, il sussidio pubblico potrebbe essere richiesto anche da ragioni di coesione sociale[136]. In tale ottica, l'intervento statale nelle Ngn tenderebbe anche a contenere il *digital divide*, vale a dire la situazione di disparità di condizioni fra cittadini nella fruizione di connessioni elettroniche. Il contenimento del *digital divide*, peraltro, sarebbe interesse di tutta la collettività, anche in vista della massimizzazione dei vantaggi derivanti dalla fruizione di un bene di club[137]. Manca, però, un punto di convergenza in relazione alla soglia oltre la

---

[134] Uno studio Istat del 2007 ha classificato le abitudini abitative della popolazione italiana, distribuendola in 5 fasce: 1) comuni con più di 100.000 abitanti; 2) comuni con popolazione compresa fra 50.000 e 100.000 abitanti; 3) comuni con popolazione fra 25.000 e 50.000 abitanti; 4) comuni con popolazione compresa fra 5.000 e 25.000 abitanti; 5) comuni con meno di 5.000 abitanti. La ricerca ha rilevato come quasi 14 milioni di persone abitassero nella prima categoria (densità abitativa media di 932 abitanti/Km^2), oltre 20 milioni in comuni appartenenti alla seconda categoria (densità abitativa media di 559 abitanti/Km^2) e oltre 10 milioni nei comuni della quinta categoria (densità abitativa media di appena 58 abitanti/Km^2). In tali aree, l'investimento in Ngn sarebbe economicamente insostenibile, anche per via della concorrenza delle tecnologie *wireless*, che in presenza di un numero di abitanti così basso diverrebbero fortemente attraenti per i fornitori (*Programma Isbul, W.P. 2.2 – Le condizioni di sostenibilità economico/finanziaria di una NGN*, Roma 2010, 51-53).

[135] Per un'analisi di tali dinamiche, si v. *Programma Isbul*, *W.P. 2.2 – Le condizioni di sostenibilità economico/finanziaria di una Ngn*, Roma 2010, 43.

[136] A. Estache – M. Fay, *Current Debates on Infrastructure Policy*, *cit.*, 14. In argomento, si v. anche A. Vigneri, *Coesione sociale e tutela della concorrenza in un sistema multilivello*, in C. De Vincenti – A. Vigneri (a cura di), *Le virtù della concorrenza*, Bologna 2006, 73 ss..

[137] F. de Brabant – P.M. Manacorda – G. Vannucchi, *Le telecomunicazioni: concorrenza, sviluppo*, *cit.*, 329.

quale il divario digitale diventa inaccettabile, così come manca una definizione univoca di banda larga[138].

Per altro verso, tuttavia, parte della scienza economica ha notato come la localizzazione di investimenti nelle regioni più povere potrebbe generare inefficienze. Se è vero che, in alcuni casi, potrebbe contribuire ad allineare i redditi delle popolazioni interessate, dall'altro lato potrebbe far diminuire la produzione complessiva[139].

A livello europeo, si riscontra una moderata tendenza ad assecondare il finanziamento delle infrastrutture, specialmente nelle zone a fallimento di mercato, per contenere i costi d'accesso e tariffe d'uso[140]. Così, oltre all'erogazione di sovvenzioni tramite i Fondi strutturali ed il Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale[141], viene agevolato il ricorso ai Fondi regionali dell'Ue, potenzialmente utili anche per la mappatura delle infrastrutture a livello locale e regionale. In aggiunta, la Banca europea per gli investimenti ("Bei") concede prestiti per 2 miliardi di euro

---

[138] Si tratta prevalentemente di misure tecniche, la cui definizione, tuttavia, dipende anche dalle politiche d'intervento (*Programma Isbul, W.P. 2.3 – Fattori abilitanti la domanda di servizi*, Roma 2010, 2). Il Rapporto Caio ha evidenziato che, in Italia, circa 7 milioni di cittadini (circa il 12% della popolazione) essendo privi di connessioni ad internet a banda larga e sarebbero in *digital divide*. Per tale motivo, viene invocato un intervento pubblico per finanziare le nuove reti (F. Caio, *Portare l'Italia verso la leadership europea nella banda larga Considerazioni sulle opzioni di politica industriale – Presentazione sulle conclusioni del progetto al Ministero dello Sviluppo Economico – Comunicazioni*, 12 Marzo 2009). Il finanziamento pubblico potenzierebbe, dunque, la coesione sociale, anche riducendo disuguaglianze potenzialmente incubatrici di instabilità e di conflitti sociali.

[139] A. De la Fuente, *Is the Allocation of Public Capital across the Spanish Regions Too Redistributive?*, in *Centre for Economic Policy Research Discussion Paper 3138*, 2001, 5 ss.. In termini analoghi, ma con riferimento ad infrastrutture diverse dalle reti di comunicazione elettronica, A. Estache – M. Fay, *Current Debates on Infrastructure Policy*, *cit.*, 25, sottolineano come in Francia l'aumento delle connessioni di trasporto, facilitando gli spostamenti verso le grandi agglomerazioni urbane, più che al decentramento, abbia portato all'accentramento delle opportunità d'impiego. Secondo R. Faini, *Cumulative Process of Deindustrialization in An Open Region: The Case of Southern Italy, 1951–1973*, in *Journal of Development Economics* 12(3), 1983, 277 ss., la diminuzione dei costi di trasporto avrebbe contribuito ad acuire il divario fra il nord ed il sud del Paese. Al contrario, i collegamenti locali – vale a dire, di aree periferiche di una stessa regione – potrebbero apportare benefici, consentendo alle imprese di beneficiare di manodopera e immobili a costi minori (A. Estache – M. Fay, *Current Debates on Infrastructure Policy*, *cit.*, 26).

[140] Al contempo, al fine di coprire tutte le aree, gioverebbe l'impiego anche di tecnologie wireless, terrestri e/o satellitari, sebbene la Commissione sia consapevole del disordine che caratterizza l'etere e della conseguente necessità di ottimizzare e razionalizzare le frequenze a livello europeo, creando un mercato competitivo anche per il trading (Commissione europea, *La banda larga in Europa: investire nella crescita indotta dalla tecnologia digitale*, COM(2010) C 472 def, 9 ss.).

[141] Nel bilancio di programmazione 2007-2013, nell'ambito dei Fondi strutturali, sono stati destinati a investimenti in infrastrutture per la banda larga 2,3 miliardi di euro; i servizi della società dell'informazione, invece, hanno beneficiato di 12,9 miliardi di euro (Commissione europea, *La banda larga in Europa*, *cit.*, 11). Un miliardo è stato erogato tramite il fondo per lo sviluppo agricolo, ed un miliardo è stato erogato nel quadro delle misure contro la crisi (L. Papadias – F. Chirico – N. Gaàl, *The new State Aid Broadband Guidelines: not all Black and White*, in *Competition Policy Newsletter* 3/2009, 19).

ogni anno[142]. Logicamente, per la loro provenienza europea, le misure in esame non costituiscono aiuto di Stato illegittimo nel senso del Tfue[143].

Per quanto riguarda il finanziamento da parte degli Stati membri, l'erogazione di denaro pubblico è soggetta al rispetto dei parametri posti dalla normativa europea, che impone alcuni limiti e condizioni. In Italia, il finanziamento pubblico diretto favorirebbe un cablaggio capillare, ma avrebbe inevitabilmente l'effetto di riversare sul bilancio pubblico costi considerevoli, poiché le somme necessarie ammontano a diversi miliardi di euro[144]. L'ingente portata degli investimenti necessari porta ad interrogarsi sull'opportunità di riversare simili oneri sull'attore pubblico, in un periodo di congiuntura economica e di difficoltà per le finanze pubbliche. Da un lato, infatti, tale investimento potrebbe aggravare le difficoltà delle finanze pubbliche; dall'altro lato, si ritiene che potrebbe stimolare la crescita economica, favorendo il risanamento dei bilanci.

Anche sotto l'ottica dell'intervento dello Stato come finanziatore, la realizzazione delle Ngn denota alcuni paradossi. Nonostante il mero finanziamento sembri da preferire, la regolamentazione vigente, per certi aspetti, la normativa europea – analizzata nei paragrafi che seguono – parrebbe incoraggiare forme di intervento più intrusivo, talvolta più semplici da implementare.

3.2. Il quadro regolamentare europeo

3.2.1. Finanziamento pubblico e aiuti di Stato

L'art. 107, comma 1, Tfue dispone che sono "incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza"[145]. Tale

---

[142] Commissione europea, *La banda larga in Europa*, *cit.*, 11-12. La partecipazione della Bei, in costante aumento, avrebbe altresì un effetto "catalizzatore" degli investimenti sul mercato bancario.
[143] In aggiunta, mancherebbero la selettività dell'aiuto e il pregiudizio al commercio tra Stati membri.
[144] Non vi sono, attualmente, dati univoci sui costi esatti della realizzazione delle reti in fibra ottica. Le somme necessarie, infatti, dipendono dagli obiettivi di copertura e dalla tipologia di connessione adottati. Coprire il 50% del territorio con architettura Ftth – *point to point* costerebbe oltre 12 miliardi di euro (*Programma Isbul*, *W.P. 2.2 – Le condizioni di sostenibilità economico/finanziaria di una Ngn*, Roma 2010, 11).
[145] Come noto, si configura un aiuto ai sensi dell'art. 107 Tfue nei casi in cui vi sia una misura (i) concessa mediante risorse statali, (ii) che conferisce alle imprese un vantaggio economico (iii) rispetto alle altre imprese, (iv) falsando o rischiando di falsare la concorrenza ed (v) incidendo negativamente sugli scambi intracomunitari. Sulla disciplina europea in materia di aiuti di Stato, si v. W. Mederer – N.

disposizione non riguarda solo l'erogazione diretta di fondi da parte dello Stato, ma qualsiasi misura attributiva di un vantaggio selettivo tramite risorse dello Stato. Vi rientrerebbero – tra gli altri – anche interventi agevolativi, come le esenzioni previdenziali o i prestiti a tasso agevolato[146].

In deroga al divieto generale posto dal Tfue, tuttavia, possono essere considerate compatibili con il mercato interno determinate categorie di aiuti, fra i quali quelli per lo sviluppo economico delle zone "ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione" (art. 107, comma 3, lett. a), Tfue), nonché quelli "destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo" (art. 107, comma 3, lett. b), Tfue) o "ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse" (art. 107, comma 3, lett. c), Tfue).

Il Trattato lascia, però, margini d'interpretazione per valutare quali misure costituiscano un aiuto di Stato e quali no. A tal fine, suppliscono la giurisprudenza della Corte di giustizia e la prassi decisionale della Commissione. In aggiunta, quest'ultima ha adottato apposite Linee guida per l'erogazione di aiuti economici per la banda larga[147], che consolidano la prassi decisionale ed esplicitano le condizioni di legittimità degli aiuti per le reti a banda larga e ultralarga.

I paragrafi che seguono esaminano le condizioni di liceità dei finanziamenti pubblici per le Ngn.

3.2.2. (segue) Il criterio dell'investitore di mercato

Secondo una prassi ormai consolidata, non costituiscono aiuto di Stato le misure adottate dallo Stato alle condizioni di un "investitore di mercato". Se lo Stato

---

Pesaresi – M.V. Van Hoof, *EC Competition Law – Volume IV – State aid*, Deventer 2009.

[146] In tal senso, si v., *ex ,multis* Cgce, sentenza 22 novembre 2001, causa C-53/00, *Ferring SA c. Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)*, Racc. I-9067.

[147] Commissione europea, *Orientamenti comunitari relativi all'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato in relazione allo sviluppo rapido di reti a banda larga*, COM(2009), 235/04). L'utilizzazione di strumenti di *soft law* da parte della Commissione europea si è sviluppata nel corso degli anni Settanta, in materia di aiuti di Stato, per far fronte all'impossibilità di vedere il Consiglio approvare regolamenti in materia. Tale strumento offre una certa "flessibilità" e modularità, pur garantendo un certo grado di certezza giuridica ai suoi destinatari (M. Cini, *From Soft Law to Hard Law? Discretion and Rule-making in the Commission's State Aid Regime*, EUI Working Paper, RSCAS, 17). In argomento, si v. altresì G. della Cananea, *Administration by Guidelines: the Policy Guidelines of the Commission in the Field of State Aids*, in I. Harden (a cura di), *State aid. Community Law and Policy and its Implementation in Member States*, 1993, 61 ss.; F. Rawlinson, *The Role for Policy Frameworks, Codes and Guidelines in the Control of State Aid*, in I. Harden (a cura di), *State Aid: Community Law and Policy*, 1993, Cologne, 52 ss..

interviene come un investitore privato, mancherebbe un sostanziale vantaggio per l'impresa che riceve denaro pubblico e non sarebbe configurabile un aiuto ai sensi dell'art. 107 Tfue.

Nella prassi decisionale, la Commissione si è già confrontata con tale fattispecie. Nel caso *Citynet*[148], p.e., un Comune olandese aveva deciso di investire nella costruzione di infrastrutture passive per collegare a banda larga circa 37.000 nuclei familiari. Le reti, realizzate tanto da investitori pubblici, quanto da investitori privati, erano destinate ad essere conferite in una società partecipata per un terzo dallo Stato.

Nella fattispecie, le misure sono state approvate dalla Commissione, in quanto lo Stato era intervenuto alle stesse condizioni degli altri azionisti di mercato, sopportando i medesimi rischi. Nell'applicazione del criterio dell'investitore privato, peraltro, non ha avuto alcun rilievo il fatto che Amsterdam non fosse caratterizzata da particolari forme di *digital divide*[149].

La costruzione delle reti in fibra ottica, tuttavia, parrebbe consentire l'applicazione del criterio dell'investitore di mercato in casi molto limitati. Il criterio in esame, infatti, potrebbe sorreggere l'intervento pubblico solamente nelle aree in cui esiste una potenziale redditività. In tali aree, tuttavia, potrebbero intervenire gli stessi operatori e potrebbe, quindi, venir meno la ragione dell'intervento pubblico (seppur lecito).

Viceversa, in presenza di gravi fallimenti di mercato, sarebbe improbabile assistere ad investimenti da parte di privati. Per tale motivo, l'intervento dello Stato sarebbe difficilmente paragonabile alle condizioni di un soggetto privato, che, di fatto, si asterrebbe dall'investire.

L'applicazione del criterio dell'investitore privato alle Ngn richiederebbe, pertanto, un attento esame dei motivi che sconsigliano un investimento privato. Il mercato, infatti, non è sempre caratterizzato da un'assoluta mancanza di redditività, ma piuttosto da una semplice incertezza, legata ai tempi, alle tecnologie e alla domanda. Il criterio in esame dovrebbe, dunque, legittimare l'intervento pubblico nei casi in cui i privati si astengono dall'investire per cause temporali e dimensionali, vale a dire nei casi in cui l'investimento parrebbe economicamente sostenibile, seppur

[148] Commissione europea, decisione 11 dicembre 2007 nel caso C 53/2006, *Citynet Amsterdam – Investment by the city of Amsterdam in a fibre-to-the-home (FTTH) network*, 2008/L 247/27.
[149] M. Libertini, *Contributo di Mario Libertini all'incontro Arel del 17 settembre 2009 "Gli aiuti di Stato alla banda larga"*, Roma 2009, 8.

sconsigliabile per un privato, in ragione del costo-opportunità dell'impiego di denaro.

3.2.3. La compensazione di un servizio d'interesse economico generale

In secondo luogo, non è considerata aiuto di Stato l'erogazione di somme a titolo compensazione di un servizio d'interesse economico generale. I contorni dell'esenzione sono stati definiti compiutamente dalla sentenza Altmark, che ha rielaborato la nozione di ciò che costituisce o non costituisce un aiuto di Stato[150].

Come noto, in tale circostanza, i giudici hanno affermato che non costituisce aiuto di Stato l'erogazione di denaro in favore di un'impresa incaricata di un servizio economico d'interesse generale, purché siano rispettate le seguenti condizioni: (i) l'impresa abbia ricevuto un atto d'investitura di un'autorità pubblica per il servizio prestato, che conferisca la missione all'operatore privato; (ii) i contenuti del servizio da prestare siano stati definiti preventivamente, sulla base di criteri obiettivi, proporzionati e non discriminatori; (iii) la compensazione sia orientata ai costi; (iv) ove l'incarico non sia stato conferito a seguito di gara, la compensazione non deve eccedere quanto sarebbe necessario per un'impresa media, ben gestita e ben equipaggiata.

Applicando i "criteri Altmark", nel 2009 è stato approvato un finanziamento pubblico francese di 59 milioni di euro per il cablaggio con fibra ottica dell'intero dipartimento di Hauts-de-Seine, dove è presente il quartiere d'affari *La Défense*[151]. Il piano prevedeva l'affidamento dell'installazione della fibra spenta ad un'impresa selezionata con procedura ad evidenza pubblica. L'aggiudicatario avrebbe potuto finanziare la realizzazione della rete vendendo poi l'accesso all'ingrosso alla fibra spenta per venticinque anni[152]. Così, l'aggiudicatario dell'appalto non avrebbe potuto fornire servizi commerciali, ma solamente servizi di accesso all'ingrosso, il cui prezzo avrebbe dovuto essere lo stesso per l'intero Dipartimento.

In tale circostanza, la realizzazione delle reti a banda ultralarga è stata considerata alla stregua di un servizio d'interesse economico generale, finalizzato alla copertura

---

[150] Cgce, sentenza 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark Trans GmbH*, Racc. I-7747.

[151] Commissione europea, decisione 30 settembre 2009, procedimento N 331/2008, *Francia, Compensation de charges pour une Délégation de Service Public (DSP) pour l'établissement et l'exploitation d'un réseau de communications électroniques à très haut débit dans le Département des Hauts-de-Seine*, C(2009) 7426 def. Avverso tale decisione, tuttavia, è pendente ricorso innanzi al Tpg (causa T-79/10, *COLT Télécommunications France c. Commissione*).

[152] Sulla decisione della Commissione, V. Bonfitto, *Gli aiuti di Stato alle reti di prossima generazione a banda ultra-larga*, in *Giorn. Dir. Amm.* 8/2010, 840 ss..

universale del Dipartimento, con rispetto del principio di neutralità tecnologica e perequazione tariffaria.

Dopo una lunga valutazione – in un procedimento durato più di un anno – la Commissione ha giudicato applicabile la giurisprudenza *Altmark*, dichiarando che la misura francese non costituiva aiuto di Stato, purché venisse rispettata la neutralità tecnologica della rete e gli aiuti non eccedessero quanto necessario per realizzare la rete nelle aree a fallimento di mercato[153].

In tale circostanza, è stato confermato che la definizione della nozione e della portata dei servizi di interesse economico generale ("Sieg") è rimessa alle Autorità nazionali, che potranno determinare i servizi che ne fanno parte. È interessante notare come, nel caso di specie, la nozione di Sieg sia stata interpretata per garantire la copertura integrale del Dipartimento di Hauts-de-Seine a banda ultralarga[154].

Successivamente ad *Altmark*, la commissione ha adottato delle Linee guida, che chiariscono le condizioni di legittimità degli aiuti pubblici per la banda larga e ultralarga. Per quanto concerne la banda larga, viene riconosciuta l'ampia libertà degli Stati membri nel definire cosa costituisca un "Sieg" ai sensi dell'art. 106 Tfue. Nel caso della realizzazione delle reti, tuttavia, potrebbe rientrare fra i Sieg solamente la realizzazione delle reti nelle aree in cui il mercato non possa garantire un'adeguata copertura o notevoli progressi entro i tre anni successivi[155].

L'investitura del servizio dovrebbe essere universale e obbligatoria. Universale, nel senso che dovrebbero essere connessi tutti gli utenti di una determinata area; obbligatoria, nel senso che non potrebbe essere rifiutato l'accesso al servizio a coloro che lo richiedono. Le infrastrutture realizzate dall'operatore investito della missione dovrebbero, altresì, essere passive, aperte a tutti e tecnologicamente neutre[156].

La Commissione coglie, così, l'occasione per subordinare la legittimità del finanziamento all'adozione di misure pro competitive da parte degli Stati membri: il

---

[153] L. Papadias – F. Chirico – N. Gaàl, *The new State Aid Broadband Guidelines*, *cit.*, 20.

[154] Alcuni operatori, tuttavia, hanno manifestato perplessità in relazione al piano di realizzare la rete in due fasi, cominciando, però, dal cablaggio delle aree ad alta densità abitativa (V. Bonfitto, *Gli aiuti di Stato alle reti di prossima generazione a banda ultra-larga*, *cit.*, 844).

[155] L'art. 30 del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, tuttavia, dispone che sono considerate Sieg le infrastrutture ricomprese nel progetto strategico approvato dal Ministero dello Sviluppo Economico.

[156] L. Papadias – F. Chirico – N. Gaàl, *The new State Aid Broadband Guidelines*, *cit.*, 20. La Commissione auspica inoltre l'aumento dell'accesso ai contenuti *online*, proponendo di semplificare le procedure di liberatoria e gestione, anche collettiva, dei diritti di autore, e di incrementare la fiducia nel digitale, riesaminando il quadro normativo sulla protezione dei dati e sulla tutela dei consumatori. Sarebbe, altresì, necessario potenziare gli investimenti in ricerca e sviluppo e incentivare l'innovazione e dell'alfabetizzazione informatica (Commissione europea, *Un'agenda digitale europea*, COM(2010) 245 def/2).

destinatario degli aiuti è tenuto a dare accesso all'ingrosso a chiunque ne faccia richiesta, e questo indipendentemente dalla quota di mercato detenuta dal titolare della rete.

Nelle aree sovvenzionate, peraltro, se è vero che la finalità degli aiuti è l'instaurazione di un mercato competitivo, i prezzi non dovrebbero discostarsi eccessivamente da quelli applicati nelle altre aree[157]. Al fine di evitare ogni forma di discriminazione fra operatori nell'accesso alla rete, l'attività del titolare della rete potrebbe venire limitata alla sola prestazione di servizi all'ingrosso, precludendogli l'ingresso sui mercati al dettaglio.

Anche in questi casi, rileva la natura delle aree a cui ineriscono i fondi. Qualora, infatti, l'installazione di infrastrutture avvenga in aree redditizie, la compensazione deve coprire unicamente i costi di realizzazione nelle aree non redditizie[158]. Il destinatario della compensazione dovrebbe, peraltro, essere individuato tramite una procedura competitiva, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa[159].

3.2.4. La valutazione degli aiuti di Stato

Qualora manchino i requisiti della sentenza *Altmark*, si può configurare un aiuto di Stato. Quest'ultimo, tuttavia, pur essendo in linea di principio illegittimo, a determinate condizioni potrebbe essere dichiarato compatibile con il mercato interno. L'esame di compatibilità degli aiuti, come inquadrato nelle Linee guida della Commissione[160], alla banda larga tiene conto delle peculiarità della zona per la quale il finanziamento viene erogato.

La Commissione distingue tra aree bianche, aree grigie e aree nere. Le prime sono quelle in cui le infrastrutture non esistono ed è improbabile che vengano costruite negli anni immediatamente successivi. Si tratta, quindi, di zone a forte fallimento di

---

[157] L. Papadias – F. Chirico – N. Gaàl, *The new State Aid Broadband Guidelines*, *cit.*, 21.
[158] *Orientamenti comunitari relativi all'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato*, *cit.*, punti 24-29.
[159] Parte della scienza giuridica ha, però, rilevato come l'adozione di procedure ad evidenza pubblica potrebbe non essere sufficiente a scongiurare il rischio di indebiti vantaggi, visto che i benefici derivanti dall'investitura potrebbero espandersi oltre l'affidamento della missione e l'erogazione di compensazioni (L. Papadias – F. Chirico – N. Gaàl, *The new State Aid Broadband Guidelines*, *cit.*, 20). *Contra*, P. Nicolaides – N. Klies, *Where is the advantage? The case of broadband infrastructures*, in *European State Aid Law Quarterly* 4/2007, 615, secondo cui non sarebbe possibile individuare alcun tipo di vantaggio illegittimo in capo all'aggiudicatario.
[160] Si segnala, per completezza, che il quadro di valutazione in esame ha validità triennale ed è destinato ad essere rivisto entro il 30 settembre 2012.

mercato, in cui l'intervento pubblico viene guardato con favore, ove, nel caso della fibra, sia dimostrato che gli investitori privati "non intendono sviluppare una rete Nga nei tre anni successivi"[161]. L'installazione delle reti in tali zone, tuttavia, avrebbe finalità non tanto economiche, quanto sociali[162], vista la mancanza assoluta di redditività.

Si osserva, peraltro, come, in ultima analisi, le aree bianche vengano definite dalle intenzioni di (non) investimento da parte degli operatori. Gli investimenti pianificati divengono, così, parametro della redditività, e, dunque, della legittimità dell'intervento finanziario pubblico[163].

Le aree grigie, invece, sono quelle in cui è presente un solo fornitore di reti a banda larga.

Infine, le aree nere sono caratterizzate dalla presenza di due o più fornitori di reti a banda larga.

Se, da un lato, la Commissione manifesta apertamente il suo favore per lo sviluppo delle infrastrutture nelle aree bianche[164], dall'altro lato, nelle altre zone, gli aiuti vengono esaminati con maggior cautela. Nella aree grigie, infatti, occorre valutare se le condizioni generali del mercato siano adeguate o se sussistano ostacoli di vario genere all'instaurazione di un mercato competitivo[165]. Nelle zone nere, invece, l'intervento pubblico viene considerato persino superfluo[166].

Trattandosi di reti non ancora costruite, la connotazione delle aree non è agevole, e in tal senso una mappatura delle infrastrutture esistenti consentirebbe di valutare

---

[161] *Orientamenti comunitari relativi all'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato*, *cit.*, punto 68.

[162] F. Caio, *Portare l'Italia verso la leadership europea*, *cit.*, 31 ss.. Secondo tale rapporto, 7,5 milioni di italiani vivrebbero in aree a fallimento di mercato.

[163] P.e., si v. Commissione europea, decisione 28 giugno 2010, procedimento N 626/2009, *Italia, Nga per distretti industriali – Lucca*, C(2010)4473.

[164] *Orientamenti comunitari relativi all'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato*, *cit.*, punto 41.

[165] In tal senso, nella decisione 22 febbraio 2006, procedimento N 131/05, Regno Unito, *FibreSpeed Broadband Project Wales*, C(2006)433 final, la Commissione ha valutato la legittimità di un aiuto finalizzato a cablare numerosi parchi industriali in una zona servita da un unico operatore. Nella fattispecie, i prezzi elevati praticati dal monopolista – che, peraltro, non concedeva a terzi l'accesso a cavidotti e fibra spenta – hanno portato la Commissione ad approvare gli aiuti. In sede di valutazione degli aiuti nelle aree grigie, la Commissione procederà a valutare anche che non siano offerti servizi abbordabili o adeguati a soddisfare il fabbisogno dei cittadini e dell'utenza commerciale e che "gli stessi obiettivi non possano essere raggiunti con misure meno distorsive". A tal fine, rilevano anche l'inadeguatezza delle condizioni generali di mercato, l'eventuale assenza di una regolamentazione ex ante, l'impossibilità di un accesso effettivo e utile alla rete da parte di terzi, l'esistenza di ostacoli generali all'ingresso di nuovi operatori nel mercato e l'insufficienza delle misure adottate dalle Autorità nazionali di regolamentazione (*Orientamenti comunitari relativi all'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato*, *cit.*, punto 46).

[166] *Orientamenti comunitari relativi all'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato*, *cit.*, punti 43 ss..

con maggior precisione quale sia, esattamente, la condizione infrastrutturale di un'area. In particolare, la Commissione valuta se gli aiuti:

- siano finalizzati a realizzare un obiettivo d'interesse comune, come il rimedio ad un fallimento di mercato;
- siano uno strumento adeguato allo scopo;
- possano incentivare gli investimenti o influiscano sul comportamento delle imprese;
- siano proporzionati[167].

La casistica più recente ha evidenziato che l'imposizione di obblighi regolatori *ex ante*[168] e l'adozione di misure per stimolare alla domanda[169] potrebbero non bastare per la realizzazione delle reti. Gli aiuti in tal senso dovrebbero essere ispirati al principio di neutralità tecnologica, e incoraggiare l'utilizzo delle infrastrutture d'ingegneria civile già esistenti. Dovrebbe, altresì, essere previsto un obbligo di accesso all'ingrosso per i terzi[170].

Vista la difficoltà di valutare ex ante la portata dei ricavi nel settore delle reti a banda larga, le autorità pubbliche potrebbero implementare meccanismi atti a consentire il recupero delle eventuali sovracompensazioni.

In base alle Linee guida, l'erogazione degli aiuti dovrebbe, dunque, sottostare a diverse condizioni: mappatura particolareggiata; analisi dettagliata del mercato e della copertura delle infrastrutture esistenti; assegnazione dei fondi tramite gara d'appalto a procedura aperta; applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, rispetto del principio di neutralità tecnologica; utilizzo delle infrastrutture esistenti; obbligo di libero accesso all'ingrosso alle infrastrutture realizzate grazie agli aiuti; corretta determinazione dei prezzi per minimizzare le distorsioni della concorrenza e introduzione di un meccanismo di recupero degli investimenti.

---

[167] *Orientamenti comunitari relativi all'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato*, *cit.*, punto 35.
[168] Si v., p.e., Commissione europea, decisione 10 ottobre 2007, N 473/2007, Italia, *Messa a disposizione di connessioni a banda larga in Alto Adige*, C(2007)4538 def.
[169] Si v., p.e., Commissione europea, decisione 13 settembre 2006, procedimento N 222/2006, Italia, *Banda larga nelle aree rurali della Toscana*, C(2006)3977 def.
[170] *Orientamenti comunitari relativi all'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato*, *cit.*, punto 51.

Il quadro descritto viene tendenzialmente applicato anche alle Ngn, con particolare attenzione alla rete di accesso[171]. In materia, è particolarmente avvertito il problema del *digital divide* di seconda generazione: dopo aver raggiunto gli obiettivi di collegamento con reti a banda larga, potrebbero comunque manifestarsi fenomeni di esclusione sociale con riferimento alle reti a banda ultralarga.

La valutazione degli aiuti per la banda ultralarga differisce parzialmente da quella relativa alla banda larga. La natura delle zone oggetto d'intervento viene, comunque, valutata alla luce delle previsioni di investimento del mercato nel triennio successivo: vengono considerate nere le aree in cui due o più operatori privati intendono posare fibra nel triennio successivo[172].

In via generale, vengono considerate profittevoli per la realizzazione di una rete d'accesso in fibra ottica le aree considerate nere per la banda larga ordinaria. Nondimeno, gli Stati membri possono dimostrare che non risultano operatori disposti ad investire in banda ultralarga nel triennio successivo. In tal caso, gli aiuti nelle aree considerate nere per la banda larga sarebbero valutati, per le Ngn, alla luce dei canoni dettati per le aree grigie[173].

Per la costruzione delle Ngn, le aree nere scarseggiano. Nelle aree non redditizie, l'intervento pubblico diretto potrebbe essere compatibile con il trattato, qualora sia finalizzato a conseguire "notevoli effetti di ricaduta positivi"[174].

Per le aree grigie, viene richiesta una valutazione maggiormente approfondita, che verte sull'inadeguatezza delle condizioni generali di mercato, sull'eventuale assenza di una regolamentazione ex ante da parte dell'autorità nazionale di regolazione, sull'impossibilità di garantire ai concorrenti del titolare della rete condizioni di accesso efficaci, sull'esistenza di ostacoli all'ingresso di nuovi investitori sul mercato, nonché sulle eventuali modalità di utilizzo/accesso alle condotte che precludano la condivisione con altri operatori. Infine, dovranno essere insufficienti le misure

---

[171] *Orientamenti comunitari relativi all'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato*, *cit.*, punti 52 ss..

[172] La Commissione precisa tuttavia che potrebbe essere considerata "nera" anche un'area con un solo operatore Nga (*Orientamenti comunitari relativi all'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato*, *cit.*, nota 72).

[173] *Orientamenti comunitari relativi all'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato*, *cit.*, punto 78. Si evidenzia, tuttavia, la difficoltà di simili analisi economiche. L'incertezza in relazione alla domanda di mercato per le Ngn, infatti, non consente di effettuare valutazioni pienamente attendibili circa la redditività del mercato. Per altro verso, anche le intenzioni di investimento degli operatori sono incerte, nella misura in cui dipendono in parte anche dalla regolazione e dalle iniziative adottate dalle istituzioni europee e nazionali – tanto a livello centrale, quanto a livello locale.

[174] *Orientamenti comunitari relativi all'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato*, *cit.*, punto 57.

adottate dall'autorità nazionale di regolazione e da quella investita della tutela della concorrenza[175].

La Commissione precisa, altresì, che il beneficiario degli aiuti per le Ngn sarà tenuto a garantire l'accesso all'ingrosso effettivo ai suoi concorrenti per "almeno" sette anni. Tale obbligo riguarda anche le condotte e gli armadi di commutazione in strada, per consentire l'accesso di terzi anche alla rete passiva. La misura sarebbe finalizzata anche a consentire la naturale transizione dai servizi Adsl e quelli a banda ultralarga, evitando agli utenti di cambiare operatore. Per altro verso, questo consentirebbe agli operatori di pianificare adeguatamente gli investimenti da effettuare[176].

In aggiunta, la comunicazione richiede che la rete Nga realizzata con gli aiuti consenta un accesso effettivo e completamente disaggregato, nonché tutti i diversi tipi di accesso alla rete che potranno essere richiesti dagli operatori. A tal fine, la Commissione ha espresso la sua preferenza per la struttura a fibra multipla, che consentirebbe soluzioni d'accesso degli operatori completamente indipendenti, favorendo una concorrenza sostenibile nel lungo periodo.

Infine, si segnala come, anche per la realizzazione delle reti a banda ultralarga, venga costantemente ribadito il riferimento al principio di proporzionalità: gli aiuti possono essere erogati solamente ove le altre misure si rivelino insufficienti.

Da ultimo, si rileva come la Commissione coinvolga anche le autorità di regolazione nella valutazione e nell'implementazione delle misure nazionali. La comunicazione, infatti, prospetta la "possibilità" che le autorità adottino misure volte a favorire la condivisione delle infrastrutture[177]. Gli Stati membri sarebbero, peraltro, tenuti a consultarle, chiedendo "di approvare o stabilire le condizioni di accesso in forza della normativa comunitaria applicabile".

Il quadro descritto evidenzia alcuni vincoli al finanziamento pubblico della costruzione delle reti. Con un paradosso: sebbene la normativa europea consideri l'intervento pubblico sussidiario rispetto al mercato, per certi aspetti sembrerebbe più facile per uno Stato membro realizzare direttamente le infrastrutture, che finanziarne la costruzione. L'intervento dello Stato-finanziatore, infatti, sarebbe, in

---

[175] *Orientamenti comunitari relativi all'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato*, *cit.*, punto 75.
[176] *Orientamenti comunitari relativi all'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato*, *cit.*, punto 79.
[177] *Orientamenti comunitari relativi all'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato*, *cit.*, punto 52.

linea di principio, libero solamente nelle aree bianche; verrebbe assoggettato a rigidi scrutini nella aree grigie e sarebbe tendenzialmente precluso in quelle che appaiono nere alla luce delle condizioni di mercato della banda larga ordinaria.

La costruzione diretta da parte dello Stato parrebbe, per certi versi, incontrare minori vincoli, tanto più in ogni caso un eventuale intervento potrebbe essere salvaguardato invocando l'art. 345 Tfue, che prevede la neutralità dei Trattati rispetto alla proprietà pubblica o privata. Lo Stato potrebbe costruire infrastrutture anche nelle aree che appaiono nere, per poi vendere l'accesso alle infrastrutture o persino alla rete agli operatori.

Curiosamente, dunque, la condotta maggiormente intrusiva nell'economia passa tra le maglie del Trattato. Tale paradosso pare riflettere l'attuale stato di evoluzione del diritto dell'Unione europea, che non ha reciso gli strumenti d'intervento economico maggiormente penetranti da parte degli Stati membri. Le forme d'intervento pubblico parrebbero richiedere, però, maggiori forme di controllo, per non intaccare l'efficacia del coordinamento europeo nel processo di creazione delle reti in fibra ottica[178].

3.3. Aiuti e finanziamenti alle Ngn a livello nazionale

Diversi Paesi hanno avviato politiche di sostegno finanziario alla realizzazione delle reti di prossima generazione. Basti pensare ai piani intrapresi da Francia e Spagna prima dell'aggravamento della crisi finanziaria[179]., nonché all'*American Recovery and Reinvestment Act* del 17 febbraio 2009 statunitense, che ha stanziato 7,2 miliardi di dollari per lo sviluppo delle reti a banda larga e ultralarga (Sezione 6001).

Con riferimento ai finanziamenti italiani, i primi interventi sono stati compresi nella ripartizione del Fondo per le aree sottoutilizzate ("Fas")[180]. La legge 18 giugno 2009,

---

[178] Come sarà meglio evidenziato in prosieguo (cap. IV, par. 2.1), la realizzazione delle grandi reti costituisce una competenza concorrente.

[179] In Spagna, il Consiglio dei Ministri ha adottato il *Plan Avanza para el desarrollo de la Sociedad de la Informaciòn*, approvato nel 2005 e aggiornato nel gennaio del 2009, che prevede ingenti risorse economiche per l'installazione di infrastrutture di nuova generazione (A. Miraglia, *Gli strumenti e le strategie di semplificazione in prospettiva comparata – La Spagna*, in *Programma Isbul*, *W.P. 3.1 – Semplificazione amministrativa*, Roma 2010, 130).

[180] In particolare, la delibera del Comitato interministeriale per la programmazione economica (Cipe) n. 83/2003 ha approvato due programmi assegnando ad essi risorse per 270 milioni di euro nel triennio 2003 – 2005, con indicazione delle quote annuali (A. Tonetti, *Le procedure per il finanziamento pubblico delle reti a banda larga*, in *Programma Isbul*, *W.P. 3.1. - Semplificazione amministrativa*, Roma 2010, 90).

n. 69 ("l. 69/2009"), ha stanziato fondi, ma senza distinguere in funzione delle aree, come individuate dalla Commissione europea[181]. Ai sensi dell'art. 1, l. 69/2009, infatti, il governo, "nel rispetto delle attribuzioni costituzionali delle regioni e nel rispetto dell'articolo 4, comma 3, lettera *h)*, del codice delle comunicazioni elettroniche" è tenuto ad individuare un programma di interventi infrastrutturali nelle aree sottoutilizzate, al fine di aggiornare le reti di comunicazione elettronica, anche in vista del "riequilibrio socio-economico tra le aree del territorio nazionale". Per il periodo 2007-2013, sono stati stanziati fino ad un massimo di 800 milioni di euro a valere sulle risorse del fondo per le aree sottoutilizzate[182]. I fondi non sono, tuttavia, erogabili con leggerezza, ma è necessario che l'intervento pubblico, tramite la Cassa Depositi e Prestiti, rispetti criteri di imprenditorialità[183].

I fondi dovrebbero essere aggiudicati a chi effettua i lavori con procedure di gara, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (artt. 81 e 83 del decreto legislativo 12 aprile 2006 - "Codice degli appalti" o "d.lgs. 163/2006), valorizzando anche le tecnologie innovative ed a basso impatto ambientale[184].

Il Documento di Economia e Finanza 2011, tuttavia, ha quantificato in solamente 370 milioni di euro per il periodo 2011-2015 le somme disponibili per il Piano banda larga, con progressiva riduzione delle risorse allocate. Per quanto riguarda le Ngn, sono state predisposte operazioni di partenariato pubblico-privato in cui sarà tramite il coinvolgimento della Cassa Depositi e Prestiti.

Con riferimento alle aree di destinazione delle somme, i criteri attualmente in vigore per la ripartizione delle somme non sembrano pienamente allineati con quanto previsto dalla normativa europea. La legge 69/2009 dispone, infatti, che l'85% delle risorse vada alle regioni del Mezzogiorno.

Sono, però, controversi tanto la reale efficacia di tale distribuzione delle risorse, quanto il rispetto della distinzione tra aree nere, grigie e bianche suggerita dalla Commissione. Da un lato, infatti, è vero che l'Italia meridionale parrebbe affetta da maggiori carenze infrastrutturali[185]. Dall'altro lato, tuttavia, il *digital divide* è un fenomeno che non riguarda solo il mezzogiorno, ma affligge tutta la Penisola "a

---

[181] *Contributo di Mario Libertini all'incontro Arel del 17 settembre 2009*, *cit.*, 12.
[182] Previsto dall'art. 61 della legge 27 dicembre 2002, n. 289. A. Tonetti, *La nuova disciplina per lo sviluppo della banda larga: vera semplificazione?*, in *MCR* 1/2011, 133, sottolinea la complessità delle procedure per l'erogazione dei fondi.
[183] *Contributo di Mario Libertini all'incontro Arel del 17 settembre 2009*, *cit.*, 14.
[184] Ministero dello Sviluppo Economico, *Progetto strategico*, *cit.*, 79.
[185] *Le reti per lo sviluppo, lo sviluppo per le reti – Rapporto Nomisma sulla politica industriale*, Roma 2003, 22-23. Fanno, tuttavia, parzialmente eccezione le infrastrutture portuali (*ibid.* 28).

macchia di leopardo"[186]. La proporzione dei fondi destinati al meridione non pare, pertanto, pienamente coerente né con la struttura del *digital divide*, né con gli orientamenti comunitari, che non hanno inteso riservare al sud Italia le predetti percentuali di risorse.

Per altro verso, si rileva come i fondi stanziati dal Governo (progressivamente ridotti) siano di gran lunga inferiori ai costi di realizzazione delle reti. Al fine di ottimizzare l'utilizzo di risorse pubbliche palesemente scarse, è quantomai necessario procedere ad una accurata pianificazione degli interventi[187].

In tal senso, già la legge 21 dicembre 2001, n. 443 ("l. 443/2001" - c.d. Legge Obiettivo) ha dettato procedure per la programmazione, la progettazione e il finanziamento delle grandi opere. Tale legge è stata accompagnata dal Programma delle infrastrutture strategiche approvato dal Cipe nello stesso anno, per le quali la legge prevede procedure speciali. Il Codice degli appalti ha poi apportato disposizioni di dettaglio, inglobando alcune disposizioni precedentemente contenute nella l. 443/2001[188].

Il decreto legislativo 31 luglio 2007, n. 113, ha, successivamente, disposto che, al fine di contenere i tempi necessari al reperimento delle risorse, i soggetti aggiudicatori siano tenuti a predisporre studi di fattibilità delle infrastrutture strategiche da realizzare, in base a modelli definiti dal Cipe ed acquisendo le valutazioni dell'Unità tecnica-Finanza di progetto.

La disposizione consentirebbe anche di verificare, per le infrastrutture con un potenziale ritorno economico, le forme e i requisiti per l'eventuale ricorso a capitali privati. Nelle valutazioni governative vengono, così, ritenute prioritarie le infrastrutture già avviate, i progetti esecutivi approvati e gli interventi che possono essere finanziati tramite capitale privato "nella misura maggiore possibile" (art. 161, comma 1-ter)[189].

---

[186] Alcuni rilievi statistici confermano questo dato, in quanto quasi il 30% degli abitanti privi di copertura Adsl sarebbero in Veneto, Lombardia e Lazio (F. Caio, *Portare l'Italia verso la leadership europea*, *cit.*, 44).

[187] S. Amorosino, *La "regolazione" del settore, e mercato, delle infrastrutture*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia* 3/2010, 125, individua, tra le finalità della regolazione delle infrastrutture, la definizione di indirizzi politico-legislativi, l'organizzazione della domanda pubblica, il coordinamento della realizzazione delle opere, la gestione amministrativa delle eventuali procedure di gara e la vigilanza sul funzionamento del mercato delle infrastrutture al fine di garantirne l'efficienza, la trasparenza e la concorrenzialità. In materia di pianificazione e programmazioni economiche, si v. N. Rangone, *Le programmazioni economiche. L'intervento pubblico in economia tra piane e regolazioni*, Bologna 2007.

[188] P.E. Signorini, *Il finanziamento e la realizzazione delle grandi infrastrutture in Italia*, *cit.*, 356.

[189] Viene, altresì, previsto l'intervento di Regioni, Province, Comuni e Città metropolitane, oltre ai relativi enti pubblici dipendenti, e dei loro concessionari, per i quali vengono applicate le disposizioni di

L'art. 1, comma 4, l. 69/2009 ha, poi, attribuito al Ministero il coordinamento dei progetti, anche tramite la stipulazione accordi di programma con le Regioni interessate. Nell'esercizio di tale funzione di coordinamento il Ministero si avvale del parere dell'Agcom, reso alla luce degli obiettivi generali della disciplina di reti e servizi di comunicazione elettronica – libertà e segretezza delle comunicazioni; libertà di iniziativa economica – di cui all'art. 14 del Codice delle comunicazioni elettroniche e degli obiettivi dell'attività normativa posti dall'art. 13 del medesimo codice, vale a dire neutralità tecnologica, nel rispetto dei principi di garanzia della concorrenza e non discriminazione tra imprese. Il decreto legge 9 febbraio 2012, n. 5, (c.d. Decreto Semplificazioni) ha rimesso il coordinamento della realizzazione delle opere ad una "cabina di regia" per l'attuazione dell'Agenda digitale italiana, nominata con decreto del Ministro dello Sviluppo Economico, di concerto con il Ministro per la Pubblica Amministrazione e la Semplificazione, il Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca e il Ministro dell'Economia e delle Finanze. Essa viene incaricata di coordinare gli interventi da parte di Regioni, Province autonome ed enti locali (art. 47).

Oltre a pianificare, è anche necessario valorizzare meglio l'intervento e le risorse dei privati, che rischiano, peraltro, di essere parzialmente intaccate dalla farraginosità delle procedure di aggiudicazione dei contratti[190]. La lunghezza delle procedure contabili e i ritardi nella progettazione e nell'aggiudicazione, infatti, provocano inefficienze, facendo lievitare i costi delle opere[191]: l'ottimizzazione dell'uso delle (scarse) risorse disponibili richiede la limitazione dei tempi e la semplificazione delle procedure, che costituiscono costi di transazione.

La normativa vigente incentiva anche gli interventi di razionalizzazione dello spettro radio (art. 1, comma 3, 69/2009). In tal senso, viene attribuito al Mise il coordinamento dei progetti, anche tramite la "stipulazione di accordi di programma con le regioni interessate". Il Ministero dovrebbe avvalersi anche del parere

---

cui al d.lgs. 163/2006. Ne vengono fatte salve le competenze in materia di progettazione, approvazione e realizzazione delle infrastrutture e insediamenti produttivi diversi da quelli definiti strategici (art. 161, comma 5).

[190] P.E. Signorini, *Il finanziamento e la realizzazione delle grandi infrastrutture in Italia: l'esperienza della legge obiettivo del 2001*, in A. Macchiati – G. Napolitano (a cura di), *È possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, Bologna, 2009, 389. Al riguardo, a parziale rimedio di tali criticità, la l. 443/2001 stabilì procedure accelerate per l'approvazione e il finanziamento delle grandi opere approvato e periodicamente revisionato dal Cipe (*ibid.*, 356-357). Le disposizioni accelerative sono poi, in parte, confluite nel Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 163/2006).

[191] In argomento, N. Rangone, *Le programmazioni economiche*, Bologna 2007; P.E. Signorini, *Il finanziamento e la realizzazione delle grandi infrastrutture in Italia*, *cit.*, 353 ss., spec. 388, nonché A. Tonetti, *La partecipazione nelle procedure di localizzazione delle opere pubbliche: il caso italiano*, in A. Macchiati – G. Napolitano (a cura di), *È possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, *cit.*, 163 ss..

dell'Agcom, "rilasciato avuto riguardo al rispetto degli obiettivi di cui al medesimo comma 2 e degli articoli 4 e 13 del Codice delle comunicazioni elettroniche".

Rispetto ad altri settori, la realizzazione delle Ngn parrebbe semplificata, nella misura in cui risultano attenuati i problemi legati all'impatto delle opere sulle popolazioni locali. Le Ngn sono, infatti, caratterizzate da desiderabilità sociale: la loro realizzazione non evidenzia esternalità negative, ma piuttosto esternalità positive, per via degli effetti benefici delle connessioni. Per tale motivo, gli effetti *Banana* o *Nimby*[192] sarebbero molto contenuti. All'opposto, potrebbe vi sarebbe un vero e proprio effetto *Pimby* (acronimo di *please in my backyard*), vale a dire una propensione delle collettività interessate a ricevere le infrastrutture. Non sussiste, dunque, la necessità di offrire compensazioni pubbliche o ricorrere a rimedi contrattuali per renderne sopportabile il peso[193], e i problemi di impatto ambientale parrebbero molto contenuti.

4. Lo Stato a supporto dei privati

4.1. Inquadramento della società della rete

Oltre alle funzioni di pianificazione, lo Stato può affiancarsi ai privati e coordinarne l'intervento. L'eccezionale importanza degli investimenti per le Ngn ha portato in primo piano la creazione di una società della rete, vale a dire un soggetto distinto dagli operatori, ma partecipato dagli stessi. Secondo una parte della scienza giuridica, conferire la gestione della rete ad una società della rete sarebbe l'unico modo per incentivare gli investimenti[194]. Tale sistema sarebbe utile, in particolare,

---

[192] L'effetto *Banana* (acronimo di "*build absolutely nothing anywhere near anything*") si manifesta come avversione totale di una parte della popolazione alla realizzazione di una determinata opera, ovunque essa si trovi. Le motivazioni hanno spesso radici ideologiche, e possono consistere nella protezione di valori o principi considerati non negoziabili, come la tutela dell'ambiente. L'effetto *Nimby* (acronimo di "*not in my backyard*") consiste, invece, nel rifiuto di una determinata comunità di sostenere tutte le esternalità negative generate da determinate infrastrutture, che tuttavia servono più comunità (E. Baffi, *Il problema delle* noxious facility *e le misure compensative*, in A. Macchiati – G. Napolitano (a cura di), *È possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, *cit.*, 115 ss.).

[193] Sull'intervento pubblico nei confronti dell'effetto *Nimby,* si v. G. Napolitano – M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, *cit.*, 70. Sui rimedi contrattuali, R.H. Coase, *Impresa, mercato e diritto*, Trad. It., Bologna 2006, 199 ss..

[194] Il Rapporto Caio ipotizza persino la creazione di ben tre società, finalizzate, rispettivamente, alla presa in carico e gestione della rete in rame, alla creazione della rete in fibra ottica ed alla gestione di reti locali, in collaborazione con gli operatori attivi in tale, ultimo, passaggio (F. Caio, *Portare l'Italia verso la leadership europea*, *cit.*, 31 ss.).

per la realizzazione della parte più costosa della rete, vale a dire la rete di accesso. Gli interventi per guidare il mercato verso tale forma di condivisione rientrerebbero fra le misure di politica industriale, tanto più che il regolatore nazionale sarebbe del tutto privo di poteri d'intervento[195].

I modelli di società della rete prevedono l'affidamento della costruzione della rete ad un operatore terzo, partecipato dai prestatori dei servizi, con l'adesione (solo eventuale) di un partner pubblico[196]. Lo strumento del partenariato consentirebbe, così, la realizzazione di opere d'interesse pubblico, reperendo parte dei fondi necessari al di fuori dell'erario[197] e trasferendo almeno una parte del rischio in capo al privato[198]. Coerentemente con la natura privatistica dell'operatore, anche la regolazione del suo comportamento sul mercato potrebbe avvenire tramite lo strumento contrattuale[199].

Al fine di incentivare la partecipazione privata, lo Stato potrebbe rafforzare la rimuneratività degli investimenti, p.e. integrando la remunerazione del mercato, a

---

[195] L'Agcom, infatti, non avrebbe il potere di concludere accordi, né quello di incidere sulla proprietà della rete (Allegato A alla delibera Agcom 2 maggio 2007, n. 208/07/CONS, 23, nonché *Audizione del Presidente dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni Corrado Calabrò alla Camera dei deputati, IX Commissione permanente, Trasporti, poste e telecomunicazioni*, in *Giorn. Dir. Amm.* 11/2008, 1080). L'art. 2616 c.c., inoltre, attribuisce espressamente all'autorità governativa "anche per zone determinate, la costituzione di consorzi obbligatori fra esercenti lo stesso ramo o rami similari di attività economica, qualora la costituzione stessa risponda alle esigenze dell'organizzazione della produzione". La Corte di cassazione, tuttavia, ha attribuito a tale disposizione carattere meramente programmatico, tanto che la disposizione richiederebbe disposizioni di attuazione (Cass. civ., sentenza 9 novembre 1960, n. 2986).

[196] Sulla finanza di progetto, si v., ex multis, G.F. Cartei – M. Ricchi, *Finanza di progetto*, Napoli 2009; A. Lolli, *L'amministrazione attraverso strumenti economici. Nuove forme di coordinamento degli interessi pubblici e privati*, Bologna 2008; R. Di Pace, *La finanza di progetto*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Milano 2007, 1029 ss..

[197] Secondo l'Ocse, il partenariato potrebbe facilitare il reperimento dei capitali necessari per colmare il gap infrastrutturale dei Paesi dell'area Ocse (Oecd, *Public Private Partnerships: in Pursuit of Risk Sharing and Value of Money*, 2008; Oecd, *Infrastructure to 2030: Mapping Policy for Electricity, Water and Transport*, 2007; Oecd, *Principles for Private Sector Participation in Infrastructure*, 2007).

[198] E. Iossa, *L'allocazione del rischio e la struttura degli incentivi nel partenariato pubblico – privato*, in A. Macchiati – G. Napolitano (a cura di), *È possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, *cit.*, 250-253. Nella ripartizione dei rischi, tuttavia, dovrebbero essere considerati anche adeguati incentivi alla stipulazione del contratto, in modo da essere compensare l'allocazione sul privato, per rendere l'investimento appetibile. In particolare, l'Amministrazione potrebbe essere chiamata a sopportare il c.d. rischio regolatorio *(ibid.*, 262). Sul rischio nel partenariato, si v. altresì, F. Merusi, *Certezza e rischio nella finanza di progetto delle opere pubbliche*, in G. Morbidelli (a cura di), *Finanza di progetto*, Torino 2004, 13 ss..

[199] A differenza del modello proprio della concessione di costruzione, i privati vengono a collaborare con la pubblica Amministrazione anche in sede di definizione delle caratteristiche del progetto (G. Manfredi, *La finanza di progetto dopo il d.lgs. n. 152/2008*, in *Dir. Amm.* 2/2009, 433). Il partenariato pubblico – privato ha, pertanto, natura ibrida, in quanto la costituzione del rapporto avviene tramite un provvedimento unilaterale di affidamento ed un atto regolatorio contrattuale. Si v., in argomento, W. Vasselli, *Obblighi di servizio pubblico, partenariati pubblico-privati, aiuti di Stato sotto forma di compensazione*, in A. Biancardi (a cura di), *L'eccezione e la regola. Tariffe, contratti e infrastrutture,* Bologna 2009, 196-197.

beneficio delle opere c.d. "fredde"[200]. Lo Stato potrebbe, peraltro, delegare la progettazione, costruzione e gestione dell'opera (c.d. *design – build – operate*), sostenendo parte degli oneri finanziari[201]. Il finanziamento, peraltro, potrebbe avvenire in modo indiretto, tramite la concessione di diritti di esclusiva per lo sfruttamento delle opere. La concessione di diritti speciali ed esclusivi, tuttavia, dovrebbe misurarsi con il divieto dell'art. 106 Tfue, al fine di evitare effetti distorsivi del mercato[202].

La società della rete dovrebbe essere aperta a tutti gli operatori, o prevedere che il partner venga scelto con procedura ad evidenza pubblica. Questo sarebbe necessario tanto per l'affidamento ad un soggetto completamente privato, quanto per l'affidamento ad una società mista[203].

In Italia, il coinvolgimento di partner privati rappresentava una delle finalità della l. 443/2001 e del d.lgs. 190/2002. Al fine di migliorare l'efficiente distribuzione delle risorse pubbliche, il legislatore ha introdotto un'apposita disciplina per l'individuazione e l'affidamento delle infrastrutture strategiche e le disposizioni di tali testi normativi sono state riprodotte nel d.lgs 163/2006[204].

Il *project financing*, tuttavia, ha conosciuto uno sviluppo soprattutto nei settori più "semplici", come impianti sportivi, parcheggi e cimiteri[205], mentre in altri settori – specialmente se gli investimenti sono caratterizzati da una lunga durata di

---

[200] G. Manfredi, *La finanza di progetto*, *cit.*, 433.

[201] S. Falconieri, *I rapporti tra sistema finanziario e imprese di costruzione*, in A. Macchiati – G. Napolitano (a cura di), *È possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, *cit.*, 285. L'A. rileva, altresì, che, in tale caso, il vantaggio economico derivante da tale strumento sia piuttosto contenuto, in quanto sarebbe comunque necessario l'impiego di risorse pubbliche (*ibid.*, 286–287, citando P. Robinson, *The Private Finance Initiative: Saviour, Villain or Irrelevance?*, Institute for Public Policy Research, Working paper 2000).

[202] W. Vasselli, *Obblighi di servizio pubblico*, *cit.*, 191. Si v., in argomento, la giurisprudenza *Corbeau*, secondo cui i diritti di esclusiva sono compatibili con il mercato interno solamente nella misura in cui siano necessari per consentire al prestatore di un servizio d'interesse generale di adempiere alla sua missione (Cgce, sentenza 19 maggio 1993, causa C-320/91, *Procedimento penale nei confronti di Paul Corbeau*, Racc. I-2563).

[203] Dispone, infatti, l'art. 1, comma 2, del d.lgs. 163/2006, che "nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica". Fanno eccezione i casi in cui sia consentito l'affidamento diretto a società c.d. *in house*, sulle quali gli enti affidanti abbiano un controllo analogo a quello che esercitano sui propri servizi e che adempiano la propria missione prestando la propria opera prevalentemente verso l'ente controllante. Tali fattispecie, tuttavia, non riguardano tanto il finanziamento ad opera dello Stato, quanto piuttosto la sua realizzazione diretta.

[204] Come efficacemente descritto da G. Manfredi, *La finanza di progetto*, *cit.*, 435, il Codice degli appalti introduce diversi modelli di *project financing*, in cui la programmazione dei lavori pubblici, il principio di concorsualità e la collaborazione dei privati si articolano in vario modo.

[205] Banca d'Italia, *Relazione annuale sul 2010*, Roma, 31 maggio 2011, 127-128; M. Mattalia, *Il* project financing *come strumento di partenariato pubblico privato*, in *Foro amm. C.d.S.* 6/2010, 1246 ss.. In molti casi, inoltre, gli esiti non sarebbero incoraggianti, nella misura in cui le operazioni intraprese farebbero registrare perdite per la pubblica Amministrazione (*ibid.*).

ammortamento – l'impiego dello schema partenariale stenta a decollare, per la mancanza di una politica strutturata, con valutazioni di carattere strategico, e dell'integrazione tra pianificazione finanziaria e decisione dell'investimento[206].

La legge 31 marzo 2011, n. 34, ha modificato in parte l'operatività della Cassa depositi e prestiti. Ai sensi dell'art. 5, comma 8-bis, del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269[207], la Cassa può "altresì assumere partecipazioni in società di rilevante interesse nazionale in termini di strategicità del settore di operatività, di livelli occupazionali, di entità di fatturato ovvero di ricadute per il sistema economico-produttivo del Paese, *e che risultino in una stabile situazione di equilibrio finanziario, patrimoniale ed economico e siano caratterizzate da adeguate prospettive di redditività*" (corsivo aggiunto). I requisiti per la qualificazione di società di interesse nazionale vengono stabiliti con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze. Il Legislatore è, così, venuto a precisare che lo Stato non può intervenire in perdita.

4.2.Costi e benefici della società della rete nelle Ngn

Nelle Ngn, la società della rete potrebbe consentire di distribuire fra gli operatori aderenti i rischi dell'onerosa operazione. La costituzione di un'impresa comune permetterebbe di effettuare investimenti di maggiore importanza rispetto a quanto realizzabile dai singoli operatori.

Sebbene l'art. 1, comma 2, della legge 69/2009 contempli espressamente la possibilità di avvalersi della finanza di progetto ai sensi del d.lgs. 163/2006, per la

---

[206] G. Pasquini, *Partenariato pubblico – privato e amministrazioni pubbliche*, in A. Macchiati – G. Napolitano (a cura di), *È possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, Bologna, 2009, 241. Pur in presenza di numerose invocazioni astratte, infatti, anche all'interno di documenti di programmazione economico – finanziaria, in concreto non sarebbero mai state poste le basi metodologiche per orientare la decisione di investimento verso l'utilizzo ottimale di risorse pubbliche (*ibid.*). Osterebbero, altresì, alla piena efficacia del modello partenariale le incertezze circa l'allocazione dei rischi, la lunghezza delle procedure di aggiudicazione, la scarsa accuratezza nella redazione dei contratti e la mancanza di meccanismi che assicurino la "bancabilità" dei progetti (C. Giorgiantonio – V. Giovanniello, *Infrastrutture e project financing in Italia: il ruolo (possibile) della regolamentazione*, in *Banca d'Italia – Questioni di Economia e Finanza* 11/2009, n. 56, 10). Le A. evidenziano come, al contrario, il modello abbia avuto ampia applicazione nel Regno Unito, grazie anche alla diffusione del ruolo centrale che il contratto ricopre in tale ordinamento (*ibid.* 13). Si avrebbero *trend* sostanzialmente crescenti nell'impiego del Ppp anche in Spagna e Francia (*ibid.* 15 ss.), mentre in Germania si riscontrerebbe una netta prevalenza degli appalti tradizionali *(ibid.*, 19). A. Tonetti, *La nuova disciplina per lo sviluppo della banda larga*, *cit.*, 137, invoca una maggior attenzione per l'analisi di fattibilità, possibilmente anche sulla scorta di apposite linee guida da emanare a cura dell'Unità tecnica di finanza di progetto istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

[207] Convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326.

progettazione e la realizzazione delle infrastrutture per la banda larga in aree sottoutilizzate, il partenariato assumerebbe forme diverse da quelle conosciute dalla vigente normativa. Lo Stato avrebbe, però, un importante ruolo da giocare nella scelta dello strumento, nella mediazione per il raggiungimento di un accordo negoziale e nella disciplina e parziale cofinanziamento della fattispecie consortile[208].

I sostenitori di una società della rete sono numerosi, tanto fra le istituzioni[209], quanto – parrebbe – tra gli operatori di mercato[210]. Una soluzione consortile potrebbe avere anche il conforto della Commissione, che si è già dichiarata favorevole tanto ad interventi pubblici sotto forma di partecipazione azionaria o di apporto di capitale in imprese private che realizzano progetti per la diffusione della banda larga[211], quanto alla realizzazione di infrastrutture da parte delle autorità pubbliche[212].

Sotto l'angolo visuale del funzionamento del mercato, la formula potrebbe attenuare le discriminazioni e le asimmetrie informative esistenti tra il fornitore del servizio e gli altri operatori[213], consentendo anche un maggior distacco del gestore della rete rispetto all'operatore verticalmente integrato. Gli investimenti verrebbero, così, gestiti con maggiore autonomia rispetto alla separazione funzionale, e questo costituirebbe persino un "un elemento di garanzia" per gli Olo[214].

Verrebbe, altresì, favorito il deconcentramento dei mercati. Analisi empiriche, infatti, hanno messo in luce come questi ultimi siano maggiormente concentrati in presenza di una diretta integrazione verticale fra il titolare della rete e un operatore

---

[208] Secondo esponenti dell'organo di regolazione, tuttavia, "la questione del co-investimento, ossia del consorzio o altro modello giuridico, non deve trovare una scatola formale già chiusa e preconfezionata da parte del regolatore" (*Contributo di Nicola D'Angelo all'incontro Arel del 14 dicembre 2010 "Il futuro della banda larga. Modelli di intervento pubblico e di competizione/collaborazione a confronto"*, Roma 2011, 35).

[209] In tal senso, il Governo (si v. Ministero dello Sviluppo Economico – Dipartimento per le Comunicazioni, *Piano Italia Digitale*, 2010) e l'Agcom (*Le nuove reti del sistema delle comunicazioni elettroniche – Audizione del Presidente dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni Corrado Calabrò*, *cit.*, 1080).

[210] Gli operatori Fastweb S.p.a., Vodafone Omnitel N.V. e Wind Telecomunicazioni S.p.a., già nel maggio 2010, hanno annunciato il varo di un piano per cablare insieme 15 città italiane entro il quindici città italiane entro il 2016, investendo circa 2,5 miliardi di euro. Si v. G. Rusconi, *Vodafone, Fastweb e Wind: "Così costruiremo insieme la nuova rete a banda ultralarga"*, disponibile su http://www.ilsole24ore.com/. Per un primo commento, M. Bourreau – C. Cambini – S. Hoernig, *National Ftth Plan in France, Italy and Portugal*, in *Eui working papers* –RSCAS 2010/51, 7.

[211] *Orientamenti comunitari relativi all'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato*, *cit.*.

[212] Commissione europea, *La banda larga in Europa*, *cit.*, 8.

[213] Si noti, tuttavia, che il problema delle asimmetrie informative, più che nel settore delle comunicazioni elettroniche, viene avvertito nel settore dell'energia elettrica, in cui è particolarmente importante, per gli operatori, avere contezza dei flussi energetici (M. Mulder – V. Shestalova, *Costs and Benefits of Vertical Separation of the Energy Distribution Industry: the Dutch Case*, in *Competition and Regulation in Network Industries* vol. 2, 1/2006, 209; M. Pollitt, *The arguments for and against ownership unbundling of energy transmission networks*, in *Energy Policy*, 36(2), 2008, 704 ss.).

[214] Allegato A alla delibera Agcom 2 maggio 2007, n. 208/07/CONS, 23.

attivo nella prestazione dei servizi[215]. È stato, altresì, osservato come – quantomeno, nei settori energetici – ad una diminuzione dell'integrazione verticale corrisponda un aumento degli investimenti finanziari[216]. Anche sotto tale ottica, pertanto, la separazione della rete e il suo conferimento in un'impresa comune potrebbero incentivare gli investimenti[217].

La società della rete, tuttavia, avrebbe anche alcune controindicazioni da correggere. Innanzi tutto, dovrebbe tenere conto dello sviluppo del mercato dei servizi, che è strettamente collegato allo sviluppo delle infrastrutture. In altri termini, occorre evitare di scindere due aspetti che, invece, dovrebbero andare di pari passo[218].

Da un punto di vista concorrenziale, peraltro, la creazione di un veicolo societario imporrebbe di abbandonare la prospettiva di una concorrenza fra infrastrutture[219]. In molte zone, però, insistere sulla creazione di più reti concorrenti potrebbe portare a non vederne completata nessuna.

4.3.Casi di intervento condiviso

Alcuni Paesi esteri hanno già avviato la soluzione della società della rete, per realizzare un'infrastruttura sul mercato a valle, senza pregiudicare le scelte degli operatori in relazione all'utilizzazione della fibra spenta. Tali progetti vedono in maggiore o minor misura l'intervento del Governo locale.

In tal senso, il *National Broadband Network* ideato dal governo Australiano prevede un sistema di separazione proprietaria dell'infrastruttura dell'*incumbent*, combinato con un massiccio finanziamento pubblico di oltre 23 miliardi di euro. La formula dovrebbe consentire la copertura con reti di accesso di prossima generazione del 90% della popolazione tramite una rete, di titolarità di un operatore

---

[215] S. Davies – C. W. Price, *Does Ownership Unbundling Matter? Evidence from UK Energy Market*, in *Intereconomics* vol. 42, 6/2007, 300, che osservano il caso del mercato energetico scozzese. Fra i Paesi della Corona, era proprio in quest'ultimo, in cui sussisteva ancora un sistema di integrazione verticale, che l'operatore storico aveva ancora le maggiori quote di mercato.
[216] A. Alesina – S. Ardagna – G. Nicoletti – F. Schiantarelli, *Regulation and Investment*, in *Journal of European Economic Association* vol. 3, 4/2005, 792.
[217] M. Libertini, *Problemi attuali del diritto italiano delle comunicazioni elettroniche*, in *Il quadro regolatorio comunitario tra attuazione nazionale e proposte di revisione europea*, Roma 28 marzo 2007, 13.
[218] F. de Brabant – P.M. Manacorda – G. Vannucchi, *Le telecomunicazioni: concorrenza, sviluppo*, *cit.*, 348.
[219] S. Frova, *La banda larga in Italia. Storia probabile di un'altra occasione perduta*, in *MCR* 3/2010, 457.

che opera solamente all'ingrosso[220].

Analogamente, in Nuova Zelanda, il Governo ha proposto di finanziare con fondi pubblici fino al 50% della realizzazione della rete di accesso per collegare il 75% della popolazione. Il proprietario dell'infrastruttura, tuttavia, potrà fornire solamente fibra spenta all'ingrosso. Non vengono, peraltro, escluse a priori dal partenariato tra Stato e gestore della rete le imprese attive sui mercati al dettaglio, purché tali operatori non controllino la maggioranza dei voti nel consiglio d'amministrazione del titolare dell'infrastruttura[221].

Tali soluzioni prevedono, dunque, una decisa separazione del titolare della rete dal prestatore del servizio[222]. Anche nell'ordinamento Italiano stanno apparendo alcune forme di società della rete.

Il primo esempio riguarda la fattispecie guidata dal Ministero dello Sviluppo Economico, che ha sottoscritto un Protocollo d'intesa con i principali operatori nazionali. Il 10 novembre 2010, gli amministratori delegati di Telecom Italia, Vodafone, Wind, H3G, Tiscali, Fastweb e Bt hanno sottoscritto il documento "Italia Digitale – Sviluppo dell'infrastruttura per Reti a banda Ultra Larga", finalizzato all'istituzione di un partenariato pubblico-privato per le infrastrutture passive (opere civili di posa, cavi in fibra spenta, canalizzazioni verticali negli edifici e locali per la terminazione delle fibre ottiche).

Le parti hanno convenuto sulla costituzione di un "veicolo societario" per effettuare gli investimenti necessari. L'elaborazione del "piano esecutivo" viene rimessa ad un apposito Comitato Esecutivo, presieduto da un esponente ministeriale, per definire il modello di *governance* e il *business plan* anche in funzione del quadro regolamentare per l'accesso alle infrastrutture e alle reti definito dall'Agcom. Parte

---

[220] *Programma Isbul*, *W.P. 3.3 – Governance di sistema – Rapporto Finale*, Roma 2010, 170. Il piano di finanziamento sarebbe stato adottato anche per fronteggiare la riluttanza dell'*incumbent* australiano, Telstra, a investire nelle nuove reti. Il governo starebbe ora cercando di rilevare la rete in rame per sostituirla progressivamente con quella i fibra (S. Frova, *La banda larga in Italia*, *cit.*, 450-451).

[221] *Programma Isbul*, *W.P. 3.3 – Governance di sistema – Rapporto Finale*, Roma 2010, 170-171. Questi ultimi rilevano, tuttavia, come l'intervento pubblico possa essere giustificato alla luce dell'eccezionale incidenza che hanno in tali territori i costi dei lavori di ingegneria civile. In tale contesto, un intervento pubblico sarebbe razionale (*ibid.*).

[222] Con riferimento alle ipotesi di separazione della rete, si v. D. M. Newbery, *Privatization, Restructuring and Regulation of Network Utilities*, Cambridge 2000; M. Mulder – V. Shestalova, *Costs and Benefits of Vertical Separation*, *cit.*, 199 ss.; D. Cameron (a cura di), *Legal Aspects of EU Energy Regulation*, Oxford 2005. Secondo parte della scienza giuridica inoltre, qualora venga consentito all'impresa prestatrice del servizio di detenere quote della proprietaria della rete, il diritto di proprietà può risolversi in un semplice dividendo azionario (V. J.F. Baur – M. Moraing, *Rechtliche Probleme einer Deregulierung der Elektrizitätswirtschaft*, Baden–Baden 1994, 32 ss., su cui si v. G. Sanviti, *La regolazione dei servizi*, in *Giorn. Dir. Amm.* 11/1996, 14).

degli investimenti dovrebbero, così, essere sostenuti dagli operatori, mentre parte potrebbe gravare sul bilancio pubblico.

Allo scopo di partecipare al progetto per la realizzazione della rete d'accesso, 13 operatori di telecomunicazioni e servizi Internet hanno costituito un "veicolo societario" – Fibra Ottica S.p.a.[223]. Per tale motivo, in data 17 gennaio 2011, il protocollo d'intesa è stato esteso anche alla nuova società.

Allo stato attuale, tuttavia, non c'è ancora un disegno chiaro delle funzioni né della *governance* che dovrebbe avere tale "società della rete" [224]. Quest'ultima parrebbe destinata ad una mutualità consortile, e viene ipotizzato un intervento nella realizzazione della rete da parte della Cassa Depositi e Prestiti S.p.a., per ripartire gli oneri inerenti alla realizzazione delle reti in capo agli operatori interessati ad effettuare gli investimenti[225].

Parallelamente, la Provincia di Trento ha avviato un programma per la realizzazione della rete d'accesso in fibra ottica, ed in particolare per la realizzazione dell'ultimo miglio. Il piano punta a collegare tutta la popolazione ad una velocità di 50 mb/s, coprendo con la rete di accesso quasi il 100% del territorio, con l'eccezione delle c.d. case sparse. L'obiettivo è realizzare entro il 2018 una rete dal costo pari a circa mezzo miliardo di euro.

È stata, così, ipotizzata la creazione di una società a capitale misto pubblico privato per cablare il territorio, per poi prestare servizi tramite la Trentino network, una società istituita nel 2006 per servizi alla Pubblica Amministrazione. Tale costo potrebbe essere abbattuto tramite i conferimenti effettuati da parte di tutti gli operatori coinvolti[226].

---

[223] Fibra Ottica S.p.A. (FOS) è stata costituita il 18 novembre 2010 da Ampersand, Cdlan, Clio, E4A, Enter, MC–link, Maxfone, KPN Quest Italia, Fastnet, Metrolink, MNNet, Panservice, Unidata.

[224] Rileva M. Libertini *Contributo di Mario Libertini all'incontro Arel del 14 dicembre 2010 "Il futuro della banda larga. Modelli di intervento pubblico e di competizione/collaborazione privata a confronto"*, Roma, 18, che saremmo di fronte ad una "struttura atipica di carattere consortile, aperta a realizzare una *mission*, ma senza il meccanismo classico della predefinizione del progetto e della scelta selettiva del partner privato". Qualora non fosse possibile realizzare una società della rete, F. Satta – M. Zaccheo, *Note sulla separazione della rete di Telecom Italia*, in *Dir. Amm.* 1/2008, 30, propongono di avvalersi dello strumento di un patrimonio destinato ad uno specifico affare, ai sensi degli artt. 2447-bis ss. c.c., affidando la gestione della rete ad un organismo indipendente.

[225] Recentemente, M. Sideri, *La svolta della Società della rete, la Cassa Depositi e Prestiti sarà il primo azionista*, in *Corriere della Sera* del 10 febbraio 2011, 11.

[226] Tale progetto ha ricevuto l'avallo sia dell'Agcom (provv. N305/2010 del 22 settembre 2010), che dell'Agcm (*Parere AS774 – Provincia Autonoma di Trento - Finanziamento per diffusione di servizi di connetività avanzate*, in Boll. 29 novembre 2010, n. 44). Secondo l'Agcom, tuttavia, gli obblighi di fornitura all'ingrosso dell'infrastruttura di rete del beneficiario sarebbero congrui a condizione che l'operatore non aggiudicatario utilizzi le condotte e gli armadi di commutazione posti in strada per poter accedere non solo all'infrastruttura attiva, ma anche a quella passiva, tanto nel segmento di accesso quanto nel *backhaul*. Con riferimento alle condizioni economiche del bando, l'Agcom ha

In tale ottica, nel dicembre 2010 la giunta provinciale ha deliberato l'istituzione della società Trentino Ngn S.r.l., una società partecipata dalla Provincia chiamata a realizzare e gestire l'ultimo miglio, fornendo l'accesso a tutti gli operatori. La società sarà attiva nella progettazione, nella realizzazione e nella manutenzione della rete passiva; i collegamenti verranno offerti non solo a pubbliche amministrazioni, aziende sanitarie locali, ed università, ma anche ad imprese e cittadini.

La Provincia di Trento ha raggiunto un accordo con Telecom Italia, in base al quale l'*incumbent* effettuerà un "conferimento iniziale" di tratte canalizzate, tubi interrati e palificazioni presenti nel territorio provinciale, per conferire, successivamente, anche la propria rete di accesso in rame. Decorsi sei anni dalla sottoscrizione, Telecom Italia potrà esercitare il diritto d'opzione per l'acquisto delle quote detenute dalla Provincia, ad un prezzo pari all'investimento effettuato maggiorato di un tasso d'interesse annuo del 7,5%. La Provincia, invece, in nome dell'interesse pubblico preminente alla realizzazione delle infrastrutture, conferirà sessanta milioni di euro.

Si tratterebbe, pertanto, di una forma di partenariato pubblico – privato. Nell'agosto del 2011, il partenariato è stato esteso anche a MC-link S.p.a. e Fibra Ottica S.p.A.[227].

Tale formula ha, tuttavia, suscitato alcune preoccupazioni, in quanto la società della rete potrebbe diventare un nuovo monopolista, con, oltretutto, scarsa propensione a rimediare al *digital divide*[228] e con il benestare del partner pubblico. Se è vero che un eventuale accordo fra privati potrebbe facilitare un cartello, un accordo pubblico-privato rischierebbe di creare una posizione dominante permanente[229].

Per altro verso, potrebbe persino venire rinazionalizzata la rete, con un occhio anche alla risoluzione delle difficoltà finanziarie di Telecom Italia[230]. La soluzione

---

ribadito che, per il segmento di accesso e nel caso di rete di accesso in fibra – o anche radio –, il beneficiario deve fornire l'accesso *bitstream*, alla fibra spenta ed ai cavidotti sulla base di condizioni economiche eque, ragionevoli ed allineate ai *benchmark* internazionali.

[227] Anche altre regioni hanno avviato iniziative partenariali per la realizzazione delle nuove reti. La legge della Regione Emilia-Romagna 11/2004, per esempio, ha rimesso alla Regione la realizzazione di un'infrastruttura di rete "a banda larga" per collegare le pubbliche amministrazioni della regione (art. 9, comma 2). A tal fine, la Regione Emilia-Romagna sta prendendo in considerazione l'adozione di convenzioni per l'utilizzo della rete da parte di soggetti pubblici e privati, che potrebbero contribuire agli oneri versando un contributo (art. 10, comma 1). Gli enti locali, inoltre, si impegnano a prestare collaborazione nella realizzazione delle reti urbane, mettendo a disposizione le infrastrutture disponibili ed idonee a consentire di raggiungere i potenziali utilizzatori (art. 11, comma 3) (in argomento, A. Tonetti, *La disciplina italiana di rango primario*, in *Programma Isbul, W.P. 3.1. – Semplificazione amministrativa*, Roma 2010).

[228] F. de Brabant – P.M. Manacorda – G. Vannucchi, *Le telecomunicazioni*, *cit.*, 348.

[229] M. Libertini, *La nuova bozza di raccomandazione della Commissione CE sull'accesso alle reti di nuova generazione nelle comunicazioni elettroniche*, in *I-Com Working Paper* 3/2009, 13-14.

[230] M. Libertini, *Problemi attuali del diritto italiano delle comunicazioni elettroniche*, *cit.*, 10. Secondo F. Satta – M. Zaccheo, *Note sulla separazione della rete di Telecom Italia*, in *Dir. Amm.* 1/2008, 30, tuttavia, la proprietà della rete come diritto dominicale avrebbe una rilevanza limitata, nella misura in

potrebbe, dunque, incrementare il ruolo dello Stato, in parziale controtendenza con il processo di privatizzazione e liberalizzazione intrapreso negli anni Novanta ed in netta contraddizione con gli orientamenti volti a realizzare l'interesse pubblico tramite la regolazione dell'interesse privato.

Anche la Commissione europea ha manifestato perplessità in relazione all'esperimento trentino, richiedendo alla Provincia di Trento alcuni chiarimenti in relazione alla natura dell'operazione. In primo luogo, Bruxelles intende accertare se i sessanta milioni vengano realmente erogati con il criterio dell'investitore privato.

In secondo luogo, la Commissione ha espresso riserve sul fatto che il protocollo d'intesa preveda che Telecom Italia acquisisca la rete in fibra in proprietà o in diritto d'uso esclusivo, senza però esplicitare i criteri per la scelta dell'una o dell'altra possibilità. Infine, sono state richieste informazioni sulle soluzioni alternative valutate dalla Provincia.

Le fattispecie in esame evidenziano, in ogni caso, come lo Stato possa ricoprire un ruolo attivo nel coordinamento delle iniziative private. Attualmente, però, l'unico progetto di impresa comune per la fibra attualmente in corso di implementazione è Trentino Ngn, vale a dire il solo caso che vede l'impiego diretto di denaro pubblico, fra sospetti di aiuti di Stato e spettri di rinazionalizzazione.

L'aggravamento della crisi finanziaria, peraltro, ha l'effetto di diminuire ulteriormente le risorse pubbliche da dedicare al progetto, diminuendo, altresì, l'interesse degli operatori ad orientare le loro politiche nel senso indicato dal Ministero[231]. La realizzazione delle reti di comunicazione, pertanto, richiederebbe un modello di *governance* e finanziamento diverso da quelli attualmente allo studio[232].

---

cui rileverebbe solamente la titolarità della gestione, e il suo assoggettamento al controllo dell'Agcom.

[231] Già prima dell'intervento della Commissione, infatti, Fastweb, Vodafone e Wind avevano presentato una proposta per partecipare al progetto Trentino Ngn. Si v. *Tlc: Fastweb, Vodafone e Wind presentano proposta per Trentino Ngn*, disponibile su http://www.borsaitaliana.it/borsa/notizie/mf-dow-jones/italia-dettaglio.html?newsId=823429&lang=it.

[232] L'organizzazione della società della rete potrebbe, per certi aspetti, essere ispirata al settore dei rifornimenti aeroportuali. Tali operazioni vengono spesso svolte con una rete sotterranea gestita tramite un particolare tipo di *joint venture* tra i rifornitori, che, oltre a curare la manutenzione e l'approvvigionamento del deposito e della rete di distribuzione, gestisce il traffico dei furgoni di rifornimento. L'impresa comune ha solitamente tre organi: un amministratore, un *depot manager* e un consiglio di rappresentanti delle compagnie petrolifere. Ciascuna società riceve mensilmente dall'amministratore i dati relativi ai volumi complessivamente erogati nella *joint venture*, il numero di rifornimenti effettuati e i valori disaggregati erogati dalla stessa. I rappresentanti dell'impresa comune, tuttavia, non possono ricevere dall'amministratore dati circa gli importi delle altre compagnie, poiché l'eventuale comunicazione di tali informazioni potrebbe consentire il monitoraggio delle quote di mercato, favorendo l'illecita collusione tra gli operatori (si v. Agcm, Provvedimento del 14 giugno 2006, n. 15604, nel caso I641 – *Rifornimenti aeroportuali* (*jet fuel*)). Per tale motivo, alcune compagnie

5. Semplificazioni ed agevolazioni della costruzione delle reti

5.1. La creazione di un ordinamento incentivante

Prima ancora di intervenire attivamente, lo Stato dovrebbe astenersi dal porre ostacoli superflui all'iniziativa privata. Anche un numero eccessivo di regole potrebbe, infatti, intralciare la realizzazione di una rete, poiché ai costi economici verrebbero ad aggiungersi consistenti oneri burocratici, per via della varietà di permessi, autorizzazioni, abilitazioni e documenti di vario genere che potrebbero essere richiesti dalle amministrazioni, tanto nazionali, quanto locali[233]. Un'indigestione regolamentare finirebbe, così, per proteggere "vecchie posizioni di rendita e interessi costituiti"[234], di fatto ostacolando l'iniziativa imprenditoriale.

---

petrolifere hanno adottato delle linee guida, che impongono di far sottoscrivere ai dipendenti della *joint venture* accordi di riservatezza e di delegare rappresentanti che abbiano certi requisiti.
Tale modello potrebbe ispirare anche la gestione di altre tipologie di reti, come le Ngn. La costruzione e la gestione della rete potrebbero essere affidate ad un'impresa comune, che diverrebbe anche l'unica titolare dell'accesso. L'intera capacità già detenuta dagli operatori partecipanti alla *joint venture* verrebbe conferita nell'entità comune, accordando ai quote di partecipazione in quest'ultima. Anche l'*incumbent* cederebbe le sue infrastrutture passive, ricevendo in cambio quote della società della rete.
Gli eventuali nuovi entranti potrebbero avere accesso alle infrastrutture versando un canone direttamente all'impresa comune, poi incaricata di distribuire tale "rendita" ai partecipanti. L'eventuale rifiuto d'accesso potrebbe costituire di posizione dominante, da accertare ex post, alleviando la necessità di una regolazione ex ante. La *joint venture* potrebbe, inoltre, venire costituita come società cooperativa, al fine di lasciarne aperto il capitale sociale. Verrebbe, così, consentito l'ingresso anche a nuovi operatori, che si troverebbero, pertanto, titolari di quote dell'impresa comune. Un secondo modo di dare l'accesso alla rete ai nuovi entranti potrebbe consistere nell'acquisto obbligatorio di quote dell'impresa comune da parte di chi subentra, in modo da rimborsare parte degli investimenti già sostenuti dagli altri operatori al momento della costruzione delle reti. In questo modo, nessun operatore potrebbe avvantaggiarsi degli investimenti effettuati dai suoi concorrenti senza assumerne costi e rischi.
Il sistema potrebbe, altresì, costituire un utile strumento per ridurre il *digital divide*, facendo leva sul meccanismo delle sovvenzioni incrociate. Potrebbero essere realizzate tante *joint venture* in funzione delle aree geografiche interessate. In questo modo, l'onere complessivo della costruzione della rete per gli operatori varierebbe in funzione del numero di imprese comuni, che potrebbero anche avere assetti proprietari diversi. Ai soggetti attive nelle aree ad alta redditività, potrebbe venire imposto di cablare anche aree a fallimento di mercato, beneficiando di sovvenzioni incrociate.

[233] Si rileva in Oecd – Working Party on Communication Infrastructures and Services Policy, *Public Rights of Way for Fibre Deployment to the Home*, 4 aprile 2008, che "in addition to the actual costs of civil engineering works and in-house wiring, the costs of deploying fibre to the home can also increase as a result of administrative or legal barriers in obtaining authorisation to obtain permission to use public rights-of-way". Il medesimo rapporto evidenzia l'importanza di costruire un quadro normativo certo e di definire procedure standardizzate per l'ottenimento dei diritti di passaggio.

[234] C. De Vincenti, *Mercato e interesse pubblico nei servizi di pubblica utilità*, in C. De Vincenti – A. Vigneri (a cura di), *Le virtù della concorrenza*, Bologna 2006, 42-43.

Devono, pertanto, essere predisposte misure di semplificazione normativa[235] e limitati gli adempimenti burocratici[236].

La necessità di semplificare viene evidenziata da diversi testi normativi. Si pensi all'art. 11 della Direttiva Quadro, dove si dispone che l'autorità competente per i diritti di passaggio esamini le domande "in base a procedure semplici, efficaci, trasparenti e pubbliche, applicate senza discriminazioni né ritardi" e in ogni caso adotti la propria decisione entro sei mesi dalla richiesta[237]. Analogamente, ai sensi dell'art. 4, comma 3, del d.lgs. 259/2003, la disciplina delle comunicazioni elettroniche deve tendere a "promuovere la semplificazione dei procedimenti amministrativi", anche in vista "dello sviluppo, in regime di concorrenza, delle reti e servizi di comunicazione elettronica, ivi compresi quelli a larga banda, e la loro diffusione sul territorio nazionale".

Gli oneri burocratici non sono sempre uguali lungo tutte le sezioni della rete, ma variano per specie ed intensità in funzione del segmento interessato. In linea di principio, è possibile distinguere tra cablaggio orizzontale e cablaggio verticale. Il primo riguarda la costruzione delle reti dorsali e di quelle di collegamento, tramite strade e autostrade; in tale fase, il cablaggio incide prevalentemente su beni appartenenti al demanio. Il cablaggio verticale riguarda, invece, il collegamento degli utenti finali nelle zone ad alta densità abitativa, e tocca sfere private. Una diffusione capillare, infatti, richiede l'accesso a beni di proprietà di soggetti privati, siano essi condominiali o di soggetti particolari. Potrebbero, tuttavia, svilupparsi resistenze da parte dei condomini non interessati al cablaggio del palazzo. Le misure per agevolare il cablaggio verticale non riguardano solamente la semplificazione di oneri e discipline pubbliche – comunque sempre presenti –, ma devono anche agevolare l'accettazione del cablaggio da parte dei soggetti privati.

Vengono, di seguito, analizzate le principali misure di semplificazione del cablaggio orizzontale e quelle per il cablaggio verticale.

---

[235] Sulla semplificazione, si v. B. Carotti – E. Cavalieri, *La nuova semplificazione*, Milano 2009; A. Natalini, *Le semplificazioni amministrative*, Bologna 2002.

[236] Si v., al riguardo, le parole del Ministro dell'Economia e delle Finanze p.t., On. Giulio Tremonti, *Liberalizzare: le troppe leggi sono la tirannia da abbattere*, in *Corriere della Sera*, 11 gennaio 2011, 1 e 27, che propone l'adozione di una riforma costituzionale "che dia efficacia costituzionale e definitività al principio di responsabilità, all'autocertificazione, al controllo ex post, estendendoli con la sua forza obbligatoria a tutti i livelli dell'ordinamento".

[237] L'art. 1, comma 13, della direttiva 2009/140/Ce ha aggiunto l'obbligo di rilasciare l'atto entro sei mesi. Rileva V. Bonfitto, *La disciplina comunitaria vigente e de iure condendo*, in *Programma Isbul*, *W.P. 3.1. – Semplificazione amministrativa*, Roma 2010, 19, come tale termine sia comunque molto lungo, tanto da apparire inappropriato. Devono, altresì, essere garantiti mezzi di ricorso giurisdizionale avverso le decisioni.

5.2. Il cablaggio orizzontale

5.2.1. Il contenimento degli oneri amministrativi e la semplificazione della posa

In sede di cablaggio orizzontale, il primo ostacolo è rappresentato dal titolo abilitativo e dalle condizioni per la posa della fibra. La realizzazione di infrastrutture, infatti, può richiedere il conseguimento di diverse autorizzazioni, a livello centrale e locale, nonché la soggezione ai regolamenti edilizi ed alla disciplina urbanistico-edilizia vigente. Al fine di alleviare gli adempimenti, possono, da un lato, essere uniformati i titoli richiesti a livello locale; dall'altro lato, ridurre il numero delle varie autorizzazioni necessarie[238].

La fornitura di reti di comunicazione elettronica è stata oggetto di tutela già a livello europeo. Poiché l'istituzione di barriere dirette o indirette a livello nazionale ostacolerebbe sul nascere un mercato concorrenziale, il secondo pacchetto di direttive ha inciso sensibilmente sull'abilitazione alla prestazione dei servizi di comunicazione elettronica, di fatto liberalizzandola. In attuazione della Direttiva 2002/77/Ce, infatti, il Codice delle comunicazioni elettroniche ha rimosso i diritti speciali ed esclusivi, subordinando l'installazione, la fornitura e la gestione di reti di comunicazione elettronica ad una semplice autorizzazione generale rilasciata previa presentazione di una segnalazione certificata d'inizio attività (art. 25)[239]. Vengono, così, evitati tanto l'imposizione di requisiti discriminatori o non proporzionati, quanto alcuni rallentamenti procedurali[240].

---

[238] Come ricordato dall'Agcom, peraltro, se la rete è unica, anche "i relativi procedimenti autorizzatori devono essere necessariamente disciplinati con carattere di unitarietà ed uniformità per tutto il territorio nazionale [...]" (Regolamento scavi e condivisione, punto 25).

[239] La liberalizzazione è stata attuata in parte tramite l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento, ed in parte tramite l'armonizzazione delle norme nazionali (C. Barnard, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, New York, 2007, 560 ss.). In tali casi, viene applicata la disciplina europea (S. Weatherill, *Pre-emption, Harmonisation and the Distribution of Competence to Regulate the Internal Market*, in C. Barnard, J. Scott, *The law of the Single European Market – Unpacking the Premises*, Hart Publishing 2002, 58). Sul nuovo regime autorizzatorio, si v. A. Boso Caretta, *La disciplina del regime autorizzatorio. Le misure di armonizzazione*, in F. Bassan (a cura di), *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, Milano 2010, 55 ss.; *S. Cassese, La liberalizzazione delle telecomunicazioni,* in E Bonelli – S. Cassese (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano 1999*;* A. Alì, *Le autorizzazioni generali di reti e servizi di comunicazione elettronica*, in G.F. Cartei – M. Clarich (a cura di), *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano 2004, 151 ss.; M. Clarich, *Il nuovo sistema delle autorizzazioni per le reti e I servizi di comunicazione elettronica*, in G. Morbidelli – F. Donati (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, Torino 2003, 137 ss..

[240] In questo, il settore delle reti di tlc si rivela aperto, a differenza di altri settori, in cui le reti vengono

Il decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, ("d.l. 112/2008")[241] ha introdotto misure volte a incoraggiare i lavori di scavo. In considerazione della "straordinaria necessità ed urgenza di emanare disposizioni urgenti finalizzate alla promozione dello sviluppo economico e alla competitività del Paese, anche mediante l'adozione di misure volte alla semplificazione dei procedimenti amministrativi", è stata introdotta una procedura speciale per la posa delle reti, ora subordinata alla semplice presentazione di una semplice dichiarazione d'inizio attività ("Dia") e dei relativi progetti allo sportello unico dell'ente locale competente[242].

Nel testo allora vigente nel 2008, l'operatore avrebbe potuto iniziare i lavori decorsi trenta giorni (art. 2)[243]; al termine dei lavori, il progettista o un tecnico abilitato rilasciava un certificato di collaudo, da presentare allo sportello unico, per attestare la conformità dell'opera al progetto allegato alla Dia (art. 2, comma 12).

La legge 30 luglio 2010, n. 122 ("l. 122/2010"), ha ulteriormente snellito la procedura, prevedendo che il denunciante non presenti più una *Dia*, bensì una *Scia*, vale a dire una segnalazione certificata d'inizio attività, disponendo che la nuova disciplina sostituisce quella della dia in "ogni normativa statale e regionale"[244]. L'operatore può, dunque, iniziare l'attività immediatamente, fermo restando il potere dell'amministrazione di inibirne la prosecuzione ed ordinare la remissione in pristino, agendo in autotutela[245].

---

giuridicamente ad esistenza solamente con un atto amministrativo. Così, per il settore ferroviario, il d. lgs. 188/2003 prevede l'individuazione da parte del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, previa intesa con la Conferenza permanente (F. Di Porto, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, Padova 2008, 133).

[241] Convertito con legge 6 agosto 2008, n. 133.

[242] Con l'occasione, gli operatori sono tenuti ad dichiarare la conformità dei lavori alla disciplina vigente e ad indicare le infrastrutture civili esistenti di cui intendano eventualmente avvalersi. In tale ottica, gli atti vengono trasmessi anche al gestore eventualmente interessato.

[243] Qualora, tuttavia, l'immobile interessato dall'intervento sia gravato da un vincolo tutelato dall'amministrazione comunale, il termine di trenta giorni decorreva dal rilascio del relativo atto di assenso. Se, invece, la tutela del vincolo compete ad un ente diverso dal Comune, viene convocata una conferenza di servizi. In tali casi, A. Tonetti, *La nuova disciplina per lo sviluppo della banda larga*, *cit.*, 126-127, rileva la problematicità dell'indeterminatezza dei termini di conclusione dei procedimenti. A seguito della sostituzione della Dia con la Scia, sembra che l'attività non possa essere iniziata fino all'ottenimento dell'assenso.

[244] A. Tonetti, *La nuova disciplina per lo sviluppo della banda larga*, *cit.*, 123, tuttavia, dubita della possibilità di applicare la novella del 2010 alla dia tlc, in quanto mancherebbero le condizioni previste dalla legge 241/1990. L'applicazione della normativa non sarebbe neanche auspicabile, nella misura in cui "la realizzazione di infrastrutture a banda larga presuppone attività giuridiche e materiali spesso non riconducibili esclusivamente all'interessato".

[245] Sulla Scia e sulla Dia, si v. B.G. Mattarella, *La scia, ovvero dell'ostinazione legislatore pigro*, in *Giorn. Dir. Amm.* 12/2010, 1328 ss.; E. Giardino, *La natura giuridica della Dia e la tutela del terzo*, in *Giorn. Dir. Amm.* 12/2010, 1249 ss.; R. Giovagnoli, *I silenzi della Pubblica amministrazione dopo la legge n. 80/2005*, Milano 2000; F. Fonderico, *Il nuovo tempo del procedimento, la d.i.a. ed il silenzio assenso*, in *Giorn. Dir. Amm.* 10/2005, 1017 ss.; M. Macchia, *La tutela del controinteressato tra denuncia e dichiarazione di inizio attività*, in *Giorn. Dir. Amm.* 2/2006, 192 ss.; G. Mannucci, *La necessità di una prospettiva obbligatoria per la tutela del terzo nel modello della Dia*, in *Giorn. Dir. Amm.* 11/2009, 1079 ss.; G. Vesperini, *La denuncia di inizio attività e il silenzio assenso*, in *Giorn. Dir.*

La normativa applicabile, tuttavia, si rivela complessa, in quanto la disciplina della Scia si interseca con la disciplina della Dia edilizia (art. 23 del d.P.R. 380/2001) e con la disciplina generale (art. 19 della l. 241/1990), con il rischio di contraddire le finalità di semplificazione amministrativa[246].

5.2.2. Il transito su beni pubblici

La posa della fibra può richiedere il transito su terreni, strade e beni di varia natura e titolarità. Già l'art. 4 l. 249/1997 prevedeva che la posa di reti di telecomunicazioni fosse soggetta a concessione per l'uso di suolo pubblico, che poteva essere subordinata a determinati obblighi di natura civica.

La normativa vigente – ed in particolare il Codice delle comunicazioni elettroniche – incoraggia l'impiego di beni di titolarità pubblica per l'installazione di infrastrutture tramite opere civili o scavi. A tal fine, l'abilitazione alla realizzazione delle opere comporta quella ad effettuare gli scavi, nonché la concessione del suolo o sottosuolo pubblico necessari (art. 88, comma 6). Il Codice ha, così, sostituito la concessione con un regime autorizzatorio, sebbene sia talvolta necessaria più di un'autorizzazione[247].

L'occupazione di suolo pubblico è soggetta alla presentazione di un'apposita istanza all'ente locale competente al soggetto pubblico proprietario delle aree[248]. L'art. 2,

---

Amm. 1/2007, 83 ss...

[246] A. Tonetti, *La nuova disciplina per lo sviluppo della banda* larga, *cit.*, 122-123, e già A. Tonetti, *La disciplina italiana di rango primario*, in *Programma Isbul, W.P. 3.1. – Semplificazione amministrativa*, Roma 2010, 49.

[247] In tal senso, il Regolamento del Comune di Napoli prevede il conseguimento di due autorizzazioni, una per effettuare gli scavi, ed una per l'occupazione di suolo pubblico (B. Carotti – A. Miraglia, *Il ruolo degli enti locali nella realizzazione delle NGN*, in *Programma Isbul, W.P. 3.1. – Semplificazione amministrativa*, Roma 2010, 65). A livello locale, gli operatori possono avvalersi dello sportello unico. Quest'ultimo, ai sensi dell'art. 5 del d.P.R. 380/2001, ha la funzione di curare i rapporti fra privato e amministrazione e tra le altre amministrazioni tenute a pronunciarsi in ordine agli interventi edilizi. Tramite tale strumento, vengono accentrati adempimenti che, altrimenti, rimarrebbero separati, sostituendoli con un procedimento unitario (sullo sportello unico, si v., *ex multis*, A. Natalini, *Le semplificazioni amministrative*, Bologna 2002; V. Mazzarelli, *Diritto dell'edilizia*, Torino 2004; D. De Pretis, *Lo sportello unico per l'edilizia*, in E. Ferrari (a cura di), *La disciplina pubblica dell'attività edilizia e la sua codificazione*, Milano 2002, 263 ss.; D. Corletto, *Lo sportello dell'edilizia tra governo, Regioni e Comuni*, in *Riv. Giur. dell'Urb.*, 6/2001, 539 ss., nonché il rapporto del Formez, F. Ferrara (a cura di), *L'amministrazione per sportelli*, 48/2006. Oltre allo sportello, il d.lgs. 112/2008 ha stato istituito lo sportello unico delle attività produttive, di cui si avvalgono alcuni Comuni per semplificare il rilascio dei titoli autorizzatori. Tale sportello, istituito presso i singoli enti locali e da essi gestito, svolge la funzione di interfaccia unica del privato nei confronti degli adempimenti burocratici con la pubblica amministrazione. Al fine di superare le difformità territoriali, l'art. 38 del d.l. 112/2008 ha delegato il Governo a disciplinarne l'impiego tramite un regolamento in delegificazione. La normativa in esame pare ispirata al principio del *one-stop-shop*, per consentire all'operatore deve presentare una sola istanza per il rilascio di più titoli abilitativi.

[248] L'art. 88 pone anche disposizioni particolari per il procedimento amministrativo, disponendo che il responsabile del procedimento possa richiedere, comunque per una sola volta, ed entro dieci giorni

comma 14, d.l. 112/2008 dispone che "i soggetti pubblici non possono opporsi alla installazione nella loro proprietà di reti e impianti interrati di comunicazione elettronica in fibra ottica", salvo nel caso di beni del patrimonio indisponibile dello Stato, delle Regioni[249], delle Province e dei Comuni e purché tale attività non turbi concretamente l'esercizio di un pubblico servizio. La medesima disposizione ribadisce che l'occupazione e l'utilizzo del suolo pubblico per l'installazione delle reti di comunicazione elettronica "non necessitano di autonomo titolo abilitativo".

Le condizioni sembrano, peraltro, particolarmente favorevoli, visto che agli enti pubblici ed agli esercenti servizi pubblici non è dovuta alcuna indennità per gli scavi – salvo l'obbligo di tenerli indenni dalle spese (art. 88, comma 10)[250]. In termini analoghi, l'art. 93 preclude agli enti locali la possibilità di esigere ulteriori oneri per il transito su suolo pubblico, né tali enti possono subordinare il rilascio dell'autorizzazione al pagamento di somme[251].

I beni del demanio stradale sono particolarmente utili per la posa della fibra, in quanto la posa lungo le strade è più agevole e meno onerosa di quella su terreni vergini, privi di qualsivoglia rete di supporto. Al fine di favorire l'utilizzazione delle strade, la normativa esonera gli operatori da alcuni adempimenti amministrativi. L'art. 1, comma 6, l. 69/2009, infatti, nel riformulare l'art. 231, comma 3, del Codice

---

dalla data di ricezione dell'istanza, dichiarazioni, rettifiche o integrazioni. Tale termine pare particolarmente breve, specialmente se si considerano i frequenti passaggi amministrativi a cui è soggetto un documento destinato alla pubblica amministrazione, dal momento della sua ricezione all'effettiva consegna al funzionario responsabile (art. 88, comma 2). Entro trenta giorni dalla data di ricezione, il responsabile del procedimento può convocare, con provvedimento motivato, una conferenza di servizi, a cui partecipano tutte i soggetti direttamente interessati dall'installazione (comma 3), che deve pronunciarsi a maggioranza entro trenta giorni (comma 4). L'approvazione, oltre a sostituire gli atti di competenza della pubblica amministrazione, vale anche come dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza dei lavori. La conferenza può essere indetta anche dall'interessato ove l'istanza sia di competenza di più enti pubblici (comma 8). Ai sensi del comma 7, inoltre, decorsi 90 giorni dalla presentazione dell'istanza (30 giorni per le domande d'installazione di cavi di lunghezza inferiore a 200 m) senza che sia stata rigettata, siano state effettuate richieste istruttorie, o sia stata convocata una conferenza di servizi, l'istanza s'intende accolta.

[249] Originariamente, il patrimonio indisponibile regionale era escluso dalla lettera della legge. Tale lacuna è stata colmata da una pronuncia additiva della Corte costituzionale (Corte cost., sentenza 28 gennaio 2010, n. 20, su cui si v. M. Legnaioli, *Il patrimonio indisponibile degli enti pubblici e le reti e impianti di comunicazione elettronica in fibra ottica*, in *Foro Amm. C.d.S.* 2/2010, 263 ss.).

[250] Con riferimento ai costi, l'art. 13 della Direttiva Autorizzazioni prevede che possano essere riscossi contributi sui diritti di installare infrastrutture su proprietà pubbliche e private, per garantirne l'impiego ottimale. Tali contributi devono, però, essere trasparenti, proporzionati e obiettivamente giustificati, e non discriminatori. Qualora possa essere arrecato pregiudizio alle infrastrutture, può essere concordato un indennizzo, che, in assenza di accordo, viene determinato dal giudice. Suscita, tuttavia, perplessità la mancanza di criteri oggettivi per la quantificazione dell'indennizzo (A. Tonetti, *La nuova disciplina per lo sviluppo della banda larga*, *cit.*, 127).

[251] Rileva l'Agcom che diverse convenzioni per l'utilizzo delle reti per l'installazione di reti dorsali prevedono "la corresponsione di oneri non trasparenti, non giustificati, discriminatori e non proporzionati allo scopo perseguito", in particolare, nell'utilizzo delle strade (Regolamento scavi e condivisione, punto 6) (in argomento, si v. Cons. Stato, Sez. VI, 7 marzo 2008, n. 1005).

della strada[252], ha abolito la necessità di un'apposita autorizzazione per l'esecuzione di opere o l'apertura di cantieri, dichiarando applicabile il capo V del titolo II del Codice delle comunicazioni elettroniche. Gli operatori vengono, in tal modo, esentati dal conseguimento di un ulteriore titolo abilitativo[253].

L'art. 94 del Codice delle comunicazioni elettroniche prevede, altresì, la possibilità di occupare le sedi autostradali all'interno delle reti di recinzione, anche se le stesse non sono gestite direttamente dallo Stato, bensì in concessione, ed anche se sono di *proprietà* del concessionario. In caso di conflitto tra operatore e concessionario, il Ministro dello Sviluppo Economico (già Ministro delle Comunicazioni), sentito il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, può imporre servitù di passaggio, eventualmente a seguito di un tentativo di accordo bonario, determinandone anche le modalità di esercizio[254]. Successivamente alla definizione dei diritti di passaggio, peraltro, l'effettuazione di scavi è regolata da un unico rapporto giuridico con il concessionario, senza necessità di attivare volta per volta un accordo per passare su terreni privati. Qualora, peraltro, il concessionario intenda eseguire lavori di allargamento o modifica della sede autostradale che possano interessare i cavi delle reti di comunicazione, egli deve informare il proprietario dei cavi, per consentirgli di modificare gli impianti (art. 94, commi 6 e 7, del Codice).

Il vincolo di concessione porta, dunque, a considerare i concessionari alla stregua di soggetti pubblici, introducendo non soltanto obblighi di dare accesso, ma anche specifici oneri di comunicazione. La possibilità di avvalersi delle strade rende, così, meno onerosa la realizzazione delle nuove reti.

Al fine di facilitare la costruzione delle reti, il Regolamento Scavi e condivisione reca una disciplina di maggior dettaglio, in relazione alla realizzazione dei collegamenti dorsali tramite nuove infrastrutture realizzate su strade, autostrade, strade ferrate, aerodromi, acquedotti, porti, interporti o altri beni immobili o tramite l'accesso ad infrastrutture esistenti (art. 2). In particolare, l'art. 4, nell'imporre agli enti titolari di reti stradali, ferroviarie, elettriche o, comunque, atte alla realizzazione delle dorsali

---

[252] Decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285.

[253] A. Tonetti, *La nuova disciplina per lo sviluppo della banda larga*, *cit.*, 129, il quale rileva, altresì, come, da un punto di vista strettamente formale, le opere relative alla banda larga non potrebbero beneficiare della deroga dalle disposizioni del Codice della strada, in quanto sono contenute in una disposizione estranea al Codice delle comunicazioni elettroniche (l'art. 2 del d.l. 112/2008). L'A. propone di superare tale inconveniente adottando un'interpretazione logico-sistematica.

[254] Prima della emanazione del decreto d'imposizione della servitù, il Ministero "trasmette all'ufficio provinciale dell'Agenzia del territorio competente un piano di massima dei lavori da eseguire". L'Agenzia del territorio dovrà poi esprimere il suo parere e stabilire le indennità da corrispondere al proprietario in base (i) all'effettiva diminuzione del valore del fondo, (ii) all'onere che ad esso si impone ed (iii) al contenuto della servitù.

di comunicare le procedure per la realizzazione, sul suolo da esse gestito, delle nuove infrastrutture e l'accesso a quelle esistenti, consente di negare il passaggio e l'accesso solamente in alcuni casi circoscritti (art. 4, comma 5)[255].

Gli operatori che posano la fibra si vedono, così, riconoscere la possibilità di accedere a beni di proprietà dello Stato o di soggetti dotati di prerogative pubblicistiche (come i concessionari)[256].

5.2.3. Misure di agevolazione tecnica per la posa della fibra

La posa di infrastrutture può richiedere anche l'adozione di misure di sostegno per incoraggiare tecniche di scavo a basso impatto, come gli scavi *no-dig*, la mini-trincea o la micro-trincea.

Con riferimento agli scavi *no-dig*, le procedure amministrative possono essere lunghe ed onerose, anche per scavi di dimensioni minime come quelli necessari per le Ngn (circa 10 cm). Al fine di ridurre i costi di posa, in Francia è stata recentemente adottata una regolamentazione delle nuove tecniche di scavo[257].

In Italia, l'art. 5-bis, comma 2, del decreto legge 25 marzo 2010, n. 40[258], ha emendato il d.l. 112/2008 (art. 2, comma 15-bis), riducendo la profondità minima dei lavori di scavo per l'installazione di reti e impianti in fibra, salvo che il gestore dell'infrastruttura non comunichi specifici motivi ostativi, entro il termine di scadenza della Scia[259]. Devono, inoltre, essere previste adeguate misure per consentire le c.d. minitrincea (larghezza di 7-10 cm[260]) e gli scavi "no-dig"[261] per attraversamento di ferrovie e strade.

---

[255] Su cui si v. supra, par. 2.1.

[256] Questo evidenzia anche un'evoluzione nell'imposizione di vincoli su beni privati, e quindi dei beni privati d'interesse pubblico (V. Caputi Jambrenghi, voce *Beni pubblici*, in *Enc. Giur.*, Milano 1988, 3. A. M. Sandulli, voce *Beni pubblici*, in *Enciclopedia del diritto*, V, Milano 1959, 279). Pare, dunque, confermato che la demanialità si è "evoluta in vincolo di destinazione" dei beni necessari al soddisfacimento di un interesse pubblico (M. Renna, *La regolazione amministrativa*, *cit.*, 259).

[257] Premier Ministre, Secrétariat d'Etat chargé de la prospective, de l'évaluation des politiques publiques et du développement de l'économie numérique Eric Besson, Octobre 2008, *France Numérique 2012 – plan de développement de l'économie*, 20.

[258] Aggiunto in sede di conversione dalla legge 22 maggio 2010, n. 73.

[259] Il testo previgente, inserito nel d.l. 112/2008 dalla l. 133/2008, si limitava a disporre che, per gli interventi di installazione di reti e impianti in fibra ottica, "la profondità minima dei lavori di scavo, anche in deroga a quanto stabilito dalla normativa vigente, può essere ridotta previo accordo con l'ente proprietario della strada": il nuovo testo prescinde dall'accordo con il proprietario, e prevede, a titolo cautelativo, poteri inibitori in capo all'amministrazione. In tal senso, sembra che, salvo che constino motivi oggettivi, non possa essere precluso il ricorso a tecniche di scavo di dimensioni ridotte.

[260] Art. 1, lett. k), del Regolamento Scavi e condivisione.

[261] Vale a dire, i metodi e le tecnologie che consentono l'installazione, il risanamento e la sostituzione di cavi con un ricorso limitato o nullo agli scavi a cielo aperto (art. 1, lett. m), del Regolamento scavi e condivisione).

A livello locale, si riscontrano talvolta ulteriori misure di semplificazione. Il *Regolamento recante la disciplina tecnica e le specifiche delle opere destinate ad ospitare le reti di banda larga* della Regione Friuli Venezia Giulia, infatti, prevede che la posa della fibra avvenga mediante l'utilizzo della mini-trincea, per ridurre l'invasività dello scavo e dell'impatto sociale e ambientale del cantiere. Secondo il medesimo Regolamento, inoltre, devono comunque essere consentiti gli scavi tradizionali per la posa di più infrastrutture[262].

Analogamente, anche il Regolamento scavi del Comune di Roma incoraggia l'utilizzo di infrastrutture già esistenti in titolarità direttamente o indirettamente pubblica. Qualora questo non sia possibile, viene prescritto di preferire le tecniche a basso impatto ambientale, come la perforazione orizzontale guidata e la minitrincea. Proprio in vista della limitazione degli scavi, la realizzazione delle canalizzazioni e la posa dovranno avvenire lungo il manto stradale solamente qualora ciò sia necessario. Gli scavi dovranno, inoltre, essere effettuati in punti strategici, limitando il coinvolgimento delle pertinenze stradali interessate dalla viabilità[263].

5.3. Il cablaggio verticale

La disciplina del cablaggio verticale presenta profili di complessità ulteriori rispetto al cablaggio orizzontale. L'accesso a beni di proprietà di privati, infatti, può comportare forti resistenza nei confronti del cablaggio, che potrebbe essere percepito con diffidenza. Anche in tale caso, tuttavia, la realizzazione delle reti risponde ad un interesse preminente, alla luce del quale potrebbero essere giustificate alcune compressioni delle prerogative dominicali.

5.3.1. Diritti di transito su suolo privato

In primo luogo, l'installazione delle infrastrutture necessarie a realizzare la rete può richiedere l'accesso a beni altrui. Il transito su opere di proprietà di soggetti privati viene semplificato in presenza di una dichiarazione di pubblica utilità. Da quest'ultima, infatti, discende la possibilità, per gli operatori, di avvalersi di procedure espropriative (art. 90 del Codice delle comunicazioni elettroniche), diritti

[262] B. Carotti – A. Miraglia, *Il ruolo degli enti locali nella realizzazione delle Ngn*, *cit.*, 67.
[263] *Ibid.*.

di passaggio su beni altrui (art. 91) e servitù reali su beni altrui (art. 92) [264]. L'art. 2, comma 15, del d.l. 112/2008, tuttavia, richiama espressamente solamente gli artt. 90 e 91.

Hanno carattere di pubblica utilità gli impianti di reti di comunicazione elettronica (i) ad uso pubblico (art. 90, comma 1); (ii) quelli esercitati dallo Stato ai sensi degli artt. 12 ss. del Testo unico sulle espropriazioni (art. 90, comma 1); (iii) gli impianti e le opere di uso esclusivamente privato che siano stati dichiarati di pubblica utilità con decreto del Ministro delle Comunicazioni[265], per motivi di pubblico interesse (art. 90, comma 2). I beni necessari alla realizzazione delle reti possono, così, essere espropriati a seguito di un tentativo bonario di componimento.

La dichiarazione di pubblica utilità consente, altresì, ad un operatore di avvalersi di diritti di passaggio per realizzare infrastrutture. Ai sensi dell'art. 91 del Codice, infatti, il proprietario ed il condominio non possono opporsi al passaggio di cavi senza appoggio al di sopra degli edifici o sui lati in cui non vi siano finestre o aperture praticabili in base al prospetto, né all'appoggio di antenne e sostegni, al passaggio di condutture, fili o qualsiasi altro impianto consente.

L'art. 2, comma 15, d.l. 112/2008 ha, peraltro, accentuato la portata dei diritti di passaggio, prevedendo che questi ultimi siano applicabili anche senza una preventiva richiesta di utenza. Al contempo, il Legislatore ha bilanciato i diritti di chi installa le reti con quelli del proprietario: in tal senso, le installazioni non devono impedire "il libero uso della cosa secondo la sua destinazione" (art. 91, comma 3), e occorre comunque prediligere le misure meno invasive del diritto dominicale intaccato[266]. Al titolare del bene "servente", però, non è dovuta alcuna indennità e l'operatore ha un'azione diretta per far cessare le eventuali turbative.

Infine, ai sensi dell'art. 92, al di fuori dei casi previsti dall'art. 91, le servitù per il passaggio con appoggio di fili, cavi ed impianti connessi alle opere di pubblica utilità sul suolo, nel sottosuolo o sull'area soprastante, possono essere imposte ai sensi della legge 166/2002. Tali servitù devono, comunque, bilanciare l'interesse

---

[264] Secondo F. Cintioli, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano 2010, 278, i poteri concessi ai titolari delle di occupare la proprietà altrui, anche in assenza di una servitù in senso tecnico, ricorderebbero un fenomeno di autotutela.

[265] Oggi, Ministro dello Sviluppo Economico.

[266] La giurisprudenza civile ha confermato che il diritto di collocare in proprietà altrui infrastrutture, come le antenne televisive, ai sensi degli artt. 91 e 209 del Codice delle comunicazioni elettroniche, è "subordinato all'impossibilità per l'utente di servizi radiotelevisivi di utilizzare spazi propri, poiché il diritto all'installazione non comporta anche quello di scegliere a piacimento il sito preferito per l'antenna". Nella fattispecie, si controverteva in relazione all'installazione di un'antenna su un lastricato condominiale, invece che su una torretta disponibile nei dintorni (Cass. Civ., Sez. II, sentenza 21 aprile 2009, n. 9427).

dell'operatore con quello del proprietario, adottando lo strumento "più conveniente allo scopo" e "meno pregiudizievole al fondo servente, avuto riguardo alle condizioni delle proprietà vicine" (art. 92, comma 6).

La normativa in esame valorizza, per certi aspetti, la funzione sociale della proprietà, solennemente affermata all'art. 42, comma 2, della Costituzione. Quando un bene incide su una pluralità di interessi, infatti, la sua qualificazione supera il modello della proprietà individuale[267], per via della sua destinazione ad un interesse pubblico, con conseguenti effetti sull'esercizio delle facoltà insite nel diritto di proprietà[268].

Poiché la Costituzione non chiarisce la portata della "funzione sociale"[269], la scienza giuridica l'ha ravvisata "nell'imposizione al titolare del diritto sulla cosa di certi obblighi *personali* (*ob rem*), tali da rendere socialmente utile la titolarità privata dello stesso"[270]. Qualora beni di appartenenza privata vengano deputati ad assolvere istituzionalmente finalità di pubblico interesse corrispondenti o affini a quelle cui servono beni pubblici, con imposizione di vincoli (destinazione, non modificabilità o altro), può essere ravvisato "un particolare regime di polizia, di interventi e di tutela pubblici": in simili circostanze, l'amministrazione diventa titolare di "veri e propri poteri *in rem*"[271].

---

[267] F. Cintioli, *Le reti come beni pubblici*, *cit.*, 299-301.

[268] S. Cassese, *I beni pubblici*, Milano 1969, 55, il quale ricorda, altresì, che l'adempimento della funzione sociale di un bene non soltanto non inficia il diritto di proprietà su di esso, ma anzi lo presuppone, indicandone solo alcuni modi d'uso per conformarlo. Secondo parte della scienza giuridica, la funzione sociale della proprietà potrebbe avere varie forme, fino ad essere "addirittura indeterminata: tanti sono gli aspetti sotto i quali può concretarsi una funzione sociale, la quale avrà non solo varia rilevanza specifica, ma potrà avere rilevanza in funzione dell'importanza che l'elemento sociale acquista in un determinato momento agli occhi del Legislatore (ordinario)" (S. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano 1954, 277).

[269] Rileva S. Rodotà, *Commento all'art. 42*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna – Roma, 1982, 80, che l'art. 42 Cost. sarebbe frutto di un mancato compromesso tra tre differenti correnti di pensiero: quella liberale, legata alla concezione tradizionale della proprietà, quella social-comunista, orientata verso modelli collettivistici, e quella cattolica, propensa ad un orientamento tradizionale con correzioni "solidaristiche". In tale contesto, i Costituenti avrebbero optato per un rinvio al Legislatore futuro.

[270] A.M. Sandulli, voce *Beni pubblici*, *cit.*, 278. In tal senso, sarebbero giustificati dalla funzione sociale l'imposizione di distanze minime fra edifici (Corte cost., sentenza 15 aprile 1996, n. 120), l'imposizione di limiti ai contratti di locazione (sul c.d. equo canone, v. Corte cost., sentenza 26 ottobre 1988, n. 1028), nonché la creazione di una servitù coattiva di passaggio coattivo a vantaggio di un fondo non intercluso (Corte cost., sentenza 29 aprile 1999, n. 167).

[271] A. M. Sandulli, voce *Beni pubblici*, *cit.*, 278. Secondo l'A., in aggiunta, i beni pubblici costituirebbero una specie del genere "beni d'interesse pubblico", che però potrebbero essere definiti beni pubblici solo ove appartenenti allo Stato (*ibid.*, 279). La portata delle facoltà attribuite allo Stato dall'art. 42, comma 2, Cost. è da lungo tempo oggetto di discussione. In particolare, è discusso se tale disposizione consenta di imporre obblighi condizionanti il godimento – in tal senso, C. Mortati, *La Costituzione e la proprietà terriera*, in *Atti del terzo convegno di diritto agrario*, Milano 1954, 268 – o se, invece, venga ammessa unicamente l'imposizione di limiti – in tal senso, M. Mazziotti, *Il diritto al lavoro*, Milano 1956, 207-208, secondo cui l'introduzione di modi di godimento comporterebbe l'abolizione della proprietà privata). Secondo U. Natoli, *La proprietà. Appunti dalle lezioni*, Milano 1965, 127, potrebbero essere introdotti soltanto divieti per i comportamenti antisociali. Sull'art. 42, comma 2, Cost., si v. S. Cassese,

5.3.2. Facilitazione della penetrazione all'interno del condominio

Ulteriori criticità possono manifestarsi in sede di penetrazione all'interno dei condomini. Una volta raggiunta la soglia degli immobili da cablare transitando su beni di proprietà pubblica e/o privata, infatti, occorre ancora penetrare all'interno degli edifici. Nel caso dei condomini, che costituiscono la fattispecie più frequente ed a remunerazione più elevata per gli operatori (per via dell'elevata densità di popolazione che vi si riscontra), è necessario ottenere i permessi per effettuare i lavori. A tal fine, le operazioni sono soggette all'approvazione dell'assemblea condominiale, che, però, potrebbe rivelarsi problematica, in quanto il raggiungimento delle maggioranze deliberative previste dal Codice civile non è sempre scontato.

Per appianare le difficoltà, la normativa più recente ha attribuito alle opere necessarie alle Ngn la qualificazione di opere di urbanizzazione primaria (art. 2, comma 5, d.l. 112/2008; art. 1, comma 7, della legge 69/2009). Tale qualifica ha l'effetto di ripartire l'onere su tutti i condomini, di abbassare le maggioranze necessarie per le delibere condominiali[272] e di rendere la collocazione delle strutture compatibile con qualsiasi destinazione urbanistica[273], in quanto opere d'interesse generale[274].

Poiché l'installazione di reti di comunicazione elettronica costituisce opera di urbanizzazione primaria ed innovazione necessaria ai sensi dell'art. 16, comma 7-bis d.P.R. 380/2001, l'onere grava sull'intero condominio. Per le innovazioni gravose e voluttuarie, invece, i condomini che non intendano avvalersene possono essere esonerati dalle spese, qualora l'opera sia suscettibile di fruizione separata o, in ogni caso, con il benestare della maggioranza dei condomini deliberanti la spesa. La spesa

---

I beni pubblici, *cit.*, 44-55.

[272] Si rileva che già l'art. 40, comma 5, d.lgs. 166/2002 ha ribadito l'equiparazione delle reti e degli impianti di comunicazione elettronica alle opere di urbanizzazione primaria "salvo nelle aree individuate dai comuni sulla base dei criteri definiti dalle Regioni" (art. 16, comma 7, del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380 – "d.P.R. 380/2001"). In aggiunta, ai sensi dell'art. 12, comma 2, d.P.R. 380/2001, il rilascio di un permesso di costruire è "subordinato alla esistenza delle opere di urbanizzazione primaria o alla previsione da parte del comune dell'attuazione delle stesse nel successivo triennio, ovvero all'impegno degli interessati di procedere all'attuazione delle medesime contemporaneamente alla realizzazione dell'intervento oggetto del permesso". Tale equiparazione, però, comporta la destinazione delle opere al servizio dell'insediamento abitativo (Cons. Stato, Sez. VI, decisione 27 dicembre 2010, n. 9404).

[273] F. Bassan, *L'installazione delle reti: una disciplina armonizzata per un cablaggio efficace*, in F. Bassan (a cura di), *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, Milano 2010, 94.

[274] In tal senso, *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, decisione 16 novembre 2004, n. 7502.

per il cablaggio dell'edificio viene, in tal modo, a gravare sull'intero condominio, benché le reti in fibra ottica siano suscettibili di fruizione separata.

L'Agcom ha proposto di incentivare ulteriormente il cablaggio, prevedendo deduzioni fiscali per i condomini che decidono di realizzare in proprio le infrastrutture verticali[275].

Anche altri Stati europei si sono soffermati sulle difficoltà di penetrazione all'interno dei condomini. In particolare, in Francia è divenuto obbligatorio il precablaggio in fibra ottica di tutti gli edifici di nuova costruzione[276]. Il Legislatore ha, altresì, disposto che le misure per il cablaggio degli edifici siano iscritte di diritto nell'ordine del giorno delle assemblee condominiali, che potranno adottare le determinazioni del caso deliberando a maggioranza dei votanti[277].

L'ordinamento francese prevede, poi, ulteriori meccanismi volti a semplificare la posa verticale delle reti (c.d. *pose en façade*). Sebbene tali misure non sembrino, allo stato attuale, particolarmente efficaci in ragione di una certa complessità procedimentale, è allo studio una semplificazione per facilitare l'esecuzione di lavori sugli immobili[278].

Nel Regno Unito, inoltre, sono in corso di adozione misure per il cablaggio dei nuovi edifici anche da un punto di vista tecnico[279]. Potrebbe, infatti, essere imposto agli operatori uno standard minimo di connessione, per facilitare il cablaggio degli immobili di nuova costruzione[280].

---

[275] Agcom, *Segnalazione al Governo in tema di liberalizzazione e crescita: Un'agenda digitale per l'Italia*, 12 gennaio 2012, 11.
[276] Art. L111-5-1 del *Code des Constructions.*
[277] Arcep, *Lettre de l'Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes*, settembre/ottobre 2008, 28.
[278] Arcep, *L'intervention des collectivités territoriales dans les communications électroniques*, 2008, 39-40.
[279] Si rileva che tali misure erano state suggerite da F. Caio, *Final Report – The Next Phase of Broadband UK: Action now for long term competitiveness – Review of Barriers to Investment in Next Generation Access*, 2008, 64.
[280] La *British Standard Institution* potrebbe agevolare l'evoluzione (Department for Business, Innovation and Skills – Department for Culture, Media and Sport, *Building Britain's Future, Digital Britain – Final Report*, Giugno, 2009, 66). L'iniziativa del governo è stata accolta con favore dall'Ofcom, che vi ha ravvisato uno strumento utile anche per prevenire distorsioni della concorrenza (Ofcom, *Next Generation New Build: Delivering super-fast broadband in new build housing developments*, 23 settembre 2008, 2).

5.4. Luci ed ombre nella semplificazione amministrativa

Nell'ordinamento italiano, sono state introdotte diverse misure di semplificazione, ma diversi aspetti possono essere ulteriormente migliorati.

In primo luogo, l'ordinamento giuridico presenta una scarsa conoscibilità del dettato normativo (in particolare, delle disposizioni di rango regolamentare). Parte della scienza giuridica ha, del resto, criticato l'oscurità di certe formulazioni, come i riferimenti alla "legislazione vigente"[281].

In secondo luogo, sono problematiche alcune difformità applicative a livello locale, tanto da rendere auspicabile un procedimento semplificato unico su tutto il territorio nazionale[282]. Potrebbe, altresì, essere utile un potenziamento del principio del *one-stop-shop*, analogamente a quanto avviene in altri Stati membri dell'Unione. Colpisce, in particolare, un istituto presente nel Regno Unito, dove vengono conferiti forti poteri di coordinamento al regolatore nazionale delle comunicazioni elettroniche, l'Office for Communications ("Ofcom"), per un'efficace applicazione del principio del *one-stop-shop.* L'Ofcom, infatti, è titolare del potere di concedere i c.d. *code powers*[283], vale a dire speciali titoli abilitativi che esonerano gli operatori dal conseguimento di un'autorizzazione per lavori stradali e per determinati lavori urbanistici[284]. Tuttavia, sebbene i *code powers* sembrino uno strumento utile, nella prassi la loro diffusione è limitata. È possibile che proprio valutazioni circa la limitatezza del loro impatto abbiano consentito d'introdurre nell'ordinamento britannico uno strumento che, in un certo modo, consente all'autorità centrale di derogare alla disciplina locale.

Tale istituto, potenzialmente di grande efficacia semplificatrice, potrebbe essere utile nell'ordinamento italiano. Un'esenzione dai regimi locali, e l'accentramento delle competenze in capo all'Agcom potrebbe rivelarsi utile anche al fine di raccogliere dati per migliorare la condivisione di cui all'art. 89 del Codice delle comunicazioni elettroniche. Il rilascio del titolo abilitativo centrale, infatti, verrebbe condizionato alla comunicazione di dati circa l'ubicazione esatta e le caratteristiche

---

[281] A. Tonetti, La disciplina italiana di rango primario, in *Programma Isbul*, *W.P. 3.1. – Semplificazione amministrativa*, Roma 2010, 49.
[282] Agcom, *Segnalazione al Governo in tema di liberalizzazione e crescita: Un'agenda digitale per l'Italia*, 12 gennaio 2012, 11.
[283] L'Ofcom è titolare del potere di conferire i *code powers* ai sensi dell'art. 106 del Communications Act ("CA").
[284] Si veda, in argomento, Oecd – *Working Party on Communication Infrastructures and Services Policy*, *Public Rights of Way for Fibre Deployment to the Home*, 4 aprile 2008, 15 ss..

dell'infrastruttura che l'operatore intende installare, in modo da consentire ad Agcom di realizzare una sorta di catasto delle infrastrutture in corso di costruzione.

Permangono, tuttavia, gravi dubbi sulla possibilità di trapiantare l'istituto inglese. In particolare, potrebbero sorgere problemi di compatibilità costituzionale. Da un lato, infatti, è vero che, in passato, la Corte costituzionale ha sottolineato l'importanza ed il valore costituzionale della semplificazione amministrativa. Nel 2003, la Corte costituzionale si è pronunciata sulla legittimità costituzionale della Dia di cui all'art. 22 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, approvando la legittimità finalità di evitare "che la legislazione regionale e le funzioni amministrative in materia [...] risultino inutilmente gravose per gli amministrati e siano dirette a semplificare le procedure"[285].

Due anni dopo, la Consulta ha confermato l'importanza dei principi di semplificazione amministrativa e celerità, ritenuti "espressivi [...] di un principio fondamentale di diretta derivazione comunitaria". Anche alla luce del principio di semplificazione del sistema amministrativo, la Corte ha dichiarato infondate le censure di costituzionalità mosse da alcune Regioni in relazione agli artt. 86-95 del d.lgs. 259/2003[286].

Attualmente, tuttavia, sebbene un istituto sul modello dei *code powers* parrebbe astrattamente molto utile, esso rischierebbe di rivelarsi invasivo delle competenze amministrative degli enti locali. L'introduzione di un meccanismo autorizzatorio a livello centrale parrebbe giustificabile unicamente in presenza di eccessivi, irragionevoli e perduranti difficoltà amministrative a livello locale[287].

---

[285] Corte Costituzionale, sentenza 1° ottobre 2003, n. 303, par. 11.2.

[286] Corte Costituzionale, sentenza 27 luglio 2005, n. 336, par. 12.1. Sulla sentenza 336/2005, si v., ex multis, A. Battaglia, *Reductio ad unitatem: e la Corte riconosce il principio di unitarietà della rete di telecomunicazione*, in *Giorn. Dir. Amm.* 2/2006, 168 ss., K. Marcantonio, *Giocare al diritto: la sentenza della Corte costituzionale n. 336*, in *Giorn. Dir. Amm.* 2/2006, 171 ss.; R. Chieppa, *La (possibile) rilevanza costituzionale della semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Giorn. Dir. Amm.* 3/2009, 257 ss.; G. Manfredi, *L'interpretazione adeguatrice del Codice delle comunicazioni elettroniche*, in *Urb. e app.* 11/2005, 1407 ss..

[287] Sull'applicazione dei *code powers*, gli argomenti sono stati ripresi da quanto già segnalato in da B. Brancoli Busdraghi, *Gli strumenti e le strategie di semplificazione in prospettiva comparata – Il Regno Unito*, in *Programma Isbul, W.P. 3.1. – Semplificazione amministrativa*, Roma 2010, nota 298, 128.Si segnalano, altresì, alcuni meccanismi di esenzione generale vengono adottati a livello statale negli Stati niti. Ai sensi degli artt. 102.3 e 108 del *Construction Code* della Virginia, infatti, sono esenti dalla disciplina urbanistica tanto il posizionamento delle reti, quanto la costruzione degli armadi. In vista di semplificare gli oneri burocratici posti in capo agli operatori, inoltre, alcuni enti federali – fra cui la *Federal Communications Commission e la National Telecommunications Authority* – si sono dotati di un meccanismo informatizzato di ricezione delle istanze. Per altro verso, tuttavia, la costruzione della rete in fibra ottica negli Stati Uniti richiede ancora l'acquisizione di numerose autorizzazioni, secondo le modalità stabilite dalle autorità di volta in volta competenti. Al fine di snellire il processo, è stata introdotta una sorta di "conferenza di servizi", in cui gli enti coinvolti possono consultarsi sotto il coordinamento dell'amministrazione principale, la c.d. *leading agency*. Tale meccanismo ha comunque un'efficacia limitata, poiché gli operatori sono comunque tenuti a

presentare un'istanza presso ogni agenzia federale interessata e ad attendere l'esito dei singoli procedimenti.

Capitolo III – L'intervento dello Stato regolatore e la tutela della concorrenza

1. Regolazione e ponderazione di interessi

1.1. Politica industriale e regolazione

La regolazione costituisce una forma di intervento pubblico indiretto, basata sull'imposizione di regole per il mercato; essa si distinguendo, così, dalle misure di politica industriale. Fra queste ultime, infatti, l'attribuzione di risorse pubbliche mira a compensare l'incapacità strutturale del mercato di fornire determinati beni; la programmazione assolve alla funzione di orientare le scelte degli operatori anche alla luce di obiettivi extra-economici, inducendo scelte commerciali che non troverebbero spazio all'interno di un ordinario contesto di mercato[1].

Diversamente, la regolazione persegue unicamente la realizzazione di un mercato competitivo. Essa non ha natura finalistica, bensì condizionale[2], nella misura in cui tali interventi sono finalizzati alla correzione di fallimenti di mercato, come le distorsioni derivanti dal potere di mercato[3]. La regolazione è, pertanto, un fattore importante in un'economia di mercato, tanto che quest'ultima potrebbe esistere e "sussiste[re] perché vi è eterocorrezione ed eterocompensazione del mercato stesso"[4].

---

[1] P.e., costituiscono misure di programmazione le disposizioni in materia di meritorietà dei beni, di estensione dell'area del servizio universale e, conseguentemente, anche di approntamento delle infrastrutture, con quanto consegue in tema di stanziamento di risorse pubbliche (C. De Vincenti, *Mercato e interesse pubblico nei servizi di pubblica utilità*, in C. De Vincenti – A. Vigneri (a cura di), *Le virtù della concorrenza*, Bologna 2006, 48 ss.).

[2] S. Cassese, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *MCR* 2/2002, 266 ravvisa misure di carattere regolatorie qualora sussistano (i) l'indipendenza dell'autorità pubblica regolatrice; (ii) l'affidamento ad essa di un unico compito; (iii) natura condizionale della regolazione; (iv) l'esistenza di una relazione trilaterale; (v) la sottoposizione al principio del giusto procedimento e (vi) l'esistenza di un controllo giurisdizionale sulle decisioni.

[3] G. Sanviti, *La regolazione dei servizi*, in *Giorn. Dir. Amm.* 11/1996, 14. La privatizzazione di un monopolio pubblico impone di prevenirne la trasformazione in un monopolio privato (A. La Spina – G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna 2000, 50 ss.). La privatizzazione dei servizi di pubblica utilità ha, così, portato alla creazione di un sistema di regolazione affidato alle Autorità indipendenti, per vigilare sui prezzi e sulla qualità dei servizi (G. Napolitano, *Autorità indipendenti e tutela degli utenti*, in *Giorn. Dir. Amm.* 11/1996, 14). Al riguardo, si v. altresì L. Prosperetti, *Monopolio, concorrenza e regolazione: i pubblici servizi in un mercato che cambia*, in *Economia e politica industriale* 80/1993, 105 ss.; F. Cavazzuti – G. Moglia, *Regolazione, controllo e privatizzazione nei servizi di pubblica utilità in Italia*, in *Economia Italiana*, 1/1994, 9 ss..

[4] A. Predieri, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze 1997, 18. Lo Stato

L'esigenza di correggere fallimenti di mercato tramite la regolazione è stata particolarmente sentita in seguito agli eccessi del libero mercato e del *laissez faire* affermatosi a cavallo tra il diciannovesimo ed il ventesimo secolo. Nel corso del Novecento, infatti, è parso sempre più evidente che le mani invisibili del mercato "talvolta brancolano nel buio", tanto da giustificare interventi per prevenire *market failures* dai costi elevatissimi[5]. Tale disillusione, giunta al culmine durante la *Great Depression*, ha poi portato all'istituzione di enti regolatori[6].

La regolazione si è, così, affermata come strumento di tutela del mercato e dell'interesse pubblico[7]. In tale ottica, l'interesse economico diviene funzionale alla realizzazione dell'interesse pubblico, che viene soddisfatto non (soltanto) in via diretta, ma in via mediata, tramite lo sviluppo del mercato[8]. Se è vero che ciascun concorrente punta a massimizzare il proprio vantaggio, la concorrenza fra di essi porterebbe all'efficienza allocativa delle risorse disponibili proprio sfruttando i comportamenti opportunistici degli attori[9]. Per tale via, verrebbe soddisfatto anche l'interesse pubblico alla corretta prestazione di un servizio a prezzi competitivi[10], con conseguente funzionalizzazione della (legittimità) ricerca del profitto alla realizzazione di un interesse pubblico[11].

---

sarebbe, allora, "garante di efficienza; solo da essa legittimato" (*ibid.*, 31).

[5] M. Onado, *Economica e regolamentazione del sistema finanziario*, Bologna 2008, 89.

[6] R. Posner, *Natural Monopoly and its Regulation*, Washington 1999, 87-90. L'A. rileva, altresì, come l'introduzione di misure regolatorie sia stata propiziata da motivi economici, politici, storici e culturali, e come la regolazione sia stata accolta con favore anche da alcuni monopolisti di servizi pubblici, che vi hanno ravvisato un'alternativa all'eventuale espropriazione da parte dello Stato, che avrebbe sostituito il monopolio privato con il monopolio pubbico.

[7] L'interesso pubblico risulta dalla sommatoria e dal bilanciamento degli interessi individuali (M. D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna 2008, 95), che hanno talvolta influenza dominante sulla regolamentazione (in tal senso G. J. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, in *Bell Journal of Economic and Management Science* 3/1971, 4).

[8] B. Tonoletti, *Beni ad uso comune del mercato e servizi a rete*, in *Titolarità pubblica e regolazione dei beni – Annuario Associazione Italiana dei Professori di diritto amministrativo 2003*, Milano 2004, 355; C. De Vincenti, *Mercato e interesse pubblico nei servizi di pubblica utilità*, in C. De Vincenti – A. Vigneri (a cura di), *Le virtù della concorrenza*, Bologna 2006, 49.

[9] F. Cintioli, *Le reti come beni pubblici e la gestione dei servizi*, in *Dir. Amm.*, 2/2007, 301 ss.. Viene definita *incentive regulation* il "sistema di regole basate sul presupposto di riconoscere alle imprese un certo grado di discrezionalità (libertà di condotta, anche se limitata e condizionata) nell'ambito regolamentato", per "indurre l'impresa a utilizzare le sue maggiori informazioni sul contesto da regolamentare anche per il perseguimento di finalità sociali" (M. Martoccia, *Price cap e regolazione per incentivi*, in A. Biancardi (a cura di), *L'eccezione e la regola. Tariffe, contratti e infrastrutture,* Bologna 2009, 283.

[10] B. Tonoletti, *Beni ad uso comune del mercato e servizi a rete*, *cit.*, 357.

[11] Come evidenziato in Benedetto XVI, *Caritas in Veritate*, Città del Vaticano 2009, 29-30, la ricerca del profitto non è di per sé biasimabile, ma "l'esclusivo obiettivo del profitto, se mal prodotto e senza il bene comune come fine ultimo, rischia di distruggere ricchezza e di creare povertà". La semplice logica mercantile non sarebbe sufficiente, ma occorre finalizzare il mercato al perseguimento del bene comune (*ibid.*, 56).

Nell'ultimo ventennio, la liberalizzazione dei servizi a rete ha ulteriormente accentuato il passaggio dallo Stato *gestore* del servizio allo Stato *regolatore*[12], fino ad affidare regolazione e politica industriale ad enti diversi: la prima viene spesso rimessa ad Autorità indipendenti, estranee al circuito politico[13]; la seconda, invece, viene solitamente attribuita ad un decisore politico, responsabile innanzi al corpo elettorale[14].

1.2. La regolazione di una rete che non c'è

1.2.1. Il dilemma regolatorio nelle imprese a rete e nelle Ngn

La regolazione dei settori a rete presenta alcune peculiarità. Per assicurare la concorrenza, infatti, è innanzi tutto necessario che gli operatori possano entrare sul mercato, anche quando la prestazione di un servizio richiede la possibilità di avvalersi una rete di difficile duplicazione e costruita nel corso di decenni da un operatore soggetto a controllo pubblico. Se è vero che la rete costituisce spesso un monopolio naturale, nondimeno la concorrenza potrebbe essere garantita concedendo a più operatori di accedervi per prestare un servizio.

La regolazione dei servizi a rete impone, così, alle autorità preposte di confrontarsi con il dilemma dell'*essential facilities doctrine*[15]. Secondo tale corrente di pensiero, il proprietario di infrastrutture essenziali di cui non è agevole o auspicabile la

---

[12] A. La Spina – G. Majone, *Lo Stato regolatore*, *cit.*, 15 ss.; in argomento, anche F. Cintioli, *Le reti come beni pubblici*, *cit.*, 278 ss..

[13] Rileva C. De Vincenti, *Mercato e interesse pubblico nei servizi di pubblica utilità*, *cit.*, 45 ss., come la separazione dei compiti d'indirizzo e regolazione dalla gestione del servizio consenta di indirizzare lo sforzo dello Stato verso la tutela dell'utente e di altri valori, come l'ambiente e l'occupazione, al contempo orientando l'attività d'impresa al conseguimento del profitto.

[14] Si v., in argomento, A. La Spina – G. Majone, *Lo Stato regolatore*, *cit.*, 61 ss., nonché M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna 2005; D. Geradin – N. Petit, *The Development of Agencies at EU and National Levels: Conceptual Analysis and Proposals for Reform,* 2006, disponibile su www.ssrn.com.

[15] Sull'*essential facility doctrine*, con riferimento alle problematiche inerenti alle reti e agli incentivi agli investimenti, si v. la c.d. sentenza *Bronner* (Cgce, Sentenza 26 novembre 1998, Causa C-6/97, *Oskar Bronner c. Mediaprint*, Racc. I-7791) e le relative Conclusioni dell'Avvocato generale Francis Jacobs (Conclusioni dell'Avvocato generale Francis Jacobs del 28 maggio 1998, Causa C-6/97, *Oskar Bronner c. Mediaprint*, Racc. I-7791). In argomento, A. Jones – B. Sufrin, *EC Competition Law*, Oxford – New York, 2007, 535 ss.; L. Prosperetti – M. Siragusa – M. Beretta – M. Merini, *Economia e diritto antitrust*, Roma 2006, 217; C. Ritter, *Refusal to Deal and Essential Facilities: Does Intellectual Property Require Special Deference Compared to Tangible Property?*, in *World Competition* 3/2005, 281 ss.; V. Meli, *Rifiuto di contrarre e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Torino 2003; D. Durante – G. Moglia – A. Nicita, *La nozione di Essential Facility tra regolazione e antitrust. La costruzione di un test*, in *MCR* 2/2001, 257; A.B. Lipsky – J.G. Sidak, *Essential Facilities*, in *Stanford Law Review* 1999, vol. 51, 1187 ss.; C. Cazzola, *La dottrina delle essential facilities e la dottrina antitrust*, in F. Bonelli – S. Cassese, *La disciplina giuridica della telecomunicazioni*, Milano 1999, 219 ss..

duplicazione sarebbe obbligato a consentire ai concorrenti di avvalersi dei suoi beni per prestare i servizi sul mercato a valle. In tale ottica, l'eventuale rifiuto potrebbe costituire un abuso di posizione dominante[16].

I principi dell'*essential facilities doctrine* sono stati applicati anche nelle comunicazioni elettroniche[17]. La sua portata è, però, controversa. L'obbligo di concedere l'accesso, infatti, costituisce una forte intrusione nell'autonomia imprenditoriale, poiché chi esercita un'attività economica - assumendone i rischi! - dovrebbe, in linea principio, essere libero di scegliere le proprie controparti contrattuali[18]. Chi effettua investimenti per costruire una rete sarebbe attratto dalla prospettiva di sfruttarla in esclusiva per prestare servizi sul mercato a valle per massimizzare la rendita derivante dal potere di mercato; all'opposto, la prospettiva di vedersi costretto a concedere l'accesso alle reti a concorrenti che non sopportano un uguale rischio economico potrebbe scoraggiarne la realizzazione: *cui prodest* effettuare ingenti e rischiosi investimenti se poi anche concorrenti inerti potranno beneficiare delle opere realizzate, eventualmente a basso costo, contendendo il mercato a valle e mettendo a rischio il ritorno economico degli investimenti[19]?

---

[16] Le istituzioni europee sono intervenute più volte sull'obbligo di contrarre. I giudici e la Commissione si sono soffermati tanto sull'interruzione di forniture all'ingrosso di prodotti "fisici" – come in *Commercial Solvents (*Cgce, sentenza 6 marzo 1974, cause riunite 6 e 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. e Commercial Solvents Corp. c. Commissione*, Racc. 223), e *United Brands* (Cgce, sentenza 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands c. Commissione*, Racc. 207). – quanto sul rifiuto di dare accesso a diritti di proprietà intellettuale – come nei casi *Volvo* (Cgce, sentenza 5 ottobre 1998, causa *238/88, Volvo c. Veng*, Racc. 6211), *Magill (*Cgce, sentenza 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, *RTE e ITP c. Commissione,* Racc. I-743), *IMS Health* (Cgce, sentenza 29 aprile 2004, causa C-418/01, *IMS Health GmbH e a. c. NDC Health GmbH e a.*, Racc. I-5039-9) e, da ultimo, *Microsoft* (Tpg, sentenza 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Micrososoft c. Commissione*, Racc. II-601). In argomento, si v., ex multis, M. Ricolfi, *Proprietà intellettuale, antitrust e reti*, in C. Cambini – T. Valletti (a cura di), *I mercati della comunicazione nell'era digitale*, Bologna 2002, 35 ss..

[17] R. Whish, *Competition Law*, Oxford- New York, 2009, 691-692. Tuttavia, non tutti concordano circa la qualità d'infrastruttura essenziale delle reti di comunicazione elettronica: si v. in argomento M. Libertini, *Regolazione e concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in *Giorn. Dir. Amm.* 2/2005, 198, nonché *amplius infra.* È opportuno precisare che, nelle comunicazioni elettroniche, l'obbligo legale di contrarre non è stato imposto sulla base delle disposizioni generali in materia di posizione dominante, bensì sulla base di apposite norme introdotte *ex ante*.

[18] La Commissione ha affermato di considerare abusivo il rifiuto di contrarre qualora (i) il rifiuto si riferisca ad un prodotto o ad un servizio obiettivamente necessario per competere su un mercato a valle, (ii) sia probabile che il rifiuto determini l'eliminazione di una concorrenza effettiva sul mercato a valle, e (iii) sia probabile che il rifiuto determini un danno per i consumatori (Commissione europea, *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato Ce al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, COM(2009) C 45/02, par. 81). Secondo le Conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs nella causa C-6/97, *Oskar Bronner c. Mediaprint*, punto 66, tuttavia, l'accesso dovrebbe essere concesso solamente qualora entrare sul mercato sia obiettivamente difficile per qualsiasi impresa, e non soltanto per l'impresa richiedente l'accesso. I costi degli investimenti e della manutenzione dell'infrastruttura dovrebbero, pertanto, essere tali da costituire un deterrente per qualsiasi impresa prudente, considerando costi di investimento e di mantenimento.

[19] Si pongono, dunque, problematiche per certi versi affini a quelle emerse con riferimento al diritto d'autore, su cui si v. G.N. Mandel, *When to Open Infrastructure access*, in *Ecologiy Law Quarterly*, 35, 2008, 205 ss..

Sull'altro versante, i concorrenti dell'*incumbent* invocano regole che consentano loro di entrare sul mercato, possibilmente a spese dell'*incumbent*. Tali operatori hanno talvolta minori mezzi da destinare alla costruzione di una rete capillare e funzionante ed il *gap* non sarebbe solamente finanziario, ma anche organizzativo ed infrastrutturale. Avrebbero, dunque, interesse a vedere l'*incumbent* realizzare la rete, per poi chiedere l'accesso alla tariffa più bassa possibile, abbattendo costi e rischi. Perché affannarsi a costruire una rete, se è possibile avvalersi di una rete costruita da terzi? In assenza di un diritto d'accesso, tali soggetti verrebbero, invece, incentivati a costruire una propria rete[20].

Sotto un diverso punto di vista, si ritiene anche che il diritto d'accesso possa arrecare benefici al mercato, inasprendo la concorrenza sul mercato a valle. In tal senso, verrebbe favorito l'interesse pubblico alla realizzazione di un mercato competitivo. La regolazione deve, pertanto, mirare alla creazione di un mercato che permetta la spontanea soddisfazione degli interessi relativi alla fornitura di servizi[21].

Secondo parte della scienza giuridica, imporre l'accesso alla rete sarebbe profittevole nel breve periodo, ma nel lungo periodo potrebbe essere deleterio, per via dei disincentivi ad effettuare nuovi investimenti[22]. Diverrebbe, allora, necessario fissare

---

[20] Rileva, però, R. Posner, *Natural Monopoly and its Regulation*, *cit.*, 61, che gli effetti incentivanti delle vacanze regolatorie sono difficilmente quantificabili.

[21] M. Ragusa, *Reti e servizi di pubblica utilità: il caso delle comunicazioni elettroniche*, in *Dir. Soc.* 2/2007, 350. Il punto di equilibrio tra incentivi agli investimenti e concorrenza è stato posto all'attenzione delle Corti europee. In particolare, nel caso *European Night Services* ("Sentenza Ens") (Tpg, sentenza 15 settembre 1998, cause riunite T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94, *European Night Services e a. c. Commissione*, Racc. II-3141), il Tribunale di primo grado dell'Unione europea ("Tpg") si è confrontato con l'applicazione delle regole della concorrenza ad alcuni prestatori di servizi ferroviari tramite il tunnel sotto la Manica, che avevano chiesto un'esenzione dalle regole della concorrenza per porre in essere un accordo restrittivo. I giudici, richiamando il concetto di "concorrenza potenziale", hanno escluso che, in assenza di un accordo restrittivo, avrebbe mai potuto sorgere un mercato competitivo, in quanto gli investimenti da sostenere sarebbero stati talmente elevati da rendere la concorrenza sul mercato meramente ipotetica. L'alternativa all'accordo si sarebbe, quindi, rivelata ancora peggiore della restrizione della concorrenza, in quanto consisteva nella totale assenza di concorrenza per scomparsa di una parte di mercato. In secondo luogo, il Tpg ha censurato la limitata durata dell'esenzione concessa dalla Commissione, che determinato la durata dell'esenzione "in considerazione delle condizioni del mercato esistenti al momento in cui la decisione viene adottata, tenendo conto delle modifiche ragionevolmente prevedibili che possono verificarsi sul mercato di cui trattasi" (punto 225), mentre occorre accordare un tempo sufficiente per rendere gli investimenti redditizi (punto 230). Si noti, però, che la sentenza Ens non ha ricevuto l'avvallo della Cgue. In aggiunta, si evidenzia che la causa verteva sull'esenzione concessa ad un accordo restrittivo della concorrenza, mentre, nel caso delle reti in fibra ottica, il nodo fondamentale non risiede nella possibilità di accordare un'esenzione per la realizzazione condivisa delle nuove reti – che, per la verità, sarebbe non solo pacifica, ma persino incoraggiata – bensì nell'opportunità di esentare il titolare della rete dall'obbligo di concedere l'accesso alla propria rete ai suoi concorrenti. Si configurerebbe pertanto una fattispecie di abuso di posizione dominante, per la quale, diversamente dall'art. 101 Tfue, non sono previste deroghe. Sul caso Ens, si v. E. Cannizzaro, *Regole di concorrenza e reti transeuropee: la coerenza fra politiche comunitarie*, in A. Predieri – M. Morisi, *L'Europa delle reti*, Torino 2001, 101.

[22] Si v., *ex multis*, T. F. Cotter, *The Essential Facilities Doctrine*, in *Antitrust Law and Economics* 2010, 157 ss.. *Contra*, G. M. Roberti, *Contributo di Gian Michele Roberti al'incontro Arel del 28 marzo 2006 "Il quadro regolatorio comunitario tra attuazione nazionale e proposte di revisione europea"*,

con attenzione le tariffe dell'accesso, che non dovrebbero essere né tanto alto da escludere ogni margine di profitto sul mercato al dettaglio, né tanto basse da dissuadere dalla costruzione delle infrastrutture[23].

Nel settore delle comunicazioni elettroniche, la regolazione del mercato prevede tanto obblighi comportamentali per l'operatore dominante, quanto disposizioni sull'accesso da parte dei c.d. Olo (*Other Licensed Operators*[24]). La normativa europea[25] prevede obblighi di dare accesso alla rete tendenzialmente asimmetrici, imponendoli unicamente a chi appare detenere un significativo potere di mercato ("operatore Smp"), qualora il mancato accesso possa ostacolare una concorrenza sostenibile[26]. L'*incumbent* viene, così, obbligato a fornire ai suoi concorrenti non solo il servizio all'ingrosso, ma anche l'accesso agli elementi fisici necessari per realizzare una propria rete[27].

Roma 2006, 30-31, secondo cui la regolazione, lungi dal costituire un disincentivo agli investimenti costituirebbe un incentivo. La concorrenza "imposta" all'operatore dominante, infatti, lo porterebbe ad investire ancora di più. Tale punto, tuttavia, non è pacifico e varia in funzione delle condizioni del mercato: P. Sabbatini, *La concorrenza come bene pubblico – Il caso Microsoft*, Roma – Bari 2000, 198, analizzando il caso *Microsoft* statunitense rileva che, nei settori caratterizzati da evoluzione tecnologica, nel breve periodo il benessere della collettività possa essere assicurato anche dal monopolista.

[23] R. O'Donoghue – A. Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford – Portland, 2006, 723-724. G. Marzi – L. Prosperetti – E. Putzu, *La regolazione dei servizi infrastrutturali – Teoria e pratica*, Bologna, 2001, 166 ss., sottolineano quanto sia arduo il compito del regolatore.

[24] Si rileva che, da quando il regime di licenza è stato sostituito con il regime autorizzatorio, l'acronimo *Olo* non è più pienamente calzante, e sarebbe maggiormente corretto parlare di "*Oao*" (*Other Authorised Operator*). Nella prassi, tuttavia, prevale ancora l'utilizzo del termine *Olo.*

[25] Direttive nn. 2002/19/Ce, 2002/20/Ce, 2002/21/Ce e 2002/22/Ce, oltre alle direttive 2002/77/Ce ("Direttiva Concorrenza") ed alla direttiva 2002/58/Ce ("Direttiva Dati Personali"). Tale pacchetto è stato successivamente integrato e parzialmente modificato dalle direttive nn. 2009/140/Ce ("Direttiva Legiferare Meglio") e 2002/136/Ce, oltre che dal Regolamento 1211/2009/Ce, istitutivo del *Board of European Regulators for Electronic Communications*. Si v., in argomento, L. Saltari, *Accesso e interconnessione. La regolazione delle reti di comunicazione elettronica*, Milano 2008; F. Bruno – G. Nava, *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni*, Milano 2006; R. Perez, *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Milano 2004; C. Cambini – P. Ravazzi – T. Valletti, *Il mercato delle telecomunicazioni. Dal monopolio alla liberalizzazione negli Stati Uniti e nella UE*, Bologna 2003; F. Bonelli – S. Cassese, *La disciplina giuridica della telecomunicazioni*, Milano 1999.

[26] Le misure simmetriche sono quelle che gravano su tutti gli operatori, creando un unico campo da gioco omogeneo (c.d. *level playing field*) per la concorrenza. Le misure asimmetriche presuppongono, invece, sempre una distorsione (G. Kniep, *Market Entry in the Presence of a Dominant Network Operator in Telecommunications*, in P.J.J. Welfens – G. Yarrow – R. Grinberg – C. Graack (a cura di), *Towards Competition in Network Industries*, Berlino – Heidelberg – New York 1999, 133). Sulla regolazione asimmetrica, si v. L. Saltari, *La regolazione asimmetrica nelle comunicazioni elettroniche tra Agcm, Agcom e giudice amministrativo*, in *Giorn. Dir. Amm.* 10/2006, 1212-1219; L. G. Radicati di Brozolo, *Il nuovo quadro delle comunicazioni elettroniche. Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria*, in *MCR* 3/2002, 567 ss.; L. Delli Priscoli, *Asimmetrie e funzione delle Authorities nel processo di liberalizzazione delle telecomunicazioni*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica* 2/1998, 493 ss.; L. G. Radicati di Brozolo, *Simmetria e asimmetria nel diritto comunitario delle telecomunicazioni*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica* 2/1997, 501 ss.; A. Gambino, *Dal monopolio alla liberalizzazione: regolamentazione normativa delle asimmetrie nel mercato delle telecomunicazioni,* in *Giur. Comm.* 1/1996, 5 ss.; E. M. Noam – G. Pogorel, *Asymmetric deregulation – The dynamics of telecommunications policy in Europe and the United States*, Ablex 1994.

[27] Ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. a) della Direttiva Accesso – come modificata dalla direttiva 2009/140/Ce (comunemente denominata "Direttiva Legiferare Meglio"), l'accesso è "il fatto di rendere accessibili risorse e/o servizi ad un'altra impresa a determinate condizioni, su base esclusiva o non

Le Ngn sollevano problematiche parzialmente differenti dalle reti in rame, sulle quali si è innestata la vigente disciplina europea. L'accesso dei nuovi entranti ai doppini in rame ha riguardato beni di titolarità dell'*incumbent,* che erano non solo completati, ma persino ammortizzati. In Italia, peraltro, la posizione dominante di Telecom Italia era piuttosto netta, trattandosi dell'ex monopolista, proprietario della rete. Sussistevano, quindi, i presupposti per assoggettare l'*incumbent* a misure regolatorie, per consentire agli Olo di entrare sul mercato.

La costruzione delle Ngn, invece, apre scenari diversi, nella misura in cui le reti sono in larga parte inesistenti. Come visto, l'imposizione di obblighi di dare accesso potrebbe disincentivare la costruzione delle Ngn, con conseguenze paradossali. Da un lato, i nuovi entranti potrebbero rinunciare ad investire, per avvalersi invece delle reti dell'*incumbent*[28] con comportamenti di *free riding*[29]; dall'altro alto, l'eventualità di dover dare l'accesso ai propri concorrenti potrebbe dissuadere anche l'*incumbent* dalla realizzazione di nuove reti, che potrebbero potenzialmente costituire nuovi mercati competitivi[30]. Come conseguenza, le Ngn non verrebbero realizzate da nessuno.

La regolazione delle reti fisse di comunicazione può, così, determinare una tragedia degli anticomuni[31]. Per prevenire la sottoutilizzazione delle risorse potenzialmente

---

esclusiva, ai fini di fornire servizi di comunicazione elettronica anche quando sono utilizzati per la prestazione di servizi della società dell'informazione o di servizi di radiodiffusione di contenuti". Con particolare riguardo alle problematiche inerenti l'accesso nelle comunicazioni elettroniche, si v. M. Libertini, *Regolazione e concorrenza*, *cit.*, 195 ss.; L. Saltari, *L'interazione tra il diritto antitrust e la regolazione nelle comunicazioni elettroniche*, in *Giorn. Dir. Amm.* 5/2005, 555 ss.; L. Prosperetti, *I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza – Teoria economica ed esperienze recenti*, in *MCR* 2/2002, 277 ss..

[28] In aggiunta, l'operatore dominante dovrebbe sostenere anche i costi amministrativi derivanti dal regime regolatorio, quali la predisposizione degli accordi di interconnessione e i relativi oneri contabili che ne conseguono, con conseguenti disincentivi agli investimenti (G. Napolitano, *I beni pubblici e le "tragedie dell'interesse comune"*, in *Analisi economica e diritto amministrativo – Annuario Associazione Italiana dei Professori di diritto amministrativo 2006*, Milano 2007, 143 ss.). In argomento, si v. altresì, *ex multis*, R. Posner, *Antitrust Law*, Cambridge 2001, 242; R. Rotigliano, *Beni pubblici, reti e la dottrina delle* essential facilities, in *Dir. Amm.* 4/2006, 975 ss..

[29] *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato Ce*, *cit.*, punto 75.

[30] R. Posner, *Antitrust Law*, *cit.*, 242; R. Pardolesi – M. Granieri – A. Giannaccari – G. Colangelo, *Di regolazione, antitrust e diritti di proprietà intellettuale*, in *MCR*, 1/2004, 1 ss.. È il caso delle reti di comunicazione elettronica di prossima generazione, le c.d. *Nng*. In argomento, si v. C. Leporelli, *Next generation networks: caratteristiche tecnologiche e problematiche concorrenziali*, in A. Castaldo – S. da Empoli – A. Nicita, *La tripla convergenza*, *cit.,* e *amplius infra.* La Commissione ha recentemente sottolineato come anche gli eventuali finanziatori privati siano compartecipi dei timori e dei rischi che gravano sugli operatori, tanto che un obbligo di accesso o di condivisione aumenterebbe il rischio percepito dai piccoli investitori (Commissione europea, *La banda larga in Europa: investire nella crescita indotta dalla tecnologia digitale*, COM(2010) 472/def, 11).

[31] Quest'ultima si verifica quando un numero eccessivo di soggetti è titolare di poteri dominicali su un determinato bene. Nel caso in esame, eventuali di pretese e diritti hanno l'effetto di paralizzare il godimento delle reti, e la creazione di posizioni di rendita e la moltiplicazione dei costi di transazione condurrebbero ad un sottoutilizzo delle risorse, con esiti economicamente inefficienti (G. Napolitano –

disponibili, occorrerebbe, allora, contenere "la frammentazione delle tradizionali prerogative dominicali e la moltiplicazione delle pretese aventi ad oggetto il medesimo bene"[32]. Sarebbe allora confermato che la regolazione potrebbe compromettere gli investimenti già nella fase del loro avvio[33], mentre una vacanza regolamentare consentirebbe agli operatori di recuperare parte delle spese sostenute per gli investimenti?

Con riferimento a tale dilemma, si ricorda che, in occasione della regolazione dell'accesso alle reti mobili da parte degli operatori virtuali, l'Agcom ha tutelato a lungo gli investimenti effettuati dagli *Olo*, che si sono visti imporre obblighi di dare accesso soltanto dopo diversi anni[34]. Sembrerebbe, dunque, preferibile imporre misure per l'accesso solamente successivamente alla realizzazione delle infrastrutture, una volta affermato un determinato assetto di mercato[35].

Per altro verso, tuttavia, la regolazione potrebbe prevenire l'estensione del potere di mercato dell'operatore più forte. Sebbene il potere di mercato non sia un male in sé, quest'ultimo, specialmente se ottenuto non per meriti, ma grazie ad una rendita di posizione dell'*incumbent*, potrebbe ostacolare la concorrenza. Parte della scienza economica ha evidenziato come, negli Stati Uniti, la ripresa dalla crisi del '29 venne

---

M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna 2009, 88). O. Hart – J. Moore, *Property rights and the nature of the firm*, in *Journal of Political Economy* 1990, vol. 98, 1119 ss., evidenziano come l'investitore debba essere titolare del "diritto residuale di controllo" dell'*asset* sul quale investe. In argomento, si v. D. Durante – G. Moglia – A. Nicita, *La nozione di Essential Facility tra regolazione e antitrust. La costruzione di un test*, in *MCR* 2/2001, 276.

[32] G. Napolitano, *I beni pubblici e le "tragedie dell'interesse comune"*, in *Analisi economica e diritto amministrativo – Annuario Associazione Italiana dei Professori di diritto amministrativo 2006*, Milano 2007, 143.

[33] A. Gavosto – G. Ponte – C. Scaglioni, *Investment in Next Generation Networks and the Role of Regulation: A Real Options Approach*, School of Economics and Management – Technical University of Lisbon, *Working paper* 31/07/DE, 19 ss.

[34] Si consideri, però, che le frequenze costituiscono un bene scarso, per il quale gli operatori di rete mobile hanno dovuto pagare le licenze. In ragione della scarsità del bene, da un lato non poteva essere negato poiché si trattava dell'unico mezzo per accedere al mercato, dall'altro proprio l'onerosità delle licenze avrebbe indotto il regolatore a tutelare gli operatori virtuali. Si rileva, peraltro, come, successivamente, il diritto di accesso alle reti mobili sia scaturito da un procedimento aperto e concluso dall'Agcm, e non da un provvedimento regolamentare dell'Agcom (Agcm, provvedimento 3 agosto 2007, n. 17131, caso A357, *Tim – Vodafone – Wind,* su cui F. Bassan, *L'accesso alla rete. Profili giuridici*, in F. Bassan (a cura di), *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, Milano 2010, 158-160).

[35] Nel caso della gara per le licenze Umts del 2000, secondo R. Caiazzo, *L'autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in M. D'Alberti – A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Bologna 2010, 336-338, l'intervento pubblico avrebbe penalizzato la struttura del mercato: da un lato, gli obblighi di copertura imposti agli operatori e la possibilità di cedere le frequenze avrebbe portato alla realizzazione di un numero eccessivo di reti Umts, con l'effetto di indebolire gli operatori mobili, che si sarebbero visti costretti ad effettuare elevatissimi investimenti o ad uscire dal mercato; dall'altro lato, l'eccessiva durata della vacanza regolatoria concessa dall'Autorità avrebbe ritardato l'ingresso degli operatori virtuali, per l'effetto alleviando eccessivamente la pressione competitiva sugli operatori mobili.

rallentata di circa sette anni dalla concessione di vacanze regolatorie, consistenti nell'accettazione di cartelli fra imprese[36].

In che misura è, dunque, opportuno regolare il mercato relativo ad un bene che ancora non c'è? Occorre prevedere diritti di accesso dei concorrenti, per contrastare il potere economico prima che questo si crei, vale a dire "prima che le barriere all'entrata siano così alte da chiudere definitivamente il mercato"[37]? O sarebbe preferibile tutelare gli investimenti effettuati e incentivarne di nuovi, alleggerendo i vincoli regolamentari[38]?

1.2.2.Quando va in vacanza il regolatore?

La regolazione non costituisce necessariamente un ostacolo per gli investimenti, ma potrebbe anche agevolarli, in quanto può avere diversi gradi di intensità ed effetti, da valutare alla luce delle dinamiche del mercato, anche in chiave prospettica. In quali casi è allora opportuno regolare e in quali deregolare?

Una completa deregolazione presuppone l'esistenza di un mercato pienamente maturo e competitivo[39], tanto che la Commissione diffida delle vacanze regolatorie per i nuovi mercati, giudicando troppo incerto il *trade off* tra breve e lungo periodo[40]. In tale ottica, la creazione di una nuova rete parrebbe consentire – se non richiedere – l'introduzione di misure di regolazione, per almeno quattro aspetti.

In primo luogo, nell'ordinamento europeo ed in quelli nazionali, l'adozione di alcune tipologie di rimedi – in particolare, quelli asimmetrici – deriva dall'individuazione di un operatore dotato di significativo potere di mercato. A tal fine, occorre verificare la collocazione sul mercato delle nuove reti, accertando, in particolare, se le stesse costituiscano o meno un mercato distinto.

L'idea di una vacanza regolatoria, infatti, sarebbe pienamente sostenibile solamente in presenza di un mercato a tutti gli effetti distinto. Nel caso di specie, qualora il mercato dell'accesso all'ingrosso a banda ultralarga dovesse coincidere con quello

---

[36] B. Lyons, *Competition Policy, Bailouts and the Economic Crisis*, 2009, disponibile su http://www.ssrn.com, 18.
[37] G. Amato, *Il potere e l'antitrust – Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, ed. It., Bologna 1998, 105.
[38] Il quesito è posto da M. Libertini, *Contributo di Mario Libertini all'incontro Arel del 28 marzo 2006 "Il quadro regolatorio comunitario tra attuazione nazionale e proposte di revisione europea"*, Roma 2006, 10.
[39] J. A. Manner, *Global Telecommunications Market Access*, Londra 2002, *passim*, spec. 49-50.
[40] G. M. Roberti, *Contributo di Gian Michele Roberti all'incontro Arel del 28 marzo 2006 "Il quadro regolatorio comunitario tra attuazione nazionale e proposte di revisione europea"*, Roma 2006, 31.

dell'accesso all'ingrosso a banda larga, la presenza di un operatore Smp imporrebbe l'estensione dei rimedi già adottati, seppur prevedendo meccanismi remunerativi degli ulteriori investimenti effettuati.

Anche in assenza di un operatore Smp, la regolazione potrebbe essere necessaria per prevenire ostacoli durevoli ad un mercato competitivo. Quest'ultimo potrebbe, infatti, venire compromesso dalla diversa condizione di partenza degli operatori: si pensi ai possibili effetti di *leverage* da un mercato all'altro, in virtù dei quali l'*incumbent*, avvalendosi della forza derivante dalla titolarità di una rete costruita dallo Stato, potrebbe avvantaggiarsi nella costruzione della nuova rete, estendendo la sua posizione di forza. In particolare, in Italia, per realizzare le nuove reti, potrebbero essere molto utili le infrastrutture di genio civile di Telecom Italia. La realizzazione della rete da parte degli altri operatori potrebbe essere facilitata da misure di condivisione, per ridistribuire i vantaggi derivanti dal godimento di diritti speciali ed esclusivi[41].

In terzo luogo, la regolazione potrebbe facilitare il coordinamento e l'esecuzione dei lavori, imponendo obblighi non solo all'operatore Smp, ma anche agli altri operatori. Più che all'erosione del potere di mercato e allo sviluppo di un mercato competitivo, tali misure sarebbero strumentali alla realizzazione delle nuove reti e, quindi, al perseguimento di un interesse pubblico. Tale interesse, preminente rispetto all'instaurazione di una concorrenza infrastrutturale, potrebbe giustificare l'introduzione di misure "simmetriche", vale a dire imposte in uguale misura a tutti gli operatori.

Infine, la regolazione dovrebbe guidare la transizione dalle vecchie alle nuove infrastrutture[42].

La tipologia e l'intensità dei rimedi adottati, peraltro, possono variare in funzione dalla politica regolatoria perseguita. In questo, gli orientamenti europei sono

---

[41] La Commissione ha più volte dichiarato abusivo il rifiuto di dare accesso a infrastrutture di rete, con una particolare ostilità per quei casi in cui le reti siano state costruite da un'impresa che beneficiava di diritti speciali o esclusivi. In tal senso, si v. Commissione europea, decisione 4 luglio 2007, caso COMP/38.784, *Wanadoo España* vs. *Telefónica*, in cui la Commissione ha sottolineato l'obbligo per Telefònica di dare accesso ad alcune infrastrutture, realizzate avvalendosi di diritti speciali ed esclusivi, che la mettevano al riparo da pressioni competitive. In argomento, si v. D. Geradin, *Refusal to supply and margin squeeze: A discussion of why the "Telefonica exceptions" are wrong*, disponibile su http://www.ssrn.com, 29 gennaio 2011, 8.

[42] J. Kraft – E. Salies, *Why and how should new industries with high consumer switching costs be regulated?: The case of broadband Internet in France*, in C. Ménard – M. Ghertman (a cura di), *Regulation, Deregulation, Reregulation – Institutional Perspectives*, Northampton 2009, 344 – 345. Dovrebbero, altresì, essere bilanciati gli effetti sulla concorrenza *ex ante* e quelli *ex post* (E. Elhauge, *Defining Better Monopolization Standards*, in *Stanford Law Review* 56/2003, 297).

alquanto diversi da quelli statunitensi, in cui viene perseguita l'apertura del mercato, ma non la massimizzazione dell'accesso. È interessante notare come la giurisprudenza statunitense, pur avendo dato origine all'*essential facilities doctrine*, sembri maggiormente restrittiva quanto alla sua applicazione[43].

Tanto a livello europeo, quanto a livello nazionale, sono state adottate o proposte diverse misure. In particolare, la Commissione, dopo una aver condotto a termine l'emendamento del pacchetto di direttive del 2002, al termine di una gestazione di quasi due anni, ha adottato una Raccomandazione relativa all'accesso regolamentato alle reti di accesso di nuova generazione ("Raccomandazione Ngan")[44]; a livello nazionale, l'Agcom, dopo aver consultato il mercato su due proposte regolamentate[45], ha adottato la delibera 11 gennaio 2012, n. 1/12/CONS, recante "*Individuazione degli obblighi regolamentari relativi ai servizi di accesso alle reti di nuova generazione*" ("Regolamento Ngan"). È stato, altresì, approvato il c.d. Regolamento il Scavi e condivisione (delibera 22 novembre 2011, n. 622/11/CONS).

Nei paragrafi che seguono viene osservata la regolazione della costruzione delle Ngn. È possibile distinguere due gruppi di misure: da un lato, i rimedi asimmetrici di tipo "tradizionale"; dall'altro lato, i rimedi maggiormente mirati per incentivare la costruzione delle reti.

---

[43] R. Rotigliano, *Beni pubblici, reti e la dottrina delle* essential facilities, *cit.*, 971). In argomento, sia consentito rinviare anche a B. Brancoli Busdraghi, *Accesso alla rete, interconnessione e concorrenza tra Stati Uniti, UE e Italia*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 7/2009, 783. Si pensi anche alle sentenze *Trinko* (Verizon *Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko,* 540 U.S. (2004)) e *Linkline* (*Pacific Bell Telephone Co., dba AT&T California e.a. v. linkLine Communications Co e.a.*, 07-512 U.S. 555 (2009)). Per un'analisi del differente approccio statunitense, si v. P. Areeda, *Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles*, in *Antitrust Law Journal*, 58/89, 841). Sulla sentenza Trinko, si v. C. Osti, *Trinko e l'antitrust come declamazione*, in *MCR* 2/2004, 375 ss.; D. Geradin, *Limiting the Scope of Article 82 of the EC Treaty: What can the EU learn from the U.S. Supreme Court's Judgment in Trinko in the wake of Microsoft*, *IMS and Deutsche Telekom,* disponibile su http://www.ssrn.com. Su linkLine, si v. G. Colangelo, *Antitrust e regolazione dopo* linkLine, in *MCR* 2/09, 373 ss.; A. Castaldo – A. Nicita, *Essential Facility Access in US and EU: Drawing a Test for Antitrust Policy, Working Paper*, 2005, disponibile su http://www.ssrn.com, 25).

[44] *Raccomandazione della Commissione del 20 settembre 2010 relativa all'accesso regolamentato alle reti di accesso di nuova generazione (NGA)* (2010/572/UE) L 251/35.

[45] Dapprima l'allegato B alla delibera dell'11 gennaio 2011, n. 1/11/CONS e poi l'allegato B alla delibera del 18-19 maggio 2011, n. 301/11/CONS.

2. La regolazione asimmetrica delle Ngn

2.1. Alla ricerca del mercato sulle Ngn

2.1.1. Mercato emergente o frontiera tecnologica del rame?

L'imposizione di misure regolatorie richiede un'analisi del mercato, per individuarne la dimensione merceologica e quella geografica, valutarne il livello di competitività, identificare l'eventuale operatore Smp e scegliere le misure per correggere gli ostacoli alla creazione di un mercato competitivo[46].

Con particolare riferimento alle comunicazioni elettroniche, la Commissione, nella Raccomandazione sui mercati del 2007[47], ha individuato sette mercati su cui non sussistono condizioni competitive. Le Autorità nazionali, tuttavia, possono individuarne altri, qualora riscontrino simultaneamente 1) la presenza di forti ostacoli non transitori all'accesso (strutturali, giuridici, normativi); 2) una struttura di mercato tale da impedire condizioni di concorrenza effettiva nel periodo in oggetto; 3) l'insufficienza del diritto della concorrenza a rimediare ai fallimenti del mercato (c.d. *triple test*).

Su che mercato si collocano, dunque, le Ngn? Costituiscono un mercato emergente o sono, più semplicemente, la frontiera tecnologica di un mercato esistente?

La questione ha rilevanza primaria, poiché, se i mercati su fibra costituiscono soltanto l'estrema frontiera tecnologica dei medesimi mercati delle reti in rame, la regolazione delle Ngn non avrebbe rmotivo di discostarsi dalla regolazione delle reti in rame, fondata sull'imposizione di obblighi asimmetrici[48]. L'individuazione degli operatori Smp dovrebbe allora tener conto delle quote di mercato detenute con entrambe le tecnologie (rame e fibra), con il prevedibile effetto di identificare in Telecom Italia l'operatore Smp.

---

[46] L'adozione degli strumenti asimmetrici richiede una previa analisi del mercato ed un irragionevole rifiuto da parte dell'operatore dominante che ostacoli lo sviluppo concorrenziale dei servizi sui mercati al dettaglio o che sia, comunque, contrario agli interessi degli utenti finali.

[47] *Raccomandazione della Commissione del 17 dicembre 2007 n. 2007/879/CE, relativa ai mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche*, in Guce 28 dicembre 2007, L 344/65.

[48] In argomento, il considerato 27 della Direttiva Quadro ricorda che "è essenziale che gli obblighi ex ante vengano imposti esclusivamente quando non esista una concorrenza effettiva, vale a dire sui mercati in cui una o più imprese detengono un significativo potere di mercato e quando i mezzi di tutela apprestati dal diritto nazionale e comunitario della concorrenza non siano sufficienti a risolvere il problema".

Se, invece, le reti Ngn costituiscono un mercato emergente, allora diventa necessario ridefinire il mercato e i rimedi regolatori. In un nuovo mercato, però, la stima delle quote di ciascun operatore diviene più complessa, per via della rapida evoluzione delle condizioni e della mancanza di dati certi sul valore complessivo del mercato stesso.

In base ai criteri attualmente adottati a livello europeo, si considerano sullo stesso mercato quei prodotti che possono essere tra loro intercambiati[49]. L'intercambiabilità viene tradizionalmente valutata tramite l'applicazione del c.d. *Ssnip test*: viene ipotizzato, per il prodotto del quale deve essere definito il mercato, un piccolo ma significativo e permanente aumento del prezzo (*small but significant non transitory increase in price*), in misura compresa tra il 5 e il 10%, per poi osservare gli effetti sulle scelte dei clienti. Se gli utenti scelgono prodotti alternativi, questi ultimi sono considerati sullo stesso mercato del prodotto di cui viene ipotizzato l'aumento del prezzo[50].

Applicando tale meccanismo alla fibra ottica, la qualità di "nuovo mercato" delle Ngn e la sostituibilità della fibra con il rame appaiono fortemente controverse. Alcuni anni addietro, la giurisprudenza europea ha già rilevato che le connessioni a banda larga non sono sullo stesso mercato di quelle a banda stretta, poiché alcune applicazioni non sarebbero state fruibili con la connessioni a bassa velocità[51]. Per l'effetto, i giudici hanno accolto le tesi della Commissione, secondo cui vi sarebbe stato un bassissimo tasso di sostituzione tra banda larga e banda stretta, pur negando che la banda larga costituisse un mercato emergente, visto che il mercato si era già in qualche misura sviluppato.

Occorre valutare se la stessa distinzione possa essere compiuta tra banda ultralarga e banda larga, considerando tanto la diversità dei servizi prestabili, quanto il fatto che le infrastrutture non sono ancora state ultimate.

Nel caso delle Ngn, l'applicazione dello *Ssnip test* può portare a risultati fuorvianti. Le nuove reti, infatti, hanno una diffusione piuttosto limitata e le loro applicazioni sono ancora limitate, e sarebbe, dunque, difficile valutare la reazione degli utenti ad

---

[49] In tal senso, già il *leading case United Brands* (Cgce, sentenza 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands Company e United Brands Continentaal B.V. c. Commissione*, Racc. 425, parr. 12 ss.).

[50] Commissione europea, *Comunicazione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza*, in Guce 9 dicembre 1997, C 372/5, par. 17; A. Jones – B. Sufrin, *EC Competition Law*, Oxford – New York 2007, 353.

[51] Tpg, sentenza 30 gennaio 2007, causa T-340/03, *France Télécom SA c. Commissione*, Racc. II-107, par. 91.

un ipotetico aumento di prezzo. La sostituibilità dei prodotti deve, quindi, essere valutata sulla base delle presumibili abitudini di consumo.

Sebbene manchi ancora una compiuta analisi del/i mercato/i, alcuni documenti lasciano intuire la posizione delle autorità preposte alla regolazione. La Raccomandazione Ngan, infatti, precisa la portata degli obblighi di accesso su fibra[52], facendo riferimento a due mercati: il mercato dell'accesso all'ingrosso alle infrastrutture di rete (mercato 4) e il mercato dell'accesso a banda larga all'ingrosso (mercato 5)[53], che coincidono con quelli già individuati per le reti in rame.

Anteriormente alla Raccomandazione, si discuteva se l'accesso su rete in fibra coincidesse con i mercati dell'accesso a banda larga su rete in rame o se dovesse essere considerato come un autonomo mercato emergente. In sede di consultazione pubblica sulla delibera dell'Agcom n. 731/09/CONS, Telecom Italia ha fatto presente di considerarlo mercato emergente separato. Secondo l'*incumbent*, infatti, le nuove reti darebbero luogo a problematiche competitive diverse da quelle in rame, e per tale motivo anche le soluzioni regolamentari dovrebbero essere diverse. La preservazione degli incentivi agli investimenti avrebbe imposto obblighi regolamentari differenti per quello che veniva considerato un mercato emergente. In tal senso, gli operatori alternativi avrebbero ben potuto realizzare autonomamente le proprie reti ed eventualmente condividere investimenti con Telecom Italia. Tanto premesso, quest'ultima non avrebbe potuto essere considerata dominante, con conseguente mancanza dei presupposti per applicare obblighi asimmetrici a suo carico[54].

Tali argomenti, però, non sono stati accolti né dalla Commissione, né dall'Agcom. Al contrario, le autorità hanno ritenuto che vi fosse sostituibilità tra i servizi di accesso in rame e quelli in fibra, che apparterrebbero al medesimo mercato. L'Agcom ha, così, imposto a Telecom Italia obblighi asimmetrici, al fine di contrastare i vantaggi

---

[52] La Raccomandazione introduce alcuni principi comuni, finalizzati ad introdurre un minimo comune denominatore che valga per tutti gli Stati membri. Viene, però, prevista la possibilità di definire mercati subnazionali, ed la Commissione, nell'accettare la possibilità che vi siano velocità di sviluppo diverse, denota una forte dose di realismo. Eventuali differenze fra le varie aree geografiche potrebbero, infatti, portare a rivedere l'ambito dei mercati 4 e 5 o delle misure correttive applicabili, qualora "i mercati o le misure siano stati segmentati sulla base della concorrenza risultante dalla disaggregazione della rete locale" *(Raccomandazione della Commissione*, considerando 10). A titolo esemplificativo, con riferimento alla banda larga C. Leporelli – P. Reverberi, *Praticabilità dell'unbundling: aspetti regolamentari e di tutela della concorrenza*, in *MCR*, 1/2004, 138, evidenziano come dovrebbero essere considerate distintamente le aree in cui è tecnicamente possibile utilizzare i servizi Dsl e quelle in cui, invece, la lunghezza dei doppini e/o l'impiego di tecnologie incompatibili precludono tale possibilità.

[53] *Raccomandazione Ngan*, punto 3.

[54] Agcom, delibera n. 731/09/CONS, punti D1.2 ss..

derivanti dalla dominanza sulle reti di terminazione in rame[55]. In tal senso, anche la Raccomandazione Ngan.

Con riferimento alla dimensione geografica dei mercati, la Commissione lascia gli Stati membri liberi di individuare una dimensione diversa da quella nazionale. Nell'impostazione italiana, l'imposizione di obblighi con portata nazionale (come il *bitstream*) sembra testimoniare l'intenzione dell'Agcom di non discostarsi da tale impostazione. Parte della scienza giuridica, tuttavia, ha proposto la divisione del mercato in vari mercati regionali, per poi affidare la fornitura di reti a banda larga nelle zone a fallimento di mercato tramite gara[56].

Siffatte conclusioni sono, però, tutt'altro che pacifiche e rischiano di sottovalutare la (probabile) rapida evoluzione dei mercati. La definizione del mercato del prodotto prospettata sarebbe, infatti, corretta in presenza delle attuali condizioni dei mercati al dettaglio, ma l'analisi del mercato non potrebbe prescindere da una valutazione prospettica dei servizi a cui la fibra è destinata[57]. Allo stato attuale, i contenuti ed i servizi che richiedono connessioni a banda ultralarga sono ancora limitati in rapporto agli investimenti che sarebbero necessari per realizzare le reti in fibra ottica. La larghissima maggioranza dei servizi oggi prestabili tramite Ngn può essere prestata anche tramite le connessioni Adsl2+ o persino inferiori[58]. Su tali basi, da un punto di vista statico, ben potrebbe ritenersi che i due servizi sono sullo stesso mercato e l'applicazione dello *Ssnip test* non potrebbe che confermarlo.

La valutazione dei servizi prestabili non deve, però, avvenire in ottica uni periodale, ma richiede valutazioni prospettiche. In un futuro non lontano, infatti, la banda ultralarga consentirà la prestazione di servizi di comunicazione diversi e più avanzati rispetto a quelli resi disponibili tramite la banda larga e le ordinarie reti in rame. Si pensi non solo alle applicazioni di *entertainment*, grazie alla trasmissione convergente di servizi c.d. *triple play* (telefonia, traffico dati e intrattenimento televisivo), ma anche alla telemedicina, o alle modifiche dei metodi di lavoro, grazie

---

[55] Tale conclusione era già stata adottata con convinzione da alcuni regolatori europei, come quello regolatore francese (si v. Arcep, *décision* 22 dicembre 2009, n. 2009-1106).

[56] M. Libertini, *Le reti di nuova generazione: le posizioni della Commissione europea*, in *Giorn. Dir. Amm.* 11/2009, 1229.

[57] F. Kirsch – C. von Hirschhausen, *Regulation of NGN: Structural Separation, Access Regulation, or No Regulation at All?*, in *Communications and Strategies* 1/2008, 71, che propongono di definire e regolare i mercati in base alla velocità, come avviene in Olanda: un mercato di servizi tramite gli strumenti tradizionali di bassa qualità deregolamentato; un mercato dei servizi a banda ultralarga regolamentato.

[58] Sottolinea M. Libertini, *Le reti di nuova generazione*, *cit.*, 1230, come la domanda possa essere guidata dall'offerta, e come, in ogni caso, in un contesto internazionale globalizzato, non è possibile prescindere da una "sfida competitiva" con gli altri Paesi che stanno procedendo in tal senso *(ibid.)*.

alle potenzialità offerte dal *web storage* dal telelavoro, allo sviluppo di nuovi *software* applicativi. La fornitura delle connessioni potrebbe comportare un aumento dei servizi offerti e un'evoluzione della domanda.

In ogni caso, anche le applicazioni attualmente disponibili consentono di scorgere la differenza tra le Ngn e le reti tradizionali. Se è vero che molte applicazioni di terza generazione vengono offerte già tramite le reti in rame, il loro utilizzo è, allo stato, limitato o sperimentale. La crescita dei flussi di dati e delle applicazioni sulle reti in rame, tuttavia, potrebbe portare alla saturazione della rete. Se è vero che le reti attuali consentono l'erogazione di determinati servizi a un numero di utenti contenuto, esse potrebbero rivelarsi inadeguate a garantirne la diffusione su larga scala[59].

Nel momento in cui la velocità delle connessioni tradizionali dovesse risultare insufficiente per prestare i servizi sul mercato a valle, l'accesso all'ingrosso su fibra non potrebbe essere sostituti da quello su rame, e costituirebbe allora un mercato distinto[60]. In altri termini, nel medio periodo, l'accesso all'ingrosso a banda larga non sarebbe sullo stesso mercato di quello a banda ultralarga, poiché il primo potrebbe non corrispondere alla domanda degli acquirenti all'ingrosso.

Da quanto precede, emerge una condizione particolare dei mercati: le connessioni a banda larga e quelle a banda ultralarga saranno sullo stesso mercato solamente fino a quando i servizi di ultima generazione non avranno una diffusione ed uno sviluppo tale da manifestare l'inadeguatezza delle reti a banda larga ordinaria. Da tale momento, i prodotti non sarebbero sostituibili né dal lato della domanda, né dal lato dell'offerta. Conseguentemente, anche nella presente fase, sarebbe preferibile evitare rimedi *ex ante*, per limitarsi, invece, a quelli *ex post*[61].

La titolarità, da parte di Telecom Italia, di infrastrutture di ingegneria civile utili per realizzare le nuove reti non intacca tali conclusioni. La titolarità di infrastrutture serventi, infatti, non ha l'effetto di sovrapporre i mercati dell'accesso all'ingrosso su rame e su fibra, ma, semmai, consentirebbe di individuarne uno ulteriore, vale a dire il mercato dell'accesso alle infrastrutture passive utili per la realizzazione delle reti di prossima generazione.

---

[59] Si verificherebbe una tragedia dell'interesse comune, a causa del sovraconsumo dei beni comuni. In argomento, si v. G. Hardin, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 162/1968, 1243-1248; G. Napolitano – M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna 2009.
[60] F. Kirsch – C. von Hirschhausen, *Regulation of NGN*, *cit.*, 71.
[61] In tal senso, L. Prosperetti, Essential facilities *in via di costruzione? Una riflessione sulle politiche pubbliche nei confronti delle* Next Generation Nertworks, in *L'industria* 1/2011, 9.

In presenza di un mercato del prodotto distinto, anche la dimensione nazionale del mercato presterebbe il fianco ad alcuni rilievi. Il cablaggio in fibra, infatti, si sta sviluppando a macchia di leopardo ed è difficile individuare zone con condizioni omogenee. Anche la dimensione geografica dei mercati mercato potrebbe, dunque, essere rimessa in discussione.

Il quadro descritto solleva nuovi interrogativi in relazione all'indifferenza della rete dal servizio prestato, corollario del principio di neutralità tecnologica. Parte della scienza giuridica, infatti, ha evidenziato che alcuni servizi rispondono ad un interesse primario e sono maggiormente importanti per la collettività, in un'ottica non solo economica. Si pensi alla telemedicina o all'utilizzo della rete per intercettazioni o ricerche a fini di giustizia o ancora alle molteplici applicazioni che servono per supportare le grandi imprese e facilitare i processi produttivi.

La prestazione di determinati servizi avrebbe, dunque, una maggior importanza rispetto all'impiego della rete per finalità illecite o comunque meno nobili, come l'accaparramento di opere audiovisive in violazione del diritto di autore. Questo porta a mettere in discussione la presunta indifferenza della rete rispetto ai *bit* trasmessi su di essa[62]. Potrebbe, dunque, essere giunto il momento per una nuova riflessione sul principio di neutralità tecnologica.

Le ipotesi formulate potranno essere verificate quando l'Agcom non effettuerà l'analisi del mercato. Rimane il dubbio se una siffatta analisi – che costituisce una prerogativa essenziale delle Autorità di regolazione, tanto da non poter essere intaccata nemmeno dal legislatore[63] – non debba essere condotta prima, anziché dopo, l'imposizione di obblighi regolatori.

2.1.2. Dall'analisi del mercato alla regolazione

La ricetta procompetitiva si compone di una pluralità di elementi da combinare per contemperare al meglio gli interessi del mercato e della collettività: invasività degli obblighi imposti; segmento della rete interessato; operatori onerati ecc.[64]. Poiché il mercato su fibra viene attualmente considerato alla stregua di quello su rame

---

[62] Su tali posizioni si trova L. Prosperetti, *Obiettivi giusti, ma regole superate*, in *Corriere delle Comunicazioni* del 21 marzo 2011, 4.

[63] Cgue, sentenza 3 dicembre 2009, causa C-424/07, *Commissione c. Germania*, Racc. I-11431.

[64] Si v. M. Siragusa – S. Ciullo, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e il rapporto con il diritto della concorrenza*, in *MCR* 3/2002, 524 ss.; L. G. Radicati di Brozolo, *Il nuovo quadro delle comunicazioni elettroniche. Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria*, in *MCR* 3/2002, 562-563.

(mercato 5), Telecom Italia è considerata operatore Smp e le vengono imposti obblighi asimmetrici ormai tradizionali. Nondimeno, accanto alle misure tradizionali, vengono imposte anche altre misure per evitare che la forza di mercato di Telecom Italia sul rame si propaghi anche sulla fibra. Infine, altri rimedi sono maggiormente incentrati sulla facilitazione della costruzione delle nuove reti.

Ai sensi del Codice delle comunicazioni elettroniche, l'Agcom può imporre obblighi di trasparenza (finalizzati a rendere pubbliche informazioni relative ad accesso e interconnessione), non discriminazione e separazione contabile, nonché controllo dei prezzi e contabilità dei costi (artt. 46-50).

Anche la disciplina dell'accesso può incidere su diversi livelli della rete: rete locale; rete dorsale ecc. Analogamente, può essere imposto l'accesso ad una moltitudine di elementi della rete: il portante della rete e le risorse correlate; l'infrastruttura fisica; i sistemi *software*; i sistemi informativi o le banche dati per le ordinazioni e la fatturazione; i servizi di traduzione del numero; le reti fisse e mobili; i sistemi di accesso condizionato per i servizi di televisione digitale; i servizi di rete virtuale.

Con riferimento al perimetro dell'accesso, la rete di terminazione è, per molti operatori, l'elemento più prezioso, in quanto maggiormente difficile da realizzare[65]. Nondimeno, anche gli altri segmenti della rete possono essere appetibili per la prestazione di servizi da parte degli operatori che non hanno infrastrutture, ma sono meramente virtuali[66].

Al fine di incentivare la creazione di infrastrutture alternative da parte degli Olo, è stato proposto di concedere l'accesso secondo una scala, che riflette vari livelli di invasività. Le formule per l'accesso possono, poi, variare secondo diverse combinazioni, in base a perimetro, tipologia e prezzo dell'accesso.

Con riferimento alla tipologia dell'accesso, vengono inquadrate secondo le seguenti categorie:

- accesso *bitstream*;
- accesso disaggregato alla rete (a vari livelli: trasporto, giunzione, terminazione ecc.);

---

[65] Rilevano F. de Brabant – P.M. Manacorda – G. Vannucchi, *Le telecomunicazioni: concorrenza, sviluppo – Reti di nuova generazione*, in P.M. Manacorda (a cura di), *I nodi delle reti – Infrastrutture, mercato e interesse pubblico*, Firenze-Antella 2010, 343, che "più il controllo dell'*incumbent* si sposta verso l'utente, più riesce difficile per i concorrenti offrire i propri servizi sulla restante parte della rete di accesso in un regime paritario con esso".

[66] L. Saltari, *Accesso e interconnessione*, *cit.*, 105 ss..

– accesso infrastrutture di ingegneria civile.

L'elencazione rispecchia in parte il c.d. *ladder of investments*, un "modello" finalizzato a consentire il progressivo ingresso sul mercato degli altri operatori[67]. Si ritiene, infatti, che, in una fase iniziale della liberalizzazione di un settore, debba essere accordato l'accesso a porzioni decrescenti della rete e a condizioni progressivamente meno favorevoli. Mano a mano che gli Olo penetrano sul mercato, dovrebbero diminuire gli obblighi imposti al titolare della rete, nonché, simmetricamente, i vantaggi concessi ai suoi concorrenti: con il rafforzamento degli Olo vengono aggravate le condizioni di loro riservate[68], in modo da incoraggiare gli investimenti in proprie infrastrutture[69].

I paragrafi seguenti descrivono le misure per le Ngn, da quelle tradizionali a quelle maggiormente innovative, "calibrate" per le Ngn.

2.2. Trasparenza, separazione contabile, non discriminazione

Innanzi tutto, il regolamento Ngan impone a Telecom Italia obblighi comportamentali e amministrativi, che puntano a prevenire discriminazioni, per non vanificare l'accesso degli Olo alle reti dell'*incumbent*. La parità di trattamento costituisce, infatti, un principio cardine della regolazione[70]. Si tratta di obblighi ormai classici, che sono strumentali all'efficace imposizione degli obblighi di accesso.

In primo luogo, il Regolamento Ngan prevede anche per le Ngn l'applicazione di obblighi di trasparenza (art. 6 del Regolamento Ngan). Tale obbligo riguarda i servizi d'accesso su rete Nga, nonché gli altri servizi accessori.

---

[67] Oltre a tali tipi di accesso, si ricorda anche l'accesso alla piattaforma, che fa riferimento agli standard tecnologici che consentono ad un operatore di prestare servizi complementari ai fruitori dei servizi erogati tramite la rete. Tramite l'accesso a tali standard, possono essere erogati nuovi servizi.

[68] M. Cave – I. Vogelsang, *How access pricing and entry interact*, in *Telecommunications Policy* 27/2003, 717 ss; I. Vogelsang, *Price Regulation of Access to Telecommunications Networks*, in *Journal of Economic Literature* 41, 2003, 830 ss..

[69] E. Gallo – E. Pontarollo, *Modelli alternativi di concorrenza nelle telecomunicazioni: l'approccio italiano*, in *MCR* 3/2006, 537, i quali evidenziano, tuttavia, come i regolatori abbiano talvolta non poche difficoltà nel decidere quali debbano essere i gradini della scala.

[70] L. Saltari, *Accesso e interconnessione – La regolazione delle reti di comunicazione elettronica*, Milano 2008, 101.

Con riferimento ai servizi d'accesso disaggregato alle infrastrutture fisiche di rete, per il servizio *end to end* e per l'accesso alla banda larga all'ingrosso su Ngn (art. 6 del Regolamento Ngan), Telecom Italia è anche tenuta a pubblicare le condizioni tecniche ed economiche in un'offerta di riferimento annuale, soggetta ad approvazione da parte dell'Agcom[71]. La definizione delle condizioni tecniche di fornitura è rimessa ad un apposito *Service Level Agreement*[72].

La trasparenza di costi e condizioni contrattuali dovrebbe consentire ai concorrenti dell'*incumbent* di verificare l'effettiva parità di trattamento con le divisioni commerciali dell'*incumbent*, assicurandosi che le sue offerte siano, teoricamente, replicabili da parte di concorrenti efficienti[73]. In tal senso, la trasparenza tende al superamento delle asimmetrie informative, che si verificano quando i compratori hanno un'informazione insufficiente a valutare compiutamente i prodotti e le condizioni offerte[74]. Il difetto d'informazione può, infatti, esporre una parte ai comportamenti opportunistici dell'altra, che approfitterebbe della sua superiore conoscenza.

In secondo luogo, Telecom Italia viene assoggetta ad un obbligo di non discriminazione nella fornitura dei servizi forniti ai sensi dell'art. 47 del Codice delle comunicazioni elettroniche. In tal senso, devono essere applicate condizioni tecniche ed economiche equivalenti in circostanze equivalenti nei degli operatori che offrono servizi equivalenti, fornendo loro servizi ed informazioni "alle stesse condizioni garantite alle proprie funzioni commerciali, a società controllate, collegate e controllanti" (art. 7, comma 2, del Regolamento Ngan). L'obbligo di non discriminazione riguarda anche i prezzi praticati, i tempi e le tecnologie impiegate.

---

[71] L'offerta deve essere pubblica entro il 31 ottobre di ciascun anno, e la sua validità decorre dal 1° gennaio. Gli effetti dell'approvazione da parte dell'Agcom possono essere retroattivi.

[72] In circostanze eccezionali non prevedibili alla data della presentazione delle Offerte di Riferimento, Telecom Italia può modificare tali condizioni tecniche o economiche, comunicandolo all'Agcom per l'approvazione della modifica.

[73] L'art. 2, comma 12, lett. f), della legge 14 novembre 1995, n. 481, prevedeva che le autorità di regolazione dei servizi pubblici potessero "emanare direttive per la separazione contabile e amministrativa", nonché "verificare la [...] corretta disaggregazione e imputazione per funzione svolta, per area geografica o per categoria di utenza, evidenziando separatamente gli oneri conseguenti alla fornitura del servizio universale". Successivamente, l'art. 11, comma 3, della legge 5 marzo 2001, n. 57, ha introdotto il comma 2 bis all'art. 8 della legge 5 agosto 1990, n. 287, prevedendo una regola di separazione societaria per tutte le imprese pubbliche e in monopolio legale che intendano operare su un mercato diverso (H. Caroli Casavola, *Il principio di separazione contabile*, *cit.*, 472).

[74] A. La Spina – G. Majone, *Lo Stato regolatore*, *cit.*, 118-119.

Vengono, altresì, imposti obblighi di separazione contabile[75]. L'*incumbent* deve, infatti, tenere una contabilità separata per i servizi su rete in fibra che appartengono ai mercati nn. 4 e 5, contabilizzando le attività come se facessero capo ad imprese separate e distinguendo i ricavi generati dalla fornitura dei servizi ad altri operatori, quelli derivanti dalla fornitura interna dei servizi del mercato n. 4, i costi operativi sostenuti ed il capitale impiegato. Dovrebbe, così, essere preclusa all'operatore storico la possibilità di ripartire costi commerciali, non inerenti all'esercizio della rete, sui suoi concorrenti (art. 8 del Regolamento Ngan). In tal modo, da un lato, risulterebbero preclusi sussidi incrociati[76].

L'idoneità della separazione contabile a consentire l'instaurazione di un mercato competitivo è, tuttavia, controversa. La misura dovrebbe consentire trasparenza sui prezzi, senza invadere eccessivamente l'autonomia degli operatori[77]. Sul versante opposto, però, si sostiene che le barriere erette siano facilmente aggirabili[78], e le numerose violazioni regolamentari riscontrate nel settore delle comunicazioni elettroniche anche successivamente all'adozione della separazione contabile dimostrerebbero l'inadeguatezza di tali misure[79].

L'abuso di posizione dominante può, peraltro, manifestarsi anche sotto forme non identificabili tramite la separazione contabile. La c.d. *Bell Doctrine* ha messo in luce

---

[75] La misura separazione contabile è stata applicata dall'Agcom a Telecom Italia già nel 2002, contestualmente all'imposizione di altri rimedi quali la fornitura dell'accesso disaggregato a reti e sottoreti, la pubblicazione di un'offerta di riferimento per l'*unbundling*, comprensivo anche di un accordo sui livelli di servizio, obblighi di trasparenza, non discriminazione e controllo dei prezzi con meccanismo di *network cap* (Agcom, delibera 15 maggio 2002, n. 152/02/CONS). Si v., in argomento, E. Gallo – E. Pontarollo, *Modelli alternativi di concorrenza nelle telecomunicazioni*, *cit.*, 532-533; F. de Brabant – P.M. Manacorda – G. Vannucchi, *Le telecomunicazioni: concorrenza, sviluppo*, *cit.*, 338 ss..

[76] H. Caroli Casavola, *Il principio di separazione contabile, societaria e proprietaria nei servizi pubblici*, in *MCR* 3/2001, 471–473. V. Foster – T. Yepes, *Is Cost Recovery a Feasible Objective for Water and Electricity? The Latin American Experience*, in *World Bank – Policy Research Paper 3943*, 2006, rilevano che in alcune zone i sussidi incrociati sarebbero inevitabili, come dimostrerebbero gli esempi di certe zone del sud-America, dove, in assenza di sussidi, il 20% dei nuclei familiari dovrebbero impiegare per acqua ed elettricità oltre il 5% del reddito (*ibid.*, 14 ss.).

[77] Gli operatori potrebbero, peraltro, mantenere l'integrazione verticale, che offrirebbe incentivi ad investire nella rete (S. Buehler – A. Schmutzler – M. Benz, *Infrastructure quality in deregulated industries: is there an underinvestment problem?*, in *International Journal of Industrial Organization* 22/2004, 253 ss.). *Contra*, A. Avenali – G. Matteucci – P. Reverberi*, How does vertical industry structure affect investment in infrastructure quality?*, in Università degli Studi di Roma "La Sapienza", *Technical Report* 8/2010, *passim*, spec. 27-28, secondo cui un modello di separazione verticale non comporterebbe necessariamente minori stimoli agli investimenti.

[78] In tal senso, M. Hardt, *The non-equivalence of accounting separation and structural separation as regulatory devices*, in *Telecommunications policy* 1/1995, 70.

[79] In argomento, si v. Programma Isbul, *W.P. 3.3 – Governance di sistema – Rapporto Finale*, Roma 2010, 155-156. Si pensi, altresì, al precedente Agcm, provvedimento 16 novembre 2004, n. 13752, caso A351, *Comportamenti abusivi di Telecom Italia*, l'utilizzo di informazioni privilegiate da parte di Telecom Italia finalizzato all'attuazione di strategie di *retention* e *winback* degli utenti residenziali, l'ingiustificato rifiuto di fornire a Fastweb l'accesso in *unbundling* alla propria rete locale, nonché il lancio dell'offerta Alice 20 Mega senza proporre un servizio *wholesale* che consentisse ai concorrenti di Telecom Italia di replicare tale offerta.

come il sabotaggio dei concorrenti sia una pratica tipica della dominanza sui mercati regolati. Secondo tale ricostruzione, mentre nei mercati non regolati la forza dell'operatore dominante viene trasposta in prezzi superiori a quelli competitivi, nei mercati regolati, in cui è presente un controllo sui prezzi, si verificano pratiche anticompetitive, che possono essere attuate anche su mercati contigui[80]. Oltre ad assicurare l'accesso alla rete, è, pertanto, necessario prevenire discriminazioni fra il trattamento riservato alle proprie divisioni e quello dedicato ai concorrenti[81].

Al fine di garantire la parità di trattamento interna e esterna e di migliorare le condizioni di accesso e garantire l'imparzialità da parte del titolare della rete, in tutte le *utilities* sono state ipotizzate ulteriori misure di separazione del titolare della rete dal prestatore del servizio[82]. Secondo parte della scienza giuridica, la separazione costituirebbe persino un principio generale del sistema di liberalizzazione dei servizi pubblici[83].

Le soluzioni di separazione sono già state implementate in altri settori, seppur con gradi ed intensità diversi. Nel caso dell'energia elettrica, infatti, si è optato per l'attribuzione della gestione della rete ad un soggetto diverso dal prestatore del servizio[84]. Nel settore delle comunicazioni elettroniche, invece, la rete è rimasta,

---

[80] H. Caroli Casavola, *Il principio di separazione contabile, cit.*, 495. In proposito, W.F. Baxter, *Condition creating antitrust concerns with vertical integration by regulated industries – "For whom the Bell doctrine tolls"*, in *Antitrust Law Journal* 52/1983, 243 ss.; P.L. Joskow – R.G. Noll, *The Bell doctrine: applications in telecommunications, electricity and other network industries*, in *Stanford Law Review*, 5/1999, 1249 ss..

[81] Le misure possono essere poste in essere indipendentemente dalla portata del diritto di accesso accordato ai concorrenti, e quindi anche in caso di *unbundling* (C. Leporelli – P. Reverberi, *Praticabilità dell'unbundling*, *cit.*, 134-136).In argomento, *ex multis*, R. Caiazzo, *L'accesso alla rete. Profili giuridici*, in F. Bassan (a cura di)*, Diritto delle comunicazioni elettroniche*, Milano 2010, 159. Le misure adottate dall'operatore dominante possono essere diverse: discriminazione sui prezzi rispetto alle proprie divisioni commerciali; inquinamento dei costi relativi alle reti al fine di far lievitare i prezzi dell'accesso; comportamenti di sabotaggio; pratiche di *margin squeeze*. In particolare, potrebbero essere adottati prezzi predatori sul mercato a valle, finanziandoli tramite sussidi incrociati dalle attività in monopolio (H. Caroli Casavola, *Il principio di separazione contabile*, *cit.*, 490-491). Nel settore delle comunicazioni elettroniche, peraltro, il meccanismo dei sussidi incrociati è divenuto ormai superfluo anche per il finanziamento del servizio universale, che viene ora sovvenzionato tramite un fondo comune tra le imprese (*ibid.*). Parrebbe, dunque, assente ogni giustificazione del monopolio, anche alla luce di quanto concesso dalla Cgce in *Corbeau.* L'integrazione verticale potrebbe anche dar luogo ad asimmetrie informative, tanto nei confronti dei concorrenti, quanto del regolatore: per quanto possa imporre misure atte ad assicurare la trasparenza, il regolatore sarà sempre meno informato dell'operatore (F. Bulckaen – C. Cambini, *La regolamentazione delle public utilities*, Pisa 1998, 12*).*

[82] Si v. N. Rangone, *I servizi pubblici*, Bologna 1999, 26.

[83] H. Caroli Casavola, *Il principio di separazione contabile*, *cit.*, 493. *Contra*, H.A. Shelanski, *Vertical relations and "neutrality" in broadband communications: neither market nor hierarchy?*, in C. Ménard – M. Ghertman (a cura di), *Regulation, Deregulation, Reregulation – Institutional Perspectives*, Northampton 2009, 167, il quale ritiene opportuno porre l'accento, più che sulla neutralizzazione della rete, sulla regolazione e sulla vigilanza antritrust sui comportamenti posti in essere dal titolare della rete.

[84] In argomento, si v. P. Cirielli, *La trasmissione dell'energia elettrica in Italia*, Milano 2005.

seppur con qualche temperamento, integrata verticalmente con un prestatore del servizio sul mercato a valle[85].

Anche in tale ambito, tuttavia, l'adozione di misure regolatorie richiede un bilanciamento. Da un lato, infatti, l'integrazione verticale potrebbe facilitare il conseguimento di vantaggi indebiti; dall'altro lato, tuttavia essa potrebbe comportare guadagni di efficienza, ottimizzando flussi informativi e riducendo i costi di transazione e parte di quelli fissi[86]. L'efficacia delle misure di separazione ai fini di un mercato competitivo deve, dunque, essere valutata caso per caso, soppesando costi e benefici dell'integrazione verticale in una determinata filiera produttiva[87].

Con particolare riferimento alle reti in fibra ottica, nella presente fase di *start up*, parrebbe prematuro imporre formule di regolazione invasive, separando la rete dal prestatore del servizio. Al di là delle valutazioni inerenti l'opportunità di regolare il mercato emergente, non sembra attualmente opportuno scindere la realizzazione delle infrastrutture dalle politiche commerciali aziendali in materia di prestazione dei servizi.

---

[85] Si v. F. Bonelli, *Il codice delle privatizzazioni nazionali e locali*, Milano 2001; S. Cassese, *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e* deregulation, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.* 2/1991, 378 ss.; E. Freni, *Le privatizzazioni*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano 2003, 3954 ss.; A. Macchiati, *Breve storia delle privatizzazioni in Italia: 1992-1999*, in *MCR* 3/1999, 447 ss.; G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna 2005, 57 ss.. Secondo M. Libertini, *Problemi attuali del diritto italiano delle comunicazioni elettroniche*, in *Il quadro regolatorio comunitario tra attuazione nazionale e proposte di revisione europea*, Roma 28 marzo 2007, 10, sarebbe già tardi per porsi il problema dello scorporo della rete, che avrebbe, invece, dovuto essere affrontato al momento dell'avvio della liberalizzazione. Le attività relative all'accesso alla rete sono state separate sulla base di impegni presentati da Telecom Italia e resi vincolanti dall'Agcom con delibera n. 718/08/CONS. In partciolare, è stata creata, all'interno dell'*incumbent* una divisione dedicata alla manutenzione ed allo sviluppo della fornitura dei servizi di accesso alla rete e all'assistenza tecnica relativa ai servizi nei confronti di Olo e clienti finali – denominata Open Access. È stato, altresì, istituito un orgnismo di vigilanza sulla parità di accesso. In argomento, si v. *Programma Isbul, W.P. 3.3 – Governance di sistema – Rapporto Finale*, Roma 2010, 158-164.

[86] D. Spulber – C. Yoo, *Networks in Telecommunications: Economics and law*, New York 2009, 146.

[87] M.H. Riordan – S.C. Salop, *Evalutaing vertical mergers: A post-Chicago approach,* in *Antitrust Law Journal* 1995, 513 ss.. L'art. 2 della Direttiva Legiferare meglio ha modificato la Direttiva Accesso, abilitando le autorità nazionali ad imporre misure di separazione. L'art. 13-bis, della Direttiva Accesso dispone che, qualora le misure di separazione contabile, di non discriminazione, di trasparenza e l'imposizione di controlli di prezzi e di contabilità dei costi si rivelino insufficienti, le Autorità, in presenza di "importanti e persistenti problemi di concorrenza e/o carenze del mercato" su taluni mercati dell'accesso all'ingrosso, possono, eccezionalmente imporre la separazione funzionale". A tal fine, occorre che l'autorità nazionale presenti una proposta motivata alla Commissione, dimostrando che le prospettive di concorrenza entro un termine ragionevole sarebbero, altrimenti, scarse e spiegando, altresì, perché la separazione sarebbe lo strumento più efficace per risolvere i problemi concorrenziali. In alternativa, la separazione funzionale può aver luogo anche su base volontaria, soggetta a previa notifica all'Autorità di regolazione per le valutazioni di propria competenza (art. 13-ter della Direttiva Accesso, introdotto dalla Direttiva Legiferare meglio).
Secondo M. Orofino, *Il* Telecoms package: *luci ed ombre di una riforma molto travagliata*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.* 2/2010, 531, la separazione funzionale rappresenterebbe "anche una correzione, non ancora esplicitata, della politica basata su una concorrenza *networks based*".

2.3. Il *bitstream*

Gli obblighi di separazione, trasparenza e non discriminazione sono strumentali all'applicazione degli obblighi di dare accesso ai concorrenti. In tal senso, la regolazione delle reti in fibra ottica ripropone, innanzi tutto, l'imposizione della misura di accesso del *bitstream*, propria della regolazione della rete in rame.

Il *bitstream* consiste nella fornitura di capacità trasmissiva tra la postazione di un utente finale ed il punto di presenza di un operatore o *Internet Service Provider*, che fornisce il servizio all'utente finale[88]. Tale formula d'accesso dovrebbe promuovere la fornitura di servizi banda larga, moltiplicando le alternative per il mercato al dettaglio. Per altro verso, però, sussiste il rischio di creare una dipendenza degli Olo dalle scelte tecnologiche dell'*incumbent*[89].

L'art. 4 della delibera dell'Agcom 16 dicembre 2009, n. 731/09/CONS ("delibera n. 731/09/CONS"), prevede che l'operatore Smp sia obbligato a fornire servizi in *bitstream*, tanto su rame quanto su fibra, seppure "limitatamente limitatamente ai siti non aperti ai servizi di accesso disaggregato e comunque per le tutte linee sulle quali, per cause tecniche, non è possibile fornire tali ultimi servizi"[90].

---

[88] Art. 1, comma 1, lett. v) delibera n. 731/09/CONS. Il *bitstream* asimmetrico su linea condivisa prevede l'utilizzo della porzione inferiore dello spettro della coppia in rame anche del servizio telefonico su tecnologia PSTN (POTS/ISDN). Il *bitstream* su linea dedicata (*naked bitstream*) viene fornito su una linea fisica sulla quale il cliente finale non usufruisce, mediante utilizzo della porzione inferiore della coppia in rame, del servizio telefonico su tecnologia PSTN. L'operatore che presta il servizio di connettività all'utente finale è meramente virtuale, in quanto non è titolare di reti proprie, né gestisce alcuna infrastruttura, ma si limita a transitare sulle reti dell'incumbent, avvalendosi dei suoi servizi all'ingrosso.

[89] E. Gallo – E. Pontarollo, *Modelli alternativi di concorrenza nelle telecomunicazioni*, *cit*., 526.

[90] Nei mercati dell'accesso italiani, la regolamentazione asimmetrica è stata (ed è tuttora) applicata a Telecom Italia, dominante sui mercati dei servizi d'accesso (F. de Brabant – P.M. Manacorda – G. Vannucchi, *Le telecomunicazioni: concorrenza, sviluppo*, *cit.*, 337). Ai sensi dell'art. 3 della delibera Agcom n. 731/09/CONS, "Telecom Italia è soggetta all'obbligo di fornire accesso e di garantire l'uso delle risorse della propria rete di accesso locale metallica. In particolare Telecom Italia deve fornire agli operatori alternativi i servizi di accesso completamente disaggregato alla rete locale, di accesso disaggregato alla sottorete locale e di accesso condiviso, indipendentemente dalla finalità d'uso dell'operatore richiedente. 2. Telecom Italia è soggetta all'obbligo di garantire l'accesso alle proprie infrastrutture di posa agli operatori alternativi, al fine di consentire loro l'installazione di cavi per la realizzazione di proprie reti di accesso alla clientela finale per la fornitura di servizi di comunicazione elettronica. Telecom Italia deve altresì offrire l'accesso alla propria fibra spenta. 3. Telecom Italia è soggetta all'obbligo di fornitura dei servizi accessori di colocazione, prolungamento dell'accesso con portante in fibra e canale numerico, quest'ultimo unicamente in caso di indisponibilità dei servizi di accesso disaggregato". Il mercato del *bitstream*, peraltro, ha dimensione nazionale, non sussistendo ragioni per segmentarlo ulteriormente (Allegato B alla delibera Agcom 16 febbraio 2005, n. 117/05/CONS, punti 74-81). Per la descrizione dei mercati rilevanti, si v., altresì, L. Saltari, *Accesso e interconnessione*, *cit.*, 105 ss..

La Raccomandazione della Commissione ha confermato l'obbligo di concedere l'accesso *bitstream* su fibra. Prima di lanciare un'offerta al dettaglio, peraltro, l'*incumbent* è tenuto ad aggiornare la propria offerta all'ingrosso, al fine di consentire ai suoi concorrenti di replicarla[91]. L'imposizione di obblighi di accesso, tuttavia, deriva dall'assenza di una concorrenza effettiva: qualora in una determinata zona gli operatori possano avere un accesso disaggregato effettivo alle reti dell'operatore Smp, beneficiando, altresì, di una concorrenza sul mercato a valle, potrebbe essere soppresso l'obbligo di dare accesso *bitstream*[92].

Nel Regolamento Ngan, l'Agcom conferma l'obbligo di fornire il servizio *bitstream* sulla fibra e i servizi accessori, a livello di area di raccolta e di macroarea di raccolta. A livello di centrale locale, inoltre, viene imposta la prestazione di un servizio di accesso disaggregato virtuale (c.d. *Virtual Unbundled Local Access* – Vula), per accompagnare la transizione e costituire un'alternativa all'*unbundling fisico* (art. 5 del Regolamento Ngan)[93]. Non viene, però, prevista una *sunset clause*, per passare dal *bitstream* all'*unbundling*: ogni valutazione in merito viene rinviata al momento dell'analisi dei mercati dell'accesso all'ingrosso[94]. Si prevede solamente il monitoraggio del processo di implementazione dei servizi di accesso su rete in fibra (art. 33).

La piena applicazione del *ladder of investments*, tuttavia, si fonda su un sistema di incentivi agli operatori concorrenti per realizzare una propria rete. L'assenza di un termine certo di durata dell'accesso *bitstream* potrebbe avere l'effetto di penalizzare la corretta pianificazione degli investimenti e le valutazioni di convenienza da parte non solo degli *Olo*, ma anche dell'*incumbent*. In aggiunta, il differimento della *sunset clause* potrebbe far aumentare aumentare le pressioni sul regolatore ed il rischio di cattura[95]. La rapida approvazione di un pacchetto regolatorio completo ed autosufficiente, peraltro, potrebbe apportare benefici alla certezza del diritto.

---

[91] *Raccomandazione della Commissione*, punti 35-36. La tempistica dell'offerta di accesso dovrebbe consentire ai concorrenti di pianificare le proprie scelte. Anche in tale ambito, i prezzi devono poi riflettere i costi effettivamente sostenuti dall'operatore Smp, tenendo nel debito conto il livello di rischio dell'investimento.

[92] *Raccomandazione della Commissione*, punto 37.

[93] Il Vula consiste nella fornitura dell'accesso alla rete in fibra a livello di centrale locale per mezzo di un apparato attivo con interfaccia di consegna *Ethernet*. L'accesso deve avvenire avviene al livello di centrale locale, senza includere componenti di *backhaul*. La fornitura è indipendente dal servizio fornito e deve garantire sufficiente libertà di scelta della CPE (*Customer Premises Equipment*). La consegna all'operatore alternativo del flusso trasmissivo *Ethernet* è avviene in modalità a capacità dedicata al singolo cliente (*un-contended connection*) ed il servizio consente un sufficiente controllo da parte dell'operatore alternativo, anche da remoto, della linea di accesso al cliente.

[94] Regolamento Ngan, punto D8.15.

[95] Quest'ultima si verifica quando il soggetto regolato viene, paradossalmente, ad esercitare sul

Nei prossimi mesi, l'Agcom avvierà un'indagine dei mercati maggiormente approfondita, che dovrebbe metterne in luce la struttura, in vista di un'eventuale limitazione degli obblighi di *bitstream*. Anche in tale caso, però, si assiste ad un'inversione dei fattori: invece di regolare sulla base di un'analisi dei mercati, vengono poste le regole prima di verificare l'esistenza dei presupposti per la loro efficacia.

Si rileva che altri regolatori europei hanno limitato il *bitstream*. In Spagna, Telefónica è obbligata a fornire servizi *bitstream* solamente per velocità inferiori ai 30 Mbit/s[96]. La posizione spagnola considerava le differenze delle reti in fibra ottica rispetto a quelle tradizionali: a definire un mercato non è tanto il mezzo con il quale viene accordato l'accesso all'ingrosso, quanto piuttosto la velocità di quest'ultimo. Su tali basi, l'accesso in *bitstream* è stato inziailmente imposto solamente per i servizi a banda larga, e non per quelli a banda ultralarga. Successivamente, tuttavia, la Commissione europea ha invitato la Cmt a valutare nuovamente l'opportunità di imporre rimedi anche per velocità superiori ai 30 Mbit/s[97].

2.4. L'*unbundling* e il servizio *end to end*

Tramite l'accesso disaggregato (c.d. *unbundling*), gli operatori non acquistano solamente capacità trasmissiva, ma accedono direttamente alla rete[98]. La portata

---

regolatore un'influenza tale da consentirgli di orientare la regolazione a proprio vantaggio(G. Napolitano – M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna 2009, 84; in argomento, già G.J. Stigler, *La teoria della regolamentazione economica*, in G. J. Stigler, *Mercato, informazione, regolamentazione,* trad. it., Bologna 1994, 349 ss.).

[96] Cmt, delibera 22 gennaio 2009, procedimento MTZ 2008-626.

[97] In particolare, la Commissione ha notato una tendenza del mercato a migrare verso velocità superiori a 30 Mbit/s e l'assenza di un'offerta di riferimento o di un obbligo di regolamentazione delle tariffe per quanto riguarda l'accesso alle infrastrutture passive di Telefónica, oltre alla necessità si accordare agli Olo un periodo di tempo necessario per per realizzare nuove reti, considerando anche il fatto che gli stessi hanno posizioni di mercato e capacità di investimento contenute (Commissione europea, *Commission decisione concerning case ES/2010/1097: Implementation of remedies imposed in the markets for wholesale broadband access and call origination on the public telephone network provided at a fixed location in Spain. Article 7(3) of Directive 2002/21/EC: Comments*, COM(2010) C 5437).

[98] L'*unbundling* può essere condiviso (c.d. *shared access*) o totale. Lo *shared access* consiste nella divisione della banda frequenziale: la porzione superiore dello spettro disponibile sulla rete locale viene ceduta per la trasmissione di dati da parte dei nuovi operatori, mentre la porzione inferiore dello spettro continua ad essere utilizzata per la fornitura di servizi di fonia vocale (art. 1, comma 1, lett. l) della delibera n. 731/09/CONS). Si fa, invece, riferimento all'*unbundling* di dati in senso tecnico nel caso in cui la porzione inferiore della frequenza non venga impiegata per la telefonia vocale. L'accesso condiviso consente, così, a più operatori di utilizzare congiuntamente lo stesso doppino in rame (E. Gallo – E. Pontarollo, *Modelli alternativi di concorrenza nelle telecomunicazioni*, *cit.*, 530). Ove, invece, venga messo a disposizione l'intero spettro delle frequenze disponibili sulla rete, l'accesso viene

delle richieste di accesso disaggregato dipende dal prezzo e dalla strategia commerciale adottata dagli operatori alternativi[99].

La sezione della rete che può essere oggetto di *unbundling* dipende anche dall'architettura della rete. La rete d'accesso è la sezione maggiormente ambita, per via degli elevati costi della sua replicazione, che aumentano man mano che la rete, avvicinandosi agli utenti finali, si fa più capillare[100]. In tal senso, l'*unbundling* consente agli Olo di risparmiare i costi legati alla realizzazione della rete d'accesso[101].

In sintesi, con l'accesso disaggregato, il proprietario della rete mette a disposizione dei suoi concorrenti quanto necessario per la prestazione di servizi analoghi a quelli offerti dal titolare della rete. L'obiettivo è ottenere i vantaggi di una competizione infrastrutturale, nonostante la rete d'accesso non sia duplicabile[102]. L'*unbundling* viene, talvolta, considerato un'accettabile *second best* rispetto ad una concorrenza infrastrutturale pura[103].

---

definito "totale" (c.d. *full unbundling*) (art. 1, comma 1, lett. j) delibera n. 731/09/CONS. Ai sensi dell'art. 18 della delibera n. 731/09/CONS, "[i]l servizio di accesso completamente disaggregato (*full unbundling*) consiste nella fornitura dell'accesso alla rete locale di Telecom Italia che autorizzi l'uso di tutto lo spettro delle frequenze disponibile sulla coppia elicoidale metallica".

[99] Ricordano D. Spulber – C. Yoo, *Networks in Telecommunications*, *cit.*, 2009, 33, che "[t]he wholesale provision of network services simply removes some of the retail activities of the network operators and replaces those activities with wholesale activities. These activities are more a matter of transaction costs, including the costs of back office activities, marketing, and sales". L'operatore acquirente potrebbe, poi, fornire ai clienti finali "a) servizi di accesso in postazione fissa alla rete telefonica pubblica per effettuare e/o ricevere chiamate telefoniche e servizi correlati; b) servizi di instradamento a destinazione del traffico originato dal cliente finale e diretto a numeri di qualsiasi decade da 0 a 9 – con la sola esclusione delle chiamate dirette ai codici per servizi di emergenza" (C. Calabrò – R. Viola – L. Aria, *L'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, in G. P. Cirillo – R. Chieppa (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova 2010, 508). Sottolineano, invece, l'importanza di mantenere una regolazione incentrata sulla fissazione di vincoli sui prezzi C. Cambini – T. Valletti, *Concorrenza senza regole? Non ancora, grazie!*, in *MCR* 2/2003, 385 ss..

[100] L'accesso può avvenire anche alla sottorete locale. In caso di indisponibilità del doppino in rame e in caso di indisponibilità della co-locazione presso lo stadio di linea, può essere fornito il "canale numerico", che consiste nella fornitura all'operatore alternativo di un flusso numerico tra la sede del cliente e la centrale del titolare della rete di competenza ove è fruibile il servizio di co-locazione, ovvero sino al sito dell'operatore alternativo posto nelle immediate vicinanze al sito della centrale dell'operatore notificato (lett. r). Con riferimento alla portata degli obblighi imposti a Telecom Italia, si v. l'art. 21 della delibera n. 731/09/CONS.

[101] In aggiunta, ove il punto di *unbundling* sia diverso dal punto di interconnessione (p.e., stadio di gruppo urbano e stadio di linea), può essere prestato il servizio aggiuntivo a pagamento del prolungamento dell'accesso. Gli *Olo*, infatti, possono coprire anche la tratta tra il punto di interconnessione e il punto di *unbundling*, sviluppando proprie reti per il trasporto e la commutazione del segnale, di cui, però, è spesso discutibile la desiderabilità sociale. Si pensi alle inefficienze in termini di investimenti – capitali investiti per replicare un'infrastruttura già esistente e sufficientemente capienti – ed ai disagi arrecati dagli scavi. Per tale motivo, gli operatori alternativi possono avvalersi del prolungamento dell'accesso fornito dall'incumbent (C. Leporelli – P. Reverberi, *Praticabilità dell'unbundling*, *cit.*, 141). Il prolungamento dell'accesso è imposto in forza dell'art. 3, comma 3, delibera n. 731/09/CONS.

[102] C. Leporelli – P. Reverberi, *Praticabilità dell'unbundling*, *cit.*, 134.

[103] G. Crea – A. Giannaccari, *Il binomio banda larga e industria dei contenuti tra innovazione, diritto antitrust e regolazione*, in *MCR* 1/2005, 84. Diversamente dall'*unbundling*, il servizio *Wholesale Line Rental* ("Wlr") consiste nella vendita del canone di accesso all'ingrosso, finalizzata ad un'ulteriore rivendita della capacità resa disponibile (art. 1, comma 1, lett. ff) delibera n. 731/09/CONS). Il

L'accesso disaggregato, tuttavia, comporta oneri supplementari per il titolare della rete. Da un lato, infatti, quest'ultimo deve prestare anche i servizi necessari per dare accesso alle centrali, come la colocazione[104]. Tale aspetto, in passato, ha generato alcuni contrasti, nella misura in cui, in alcuni casi, le centrali dell'*incumbent* avevano spazio sufficiente per due soli operatori[105]. Dall'altro lato, l'*unbundling* richiede l'installazione di *splitter* per sdoppiare la rete in prossimità dell'utente, aumentando sensibilmente i costi di manutenzione: i costi di manutenzione di infrastrutture totalmente passive senza *splitter* sarebbero inferiori dell'80%[106].

Come per il *bitstream*, anche per l'*unbundling* gli obblighi sono asimmetrici e gravano su Telecom Italia. L'imposizione dell'*unbundling* su fibra ha avuto una storia travagliata, fatta di diversi ripensamenti e marce indietro da parte del regolatore. L'*unbundling* della fibra, infatti, era stato imposto nel 2000[107], ma nel 2009 l'Agcom lo aveva considerato "non proporzionato", in ragione della difficoltà di applicare misure regolamentari a una rete non ancora realizzata e per non interferire con le scelte tecnologiche[108]. Secondo parte della scienza economica, tale approccio

---

proprietario della rete cessa, così, alcune attività al dettaglio per fornirle, invece, all'ingrosso. L'art. 5 della delibera n. 731/09/CONS impone a Telecom Italia l'obbligo di concedere ai suoi concorrenti l'accesso secondo tale formula. La capacità della rete non viene, dunque, divisa fra operatori, ma si verifica solamente un cambio di fornitore sul mercato al dettaglio. La formula in esame mira a favorire l'ingresso di Olo sul mercato dell'accesso al dettaglio, senza che essi debbano sostenere i rischi derivanti dagli investimenti necessari per l'*unbundling* (E. Gallo – E. Pontarollo, *Modelli alternativi di concorrenza nelle telecomunicazioni*, *cit.*, 534-535, secondo cui si tratterebbe di un passaggio propedeutico all'*unbundling della rete locale*). L'accesso pone problematiche affini a quelle evidenziate nel teorema di Coase, secondo cui l'eliminazione dei costi di transazione consente alla contrattazione di individuare soluzioni pareto-efficienti (R. Coase, *The Problem of Social Cost*, Chicago 1960). Applicando tale teorema alle reti, dovrebbe essere dato accesso alle reti quando i costi organizzativi e logistici eccedono i costi delle transazioni di mercato, che, nel caso delle reti di comunicazione elettronica, vengono riferiti all'affidamento della connessione a soggetti esterni alla rete (D. Spulber – C. Yoo, *Networks in Telecommunications*, *cit.*, 37; D. Durante – G. Moglia – A. Nicita, *La nozione di Essential Facility*, *cit.*, 2575).

[104] Art. 1, comma 1, lett. o), delibera n. 731/09/CONS. Tale servizio consiste nella disponibilità di spazi presso le centrali del titolare, che siano equipaggiate per l'attestazione di collegamenti fisici e per l'installazione di telai idonei ad alloggiare apparati e cavi. L'art. 24 della delibera n. 731/09/CONS prevede un'articolata disciplina per i servizi di co-locazione. In tal senso, Telecom Italia è tenuta a prevedere non soltanto soluzioni di co-locazione fisica, ma anche soluzioni di co-locazione virtuale, da applicare per consentire l'accesso disaggregato nei casi in cui non siano ancora disponibili soluzioni di co-locazione fisica.

[105] E. Gallo – E. Pontarollo, *Modelli alternativi di concorrenza nelle telecomunicazion*, *cit.*, 544.

[106] Oecd – Working Party on Communication Infrastructures and Services Policy, *Public rights of way for fibre deployment to the home*, 4 aprile 2008, DSTI/ICCP/CISP(2007)5/FINAL, 36. Tale conclusione, tuttavia, è tutt'altro che pacifica: secondo One net, *Open Access and Local Loop Unbundling on GPON Networks*, febbraio 2009, 10, in molti casi i sistemi PON sarebbero maggiormente indicati per l'accesso disaggregato. L'accesso disaggregato, peraltro, può comportare anche costi opportunità elevati per l'operatore Smp, nella misura in cui quest'ultimo viene privato della capacità trasmissiva ceduta al suo concorrente (D. Spulber – C. Yoo, *Networks in Telecommunications*, *cit.*, 35).

[107] Si v. l'allegato B alla delibera Agcom 16 marzo 2000, n. 2/00/CIR, recante *Linee guida per l'implementazione dei servizi di accesso disaggregato a livello di rete locale e disposizioni per la promozione della diffusione dei servizi innovativi*, punto 4.1.2.

[108] Veniva, tuttavia, accordato l'accesso alla fibra spenta (si v. la delibera n. 731/09/CONS, punti 31 e

sarebbe stato influenzato anche dalla volontà di andare incontro alle difficoltà economiche di Telecom Italia[109].

La recente raccomandazione della Commissione, tuttavia, contemplando espressamente l'accesso disaggregato alla rete in fibra, ha imposto impone un ritorno alla disciplina anteriore al 2009. L'*unbundling* della fibra, però, dovrebbe essere imposto solamente nelle zone in cui non sussiste una competizione infrastrutturale[110]: le zone caratterizzate da numerose infrastrutture alternative e altre offerte di accesso competitive, che consentano una concorrenza effettiva sul mercato a valle, potrebbero essere escluse dall'applicazione di tali oneri[111]. L'accesso alla fibra viene, così, previsto per le reti costruite con architettura Ftth, mentre per quelle realizzate con architettura Fttn dovrebbe comunque essere assicurato l'accesso disaggregato anche alla sottorete in rame[112].

Con la delibera 1/11/CONS, l'Agcom, recependo le indicazioni della Commissione, era tornata sui suoi passi, introducendo l'*unbundling* della fibra, che era stato imposto all'operatore Smp solamente a partire dal 2013 e limitatamente ai casi in cui manchi una competizione infrastrutturale[113].

Il testo definitivo del Regolamento Ngan, tuttavia, ha adottato una formula particolare, che però non ha riscontrato il pieno favore della Commissione. L'art. 4, infatti, dispone che Telecom Italia debba dare accesso ai cavidotti e alla fibra

---

34, nonché art. 20). L'esenzione dall'*unbundling*, tuttavia, era meramente temporale, in attesa di valutare le evoluzioni dello sviluppo delle nuove reti: "tenuto conto dell'effettivo sviluppo di reti di accesso in fibra ottica sul territorio nazionale, sarà possibile considerare una articolazione e gradazione delle possibili misure regolamentari – dall'obbligo di *bitstream* su fibra fino all'*unbundling* della stessa – a seconda che le aree considerate siano interessate o meno dalla realizzazione di reti in fibra ottica da parte dell'operatore notificato" (*Ritenuto* p. 69).

[109] M. Bourreau – C. Cambini – S. Hoernig, *National Ftth Plan in France, Italy and Portugal*, in *Communications and Strategies* 2/2010, 115-116. In argomento, si v. altresì C. Leporelli – P. Reverberi, *Praticabilità dell'unbundling*, *cit.*, 129 ss..

[110] Secondo le qualificazioni della Commissione in materia di aiuti di Stato, si tratta delle zone grigie e di quelle bianche.

[111] *Raccomandazione della Commissione*, punto 22. La Commissione suggerisce condizioni particolari di analisi dei mercati per particolari zone: qualora siano presenti condizioni concorrenziali diverse, che giustifichino la definizione di un mercato geografico separato, le Autorità sono chiamate a verificare anche se, allo stato della concorrenza infrastrutturale, vi sia un operatore Smp, se vi sia concorrenza sul mercato a valle e se operatori terzi possano avere accesso all'infrastruttura (*Raccomandazione della Commissione*, punto 28).

[112] *Raccomandazione della Commissione*, punto 29. Dovrebbero, inoltre, essere consultatigli Olo potenzialmente interessati a condividere gli armadi di distribuzione, e le Autorità dovrebbero decidere conseguentemente l'adeguamento degli armadi la ripartizione dei costi.

[113] Allegato B alla delibera 1/11/CONS, punto 195. Tale soluzione era sembrata un punto di compromesso fra i vari interessi coinvolti. Si rileva che l'obiettivo della concorrenza infrastrutturale è entrato a far parte della Direttiva Accesso a seguito delle modifiche apportate dalla Direttiva Legiferare meglio. Il nuovo art. 12, comma 2, lett. d), dispone, infatti, che, nel valutare l'opportunità d'imporre impegni, le autorità tengano conto della "necessità di tutelare la concorrenza a lungo termine, *con particolare attenzione ad una concorrenza infrastrutturale economicamente efficace*".

spenta[114], nella rete primaria e secondaria, nonché nelle tratte di adduzione e di accesso alla centrale[115]. Telecom deve, altresì, dare accesso segmento di terminazione. L'accesso disaggregato a livello di centrale, tuttavia, è obbligatorio solamente "ove tecnicamente possibile e tenuto contro dell'effettivo sviluppo di mercato ed infrastrutturale". In caso contrario, l'*unbundling* viene sostituito dalla prestazione del servizio *end to end*.

Quest'ultimo costituisce un "prodotto *wholesale* autonomo"[116], e risponde alle esigenze delle scelte architetturali effettuate in passato da Telecom Italia[117]. L'adozione di soluzioni punto-multipunto da parte dell'*incumbent*, infatti, renderebbe l'*unbundling* eccessivamente oneroso[118].

L'Agcom ha, così, proposto una soluzione alternativa, in cui gli Olo acquistano da Telecom Italia l'accesso a varie parti della rete, dalla centrale fino al domicilio dell'utente finale. Per soddisfare le richieste, l'*incumbent* è ora tenuto a predisporre una permuta nella centrale, una giuntura tra la fibra di accesso primaria e secondaria e, infine, una nuova permuta nella tratta di adduzione. Si tratta, dunque, di un servizio di accesso virtuale. L'*unbundling* verrebbe, così, imposto in ogni caso laddove sia presente una rete punto-punto.

Già in sede di consultazione pubblica, l'Agcom, invece di imporre senz'altro l'accesso disaggregato, si è limitata ad imporre l'accesso *end-to-end*. Tale soluzione era stata contestata dalla Commissione, che, con lettera del 27 giugno 2011[119], ha ricordato la sua preferenza per l'imposizione dell'accesso disaggregato alla rete in fibra "a prescindere dall'architettura della rete e dalla tecnologia impiegata" dall'operatore dominante, poiché tanto l'analisi di mercato, quanto la scelta dei rimedi dovrebbero

---

[114] Quest'ultimo consiste nella fornitura e manutenzione di tratte continue di fibra ottica senza apparati trasmissivi posate nella rete di accesso e nella rete metropolitana di *backauling*. Tale servizio comprende l'accesso alle infrastrutture civili correlate per l'accesso alla fibra spenta e le eventuali attività di giunzione delle singole tratte necessarie (art. 1, comma 1, lett. q) delibera n. 731/09/CONS). A differenza di versioni precedenti, il testo della Raccomandazione pubblicato non comprende la fibra spenta. Gli Olo, nonostante le richieste in sede di consultazione pubblica, hanno ottenuto solamente la possibilità di avere l'accesso disaggregato a livello di nodo metropolitano (Raccomandazione della Commissione, punto 22 e, prima ancora, M. Libertini, *Le reti di nuova generazione*, *cit.*, 1225, nota 12).
[115] Per rinvio all'art. 3, comma 6, della bozza di Regolamento Ngan.
[116] Allegato B alla delibera 301/11/CONS, punto D1.14.
[117] Tali scelte sono state in parte compiute anche dopo l'istituzione dell'Agcom (l. 249/1997).
[118] In sede di consultazione, l'Agcom aveva speigato che "il servizio *end to end* rappresenta [...] l'unica soluzione, coerente con le scelte tecnologiche ed architetturali adottate dall'*incumbent* per la propria rete in fibra, che permette e favorisce la coesistenza di reti in fibra realizzate mediante architetture diverse, punto-multipunto oppure punto-punto, adottate dai singoli operatori sulla base dei propri piani di investimento" (Allegato B alla delibera 301/11/CONS, punto D3.15).
[119] Commissione europea, *decisione della Commissione sui casi IT/2011/1230 e IT/2011/1231: Rimedi sul mercato dell'accesso (fisico) alle infrastrutture in postazione fissa e sul mercato dell'accesso alla banda larga all'ingrosso in Italia – Osservazioni ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 3, della direttiva 2002/21/CE*, COM(2011) C 4763.

essere “prospettici”, e né l’accesso all’infrastruttura passiva, né il Vula su fibra potrebbero consentire un’effettiva concorrenza[120].

Per tale motivo, l’Agcom è stata invitata a valutare nuovamente la necessità di imporre la disaggregazione fisica delle linee in fibra, laddove quest’ultima sia tecnicamente fattibile[121]. Le pressioni europee hanno, così, portato l'Agcom a mitigare l'esenzione dall'*unbundling*. Come ricordato, la preferenza deve essere accordata all'*unbundling*, “ove tecnicamente possibile e tenuto contro dell'effettivo sviluppo di mercato ed infrastrutturale”.

2.5. Misure per il contenimento dei prezzi

Oltre a regolare l'accesso alla rete ed ai servizi all'ingrosso, il Regolamento Ngan prevede, altresì, obblighi di contenimento delle tariffe ai sensi dell’art. 50 del Codice delle comunicazioni elettroniche. Il controllo dei prezzi e delle condizioni di accesso hanno grande rilevanza per l’obbligo di concedere l’accesso. Tariffe d'accesso elevate, infatti, potrebbero incentivare la realizzazione di reti autonome; viceversa, condizioni di accesso poco redditizie per il venditore potrebbero avere l’effetto opposto[122].

Uno studio empirico condotto all’inizio degli Anni duemila ha confrontato l’andamento di costi ed investimenti nell’Unione europea e negli Stati Uniti. È stato osservato che, nell'Europea degli Anni Novanta, si è verificata una diminuzione tariffaria molto più accentuata che in America, probabilmente grazie alle strategie regolamentari. Al contempo, tuttavia, gli investimenti, sono risultati più contenuti[123], fino a crollare proprio quando l’espansione della domanda avrebbe, invece, richiesto il potenziamento delle reti. È stato sostenuto che tale evento sarebbe imputabile agli

---

[120] In particolare, la Commissione ha già manifestato la sua preferenza per un accesso c.d. Wdm. Tale tipologia, tuttavia, non risulta essere stata adottata negli Stati membri. Persino in Giappone, peraltro, dove sono nate e vengono sviluppate la soluzioni Wdm più avanzate, l’*incumbent* ha rifiutato di applicarle alla rete in fibra ottica, muovendo dal presupposto che la rete era già strutturata come Gpon.
[121] Commissione europea, d*ecisione sui casi IT/2011/1230 e IT/2011/1231*, *cit.*, 6-7.
[122] E. Gallo – E. Pontarollo, *Modelli alternativi di concorrenza nelle telecomunicazioni*, *cit.*, 524.
[123] C. Cambini, *Regole e incentivi nelle telecomunicazioni: il meccanismo di controllo tariffario e il suo impatto sul mercato*, in C. Cambini – T. Valletti (a cura di), *I mercati della comunicazione nell’era digitale*, Bologna 2002, 158. L’A. evidenzia, altresì, come il carattere continuativo del crollo degli investimenti impedisca di imputarlo al sovrainvestimento in capitali a cui si è assistito presso gli *incumbent* negli anni precedenti.

effetti negativi della politica di regolamentazione europea, fondata sul principio dell'*Open network provision*, con tariffazione eccessivamente orientata ai costi[124].

Per quanto riguarda la tariffazione, con riferimento al mercato n. 4, il Regolamento Ngan prevede che i prezzi dei servizi di accesso alle infrastrutture di posa ed alla fibra spenta, nonché quelli dei servizi di accesso al segmento di terminazione siano orientati al costo e fissati in base alla metodologia dei costi incrementali di lungo periodo di tipo *bottom up* (artt. 9, comma 2, del Regolamento Ngan)[125]. Telecom Italia può imporre una somma aggiuntiva, a titolo di premio per il rischio, solamente qualora abbia costruito la rete interamente da sola, senza fare ricorso a forme di coinvestimento[126].

Con riferimento all'*unbundling* ed ad servizio *end to end*, come raccomandato dalla Commissione[127], il prezzo del servizio viene orientato al costo. La tariffa dovuta al

---

[124] C. Cambini, *Regole e incentivi nelle telecomunicazioni*, *cit.*, 159. Sarebbe, pertanto, necessario valutare l'impatto sugli investimenti del sistema di tariffazione adottato per stabilire il prezzo dell'interconnessione: il *price cap*, applicato negli Stati Uniti, tenderebbe ad incentivare gli investimenti (C. Ai – D. Sappington, *The impact of State Incentive Regulation on the U.S. Telecommunications Industry*, University of Florida 2001, in *Journal of Regulatory Economics* 22.2/2002, 107), nonché l'innovazione nel mercato, tramite l'introduzione di nuovi servizi (J.E. Prieger, *Telecommunications Regulation and New Services: a Case Study at the State Level*, in *Journal of Regulatory Economics* 20, 3/2001, 285 ss.). Orientati in tal senso sarebbero anche M. Cave – S. Majumbar – H. Rood – T. Valletti – I. Vogelsang, *The Relationship between Access Pricing Regulation and Infrastructure Competition – Report to OPTA and DG Telecommunications and Post by Brunel University*, 2001, i quali rilevano che tariffe di interconnessione elevate incentivano gli investimenti.

[125] Ove opportuno, inoltre, il prezzo dovrebbe essere calcolato secondo il c.d. *retail minus*, tenendo conto, però, anche del rischio sostenuto dall'operatore Smp (*Raccomandazione della Commissione*, considerato 37). Si rileva che, nel valutare gli aiuti di Stato offerti dalla Provincia di Lucca, con riferimento invece alle condizioni economiche per l'accesso alle infrastrutture, configurato dalla Provincia come rivendita del servizio di connettività offerto a prezzi stabiliti sulla base del principio del *retail minus* (valore del *minus* pari al 10%), l'Autorità ha osservato che il *retail minus* può essere un riferimento adeguato fino a quando non sarà eventualmente adottato anche per i servizi Nga il principio dell'orientamento al costo. L'Autorità ha peraltro invitato la Provincia di Lucca a considerare un livello di minus più elevato di quello prospettato, in modo da garantire un'effettiva concorrenza sul mercato della fornitura dei servizi basati su reti Nga (procedimento innanzi alla Commissione europea N626/2009). Si v. il comunicato stampa della Provincia di Lucca del 18 novembre 2010, *La banda larga in fibra ottica raggiungerà oltre 1000 aziende dei distretti cartario e lapideo*, disponibile su http://www.provincia.lucca.it/provinciainforma_show.php?id=9659.

[126] Fra i fattori per stimare il rischio, la Commissione ha menzionato anche (i) l'incertezza relativa alla domanda al dettaglio e all'ingrosso; (ii) l'incertezza relativa ai costi di installazione, delle opere di ingegneria civile e di esecuzione gestionale; (iii) l'incertezza relativa ai progressi tecnologici; (iv) l'incertezza relativa alle dinamiche del mercato e all'evoluzione della situazione concorrenziale; (v) l'incertezza macroeconomica. Questi fattori possono variare nel tempo, in particolare a seguito dell'aumento progressivo della domanda soddisfatta al dettaglio e all'ingrosso. Il rischio dovrebbe essere riesaminato e il premio adeguato periodicamente (*Raccomandazione della Commissione*, Allegato I, punto 6).

[127] In caso di richiesta di offerta di accesso alle infrastrutture di ingegneria civile, l'offerta dovrebbe venire pubblicata tempestivamente, e venire predisposta entro sei mesi dalla richiesta (*Raccomandazione della Commissione*, punto 15). Attualmente, viene considerato maggiormente appropriato il criterio dei costi incrementali. Tali costi "si riferiscono alla richiesta e alla fornitura dell'accesso alle infrastrutture di ingegneria civile o alla fibra, alle spese di funzionamento e di manutenzione dei sistemi IT e alle spese di funzionamento associate alla gestione del prodotto all'ingrosso" (*Allegato I alla Raccomandazione della Commissione*, punto 1). Osservano C. Leporelli –

titolare della rete è composta di un "contributo di realizzazione" e di un canone mensile (art. 23, comma 3). Tale strutturazione dovrebbe consentire agli operatori di pianificare adeguatamente gli investimenti, evitando loro di impegnarsi per un periodo eccessivamente lungo (a differenza di quanto è necessario per avere accesso ai servizi di accesso alla fibra spenta – solitamente, contratti decennali – o ai cavidotti – solitamente, contratti di quindici anni).

Anche i prezzi del servizio del *bitstream* (mercato n. 5), i prezzi dei servizi devono essere fissati nel rispetto del principio di non discriminazione laddove vi siano condizioni di competizione sostenibili. Negli altri casi, deve essere applicata la metodologia dei costi incrementali di tipo *bottom* up, ma con riconoscimento di un premio di rischio individuato dall'Agcom (art. 9, comma 3, del Regolamento Ngan).

In secondo luogo, per prevenire la compressione del margine tra l'applicazione, da parte dell'operatore dominante, di tariffe troppo elevate all'ingrosso e/o troppo aggressive sul mercato a valle, con conseguente compressione dei margini di profitto realizzabili dagli operatori alternativi, sono stati introdotti alcuni principi per prevenire il c.d. *margin squeeze*[128]. La stessa Commissione aveva, infatti, raccomandato alle autorità nazionali di stabilire in anticipo tanto il test applicato per valutare il comportamento dell'operatore Smp, quanto le misure correttive applicabili.

Se viene solitamente applicato il test dell'operatore *altrettanto* efficiente[129], nei mercati regolati con fissazione dei prezzi *ex ante* viene ritenuto maggiormente appropriato il test del concorrente *ragionevolmente* efficiente[130].

P. Reverberi, *Praticabilità dell'unbundling*, *cit.*, 138, che il canone di *unbundling* dovrebbe essere calcolato in base alla ripartizione dei costi della rete sulla totalità delle linee esistenti, includendovi tanto quelle attive quanto quelle non attive. In relazione a queste ultime, una frazione di tali costi è irrecuperabile in quanto riferita ad un eccesso di capacità disponibile e una frazione deve essere imputata unicamente all'*incumbent*, in quanto unico beneficiario di una parte della capacità di riserva disponibile. Dovrebbe, altresì essere effettuata una perequazione geografica, escludendo dal costo del *local loop* le zone soggette a meccanismo di sostegno al servizio universale. Dovrebbero, infine essere escluse dal calcolo dei costi le linee sottoutilizzate. In passato, si sono posti problemi anche con riferimento all'individuazione dei costi da imputare, poiché Telecom Italia ha adottato strategie volte a trasformare costi storici in costi correnti. Alcune centrali, infatti, sono state vendute a società immobiliari, che le hanno poi affittate all'*incumbent*. I costi sostenuti dagli altri operatori hanno, così, inglobato anche parte delle spese per l'affitto delle centrali, comprendendo rendite immobiliari che non sarebbero emerse se le centrali fossero rimaste di proprietà dell'*incumbent* (C. Leporelli – P. Reverberi, *Praticabilità dell'unbundling*, *cit.*, 137).

[128] Tale fattispecie si verifica quando la combinazione dei prezzi praticati all'ingrosso e di quelli praticati sul mercato a valle preclude agli altri operatori la possibilità di entrare sul mercato, a causa dell'impossibilità di conseguire un profitto adeguato (I. Van Bael – J.-F. Bellis, *Il Diritto Comunitario della Concorrenza*, Torino 2009, 632 ss.).

[129] Così nel caso Tpg, sentenza 10 aprile 2008, Causa T-271/03, *Deutsche Telekom AG c. Commissione*, Racc. II-477, nonché, precedentemente, l'Agcm, provvedimento 16 novembre 2004, n. 13752, caso A351, *Comportamenti abusivi di Telecom Italia*.

Il primo test richiede di verificare se il comportamento dell'operatore dominante sul mercato a valle, combinato con il prezzo praticato all'ingrosso praticato ai suoi concorrenti sul mercato a monte, possa essere redditizio; il secondo valuta il margine tra il prezzo praticato a monte e quello praticato a valle e vi è abuso qualora tale margine sia insufficiente per consentire a un operatore ragionevolmente efficiente di ottenere un profitto normale sul mercato a valle[131].

Rimangono, tuttavia, da definire i criteri e i parametri per riconoscere un Olo "ragionevolmente efficiente"[132]. Al riguardo, l'art. 32 della bozza di Regolamento Ngan dispone che tutte le offerte al dettaglio di Telecom Italia di servizi di accesso a banda larga su fibra siano replicabili da parte di un "operatore efficiente". In difetto di evidenze applicative, però, non è ancora possibile stabilire se tale criterio sia o meno conforme a quanto richiesto dalla Commissione.

3. La regolazione specifica per la creazione delle reti Ngn

3.1. Perché adottare misure regolatorie simmetriche

Con l'imposizione della separazione contabile, degli obblighi di non discriminazione e trasparenza, nonché della fornitura di servizi di accesso, vengono estesi alla fibra alcuni dei rimedi previsti per l'accesso all'ingrosso alla banda larga su rame. La loro imposizione è asimmetrica e muove dal presupposto che l'accesso all'ingrosso su fibra sia sullo stesso mercato di quello su rame e che Telecom Italia sia dominante su tale mercato.

---

[130] *Raccomandazione della Commissione*, punto 27 e considerando 26.

[131] I. Van Bael – J.-F. Bellis, *Il Diritto Comunitario della Concorrenza*, *cit.*, 633. Nel settore delle comunicazioni elettroniche, il *margin squeeze* può essere valutato applicando il test del recupero dei costi e il test di sostenibilità. Il primo test si considera non superato ove l'*incumbent* applichi prezzi predatori sul mercato a valle ovvero, pur in presenza un prezzo finale appropriato, applichi un prezzo all'ingrosso eccessivamente elevato. Il test di sostenibilità richiede, invece, che il margine tra il prezzo all'ingrosso e quello a valle consenta ad un operatore *ragionevolmente* efficiente di ricavare un profitto normale (C. Leporelli – P. Reverberi, *Praticabilità dell'unbundling*, *cit.*, 142-143). Le eventuali limitazioni legali ai prezzi potrebbero, peraltro, venire eluse mediante pratiche di bundling, vincolando la prestazione di un servizio regolato a quella di un servizio non regolato, caratterizzato da una tariffa eccessiva (D. Spulber – C. Yoo, *Networks in Telecommunications*, *cit.*, 130).

[132] *Programma Isbul*, *W.P. 3.3 – Governance di sistema – Rapporto Finale*, Roma 2010, 170. Nella prassi, tuttavia, può essere molto difficile distinguere una pratica di *margin squeeze* da una pratica legittima (H. Ergas – E. Kodjo Ralph – E. Lanigan, *Price Squeezes and Imputation Tests on Next Generation Access Networks*, in *Communications and Strategies* 2/2010, 71).

Secondo parte della scienza economica nel caso di evoluzioni tecnologiche la regolazione avrebbe il compito principale di facilitare il passaggio dei consumatori dalla vecchia alla nuova tecnologia, migliorando la trasparenza e riducendo i costi di transazione[133]. A ben vedere, tuttavia, anche altri fenomeni possono richiedere l'introduzione di una specifica disciplina. In particolare, si rivelano necessarie misure per facilitarne la costruzione e massimizzare l'efficienza dei lavori eseguiti, favorendo la condivisione ed il coinvestimento. Come sarà meglio precisato di seguito, tuttavia, anche in tale caso le misure prospettate gravano prevalentemente sull'operatore Smp, nonostante sembri utile una loro estensione a tutti gli operatori.

3.2. La condivisione delle infrastrutture

L'obbligo di dare accesso alle infrastrutture di genio civile mira consentire ai nuovi entranti di costruire proprie reti avvalendosi di beni altrui, quali condotti, tubature, piloni[134], conseguendo significativi risparmi di spesa e contenendo i disagi derivanti dai lavori per la collettività. Oltre i due terzi dei costi per la costruzione delle nuove reti, infatti, sono relativi alle infrastrutture passive per portare i cavi[135]. Poiché la trasmissione di segnali su fibra ottica non dà luogo a interferenze, una stessa tubatura potrebbe ospitare i cavi di più operatori.

Secondo la Commissione la condivisione delle infrastrutture sarebbe persino preferibile rispetto a soluzioni basate sull'imposizione dell'accesso all'ingrosso[136], in quanto meno intrusiva. A tal fine, vengono suggeriti un miglior coordinamento tra

---

[133] J. Kraft – E. Salies, *Why and how should new industries with high consumer switching costs be regulated?: The case of broadband Internet in France*, in C. Ménard – M. Ghertman (a cura di), *Regulation, Deregulation, Reregulation – Institutional Perspectives*, Northampton 2009, 344 – 345. Il Regolamento Ngan prevede che Telecom Italia informi gli Olo che acquistano i suoi servizi di accesso all'ingrosso su rame dell'intenzione di dismettere o riconvertire i punti di accesso presso le centrali locali aperte ai servizi di unbundling su rame con almeno cinque anni di anticipo (art. 13). Il preavviso può essere ridotto a tre anni qualora l'incumbent garantisca agli Olo titolari di diritti di colocazione, per i due anni successivi alla dismissione o riconversione della centrale locale, la fornitura di un servizio di accesso all'ingrosso su rete in fibra a condizioni tecniche pienamente equivalenti all'unbundling su rame. Al termine del biennio, Telecom Italia, su richiesta dell'operatore, converte tale servizio in un nuovo servizio all'ingrosso su fibra, fornito in baste ad un'offerta soggetta all'approvazione dell'Agcom.
In aggiunta, Telecom Italia deve avvertire gli Olo che acquistano i suoi servizi all'ingrosso, con almeno un triennio di anticipo, della dismissione o riconversione delle centrali non aperte ai servizi di unbundling su rame, ma solo dopo la commercializzazione dei propri servizi di accesso all'ingrosso su rete in fibra.

[134] Le misure per il transito su terreni e strade sono state osservate nel cap. II. Il presente paragrafo è incentrato sulla condivisione delle infrastrutture di rete.

[135] Fonte: FTTH Council, *Regulatory barriers to fibre deployment*, 2008, dati disponibili su http://www.ftthcouncil.org/.

[136] Tale interpretazione è riconducibile a M. Libertini, *Le reti di nuova generazione*, *cit.*, 1227.

autorità nazionali e locali, la pianificazione e l'accesso obbligatorio ad alcune infrastrutture, nonché la concessione di servitù di passaggio e una generale semplificazione delle normative in materia di opere pubbliche[137].

Le misure per la costruzione possono riguardare l'accesso a infrastrutture fisiche di rete già costruite (condivisione)[138] ovvero l'incentivazione della costruzione in comune delle nuove infrastrutture necessarie ad ospitare le reti (coinvestimento).

3.2.1. La condivisione delle infrastrutture dell'operatore Smp

Prima ancora della rete, possono essere regolate le componenti esistenti che siano utili per la costruirla. Alla luce della Raccomandazione della Commissione, le canalizzazioni e gli spazi fisici destinati ad ospitare i cavi di ingegneria civile sarebbero la vera *essential facility*[139], e anche alcune infrastrutture per il rame potrebbero essere utilizzate anche per costruire le Ngn[140].

La condivisione viene disciplinata dal'art. 12 della Direttiva Accesso, che abilita le autorità nazionali ad imporre la coubicazione o la condivisione degli impianti, condotti, edifici o piloni agli operatori Smp[141]. In argomento, parte della scienza

---

[137] Commissione europea, *La banda larga in Europa*, *cit.*, 7 ss.. Bruxelles suggerisce anche alcune misure, come subordinare il rilascio di licenze urbanistiche all'installazione di nuove infrastrutture passive e di cablaggio degli edifici: in tale ottica, le autorità nazionali potrebbero prevedere che gli operatori forniscano informazioni sulle infrastrutture locali di accesso. La stessa Direttiva Quadro, peraltro, fornisce i presidi normativi per ottenere informazioni "sull'ubicazione, la capacità e la disponibilità di condotti e di altre strutture dell'anello locale, per dare agli operatori alternativi la possibilità di sviluppare le proprie reti in fibra contemporaneamente agli operatori tradizionali, condividendo i costi delle opere di ingegneria civile" (*ibid.*).

[138] Il termine condivisione può generare alcune incertezze di carattere terminologico. L'art. 8 del Regolamento scavi e condivisione, infatti, parla di "condivisione di infrastrutture o proprietà (*compresa la coubicazione*)" (corsivo aggiunto). La coubicazione parrebbe costituire, tecnicamente, una *species* del *genus* della condivisione, in quanto riguarda la posa di fibra all'interno dei cavidotti degli altri operatori, mentre la condivisione riguarderebbe piuttosto la compartecipazione agli investimenti. L'Agcom, tuttavia, ha dichiarato espressamente di utilizzare i termini come sinonimi (Regolamento scavi e condivisione, punto 49). Anche coubicazione e colocazione, peraltro, vengono talvolta utilizzati come sinonimi, in quanto il termine *coubicazione* sarebbe la traduzione italiana del termine *co-location*, presente nella versione inglese della Direttiva Accesso e del regolamento 2887/2000/Ce (*Programma Isbul*, *W.P. 3.4 – Obblighi di co-locazione / accordi di condivisione installazioni*, Roma 2010, 22-23).

[139] M. Libertini, *Le reti di nuova generazione*, *cit.*, 1227, nota 17.

[140] Si evidenzia come i cavi in fibra abbiano un diametro sensibilmente inferiore rispetto a quelli in rame (M. Lebourges, *Competition* via *Investment, an Efficient Model for FTTH Rollout*, in *Communications and Strategies* 2/2010, 49).

[141] Con riferimento all'accesso all'ingrosso alla rete, l'art. 12, comma 2, della Direttiva Accesso dispone che, nel valutare l'opportunità d'imporre l'accesso alla rete di comunicazioni elettroniche, le autorità nazionali devono considerare anche gli "investimenti iniziali del proprietario della risorsa, tenendo conto dei rischi connessi a tali investimenti". D'altro canto, la stessa Commissione, nelle sue linee guida, ha chiarito che "considererà altresì l'eventuale asserzione dell'impresa dominante secondo cui l'innovazione dell'impresa verrebbe pregiudicata dall'obbligo di fornitura o dai mutamenti strutturali delle condizioni di mercato determinati dall'imposizione di un siffatto obbligo, e in particolare dallo sviluppo di innovazioni consecutive da parte dei concorrenti" (*Orientamenti sulle priorità della*

giuridica ha evidenziato come le recenti evoluzioni normative europee rafforzino sensibilmente i poteri dei regolatori nazionali[142].

La norma di recepimento – l'art. 49, comma 1, lett. f), del Codice delle comunicazioni elettroniche – consente all'Agcom di imporre all'operatore Smp di accogliere richieste ragionevoli di accesso ed autorizzare l'uso di elementi di rete e di risorse correlate, in particolare qualora "il rifiuto di concedere l'accesso o la previsione di termini e condizioni non ragionevoli di effetto equivalente ostacolerebbero lo sviluppo di una concorrenza sostenibile sul mercato al dettaglio e sarebbero contrari agli interessi dell'utente finale". Fra gli elementi accessibili, vengono ricompresi "la coubicazione o la condivisione degli impianti, inclusi condotti, edifici o piloni"[143].

L'accesso viene, quindi, subordinato al rischio di un'esclusione dal mercato al dettaglio. Tale condizione richiama la *essential facility doctrine*, che postula la necessità dell'infrastruttura e la sua non duplicabilità; il criterio del pregiudizio per

---

Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato Ce, *cit.*, punto 89). L'art. 12 della Direttiva Accesso è stato recentemente modificato: la disposizione prevede ora che agli operatori Smp possa essere imposto "di concedere a terzi un accesso a determinati elementi e/o risorse di rete, compreso l'accesso agli elementi della rete che non sono attivi e/o l'accesso disaggregato alla rete locale, anche per consentire la selezione e/o la preselezione del vettore e/o l'offerta di rivendita delle linee di abbonati". Viene, quindi, ora ricompresa nell'accesso anche la fibra c.d. spenta (*Programma Isbul*, *W.P. 3.4 – Obblighi di co-locazione / accordi di condivisione installazioni*, Roma 2010, 41).

[142] Si rileva che l'articolo 12 della Direttiva Quadro non è più rubricato "*Coubicazione e condivisione di strutture*", bensì "*Coubicazione e condivisione di elementi di rete e risorse correlate per i fornitori di reti di comunicazioni elettroniche*". Parte della scienza giuridica ha ravvisato una "discrepanza" tra la rubrica e il testo dell'articolo, nella misura in cui il riferimento alle risorse correlate sembrerebbe consentire l'imposizione di obblighi generali a ogni operatore, qualunque sia la quota di mercato detenuta, relativamente a tutte le risorse correlate come definite dall'art. 2 della Direttiva Quadro. Il testo dell'art. 12, invece, fa riferimento solamente alle *strutture o proprietà*, salvo precisarne la portata con un un elenco esemplificativo. Il perimetro dei beni oggetto di condivisione sarebbe, pertanto, incerto, ma si imporrebbe una lettura restrittiva (*Programma Isbul*, *W.P. 3.4 – Obblighi di co-locazione / accordi di condivisione installazioni*, Roma 2010, 38-39). L'art. 2, comma 1, lett e), della Direttiva Quadro, peraltro, è stato modificato, e vengono ora definite "risorse correlate" non soltanto "le risorse correlate ad una rete di comunicazione elettronica e/o ad un servizio di comunicazione elettronica che permettono e/o supportano la fornitura di servizi attraverso tale rete e/o servizio, ivi compresi i sistemi di accesso condizionato e le guide elettroniche ai programmi", ma i "servizi correlati, infrastrutture fisiche e altre risorse o elementi correlati ad una rete di comunicazione elettronica e/o ad un servizio di comunicazione elettronica che permettono e/o supportano la fornitura di servizi attraverso tale rete e/o servizio, o sono potenzialmente in grado di farlo, ivi compresi tra l'altro gli edifici o gli accessi agli edifici, il cablaggio degli edifici, le antenne, le torri e le altre strutture di supporto, le guaine, i piloni, i pozzetti e gli armadi di distribuzione".

[143] Le valutazioni compiute dell'Agcom tengono conto anche della proporzionalità degli obblighi rispetto agli obiettivi definiti nell'art. 13, e tenendo conto di: "a) fattibilità tecnica ed economica dell'uso o dell'installazione di risorse concorrenti, a fronte del ritmo di evoluzione del mercato, tenuto conto della natura e del tipo di interconnessione e di accesso in questione; b) fattibilità della fornitura dell'accesso proposto, alla luce della capacità disponibile; c) investimenti iniziali del proprietario della risorsa, tenendo conto dei rischi connessi a tali investimenti; d) necessità di tutelare la concorrenza a lungo termine; e) eventuali diritti di proprietà intellettuale applicabili; f) fornitura di servizi paneuropei".

l'utente finale, inoltre, va nella direzione indicata dalla Corte di giustizia in *Magill*[144] e *Microsoft*[145] – seppur successivamente all'entrata in vigore del Codice delle comunicazioni elettroniche.

Secondo l'Agcom, da un lato, sarebbe auspicabile che Telecom Italia, nell'effettuare nuovi scavi per la posa della fibra, prevedesse spazi sufficienti a consentire anche agli altri operatori di posare i propri cavi[146]; dall'altro, l'*incumbent* dovrebbe adottare ogni misura possibile per decongestionare i cavidotti[147]. In tal senso, già l'art. 3, comma 2, della delibera n. 731/09/CONS obbligava Telecom Italia a garantire agli operatori alternativi l'accesso alle proprie infrastrutture di posa, per consentire la realizzazione di reti di accesso alternative[148].

Il Regolamento Ngan impone ora a Telecom Italia, di offrire la "condivisione delle proprie infrastrutture per la posa di portanti trasmissivi e l'installazione di apparati per ponti radio ad opera di altro operatore autorizzato, nonché il servizio di accesso alla fibra spenta, conformemente a quanto già previsto dalla delibera n. 731/09/CONS" (art. 14). L'art. 3, comma 5, del Regolamento Ngan impone anche la fornitura di servizi d'accesso ai cavidotti nella tratta di accesso alla centrale, nella tratta primaria e in quella secondaria; l'accesso alla fibra spenta in centrale e presso il punto di demarcazione tra rete primaria e rete secondaria; la giunzione della fibra spenta tra rete primaria e secondaria e presso il punto di terminazione dell'edificio; l'accesso ai cavidotti nella tratta di adduzione ed alla fibra spenta presso il punto di terminazione di edificio; l'accesso al segmento di terminazione; la co-locazione della fibra spenta ed altri servizi accessori.

La fornitura deve avvenire limitando la duplicazione inefficiente degli scavi (p.e., per realizzare le infrastrutture di manovra). Qualora, tuttavia, la duplicazione dovesse

---

[144] Cgce, sentenza 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, *RTE e ITP c. Commissione,* Racc. I-743.

[145] Tpg, sentenza 17 settembre, causa T-201/04, *Micrososoft c. Commissione*, Racc. II-601.

[146] Considerato 33. Al riguardo, nel settore energetico la Commissione europea è venuta ad individuare una nuova fattispecie di abuso di posizione dominante, vale a dire l'abuso per disinvestimento strategico. Nel caso COMP/39.315, la Commissione aveva avviato un procedimento nei confronti di Eni, per aver posto in essere una strategia di "rifiuto sistematico e implicito" di fornitura di capacità, in grado di limitare le opportunità dei suoi concorrenti. In particolare, l'abuso si sarebbe manifestato tramite "accumulando capacità, proponendola a condizioni economicamente meno attraenti e *limitando strategicamente gli investimenti nella capacità supplementare*" (Commissione europea, Decisione del 29 settembre 2010 nel caso COMP/39.315 — ENI, 2010/C 352/10) (corsivo aggiunto). Le conseguenze della nuova fattispecie, tuttavia, sono ancora incerte, anche in ragione del fatto che la fattispecie, conclusa con impegni, non è passata al vaglio della Cgue.

[147] Art. 20, comma 3, delibera n. 731/09/CONS.

[148] È il caso di ricordare come già nel 2000 la delibera 388/00/CONS abbia previsto che i nuovi entranti sui mercati della telefonia mobili potessero ottenere la la condivisione di impianti e siti utilizzati per le radiofrequenze (art. 7).

rivelarsi necessaria, la realizzazione è a carico di Telecom Italia a condizioni commerciali. In particolare, l'*incumbent* è tenuto ad offrire, con riferimento tanto alla rete di accesso, quanto a quella di *backhauling*, l'accesso a cavidotti, pozzetti, camerette, pali, ecc., per la realizzazione di canali trasmissivi di *backhaul* basati su portanti fisici e per la realizzazione di reti di accesso in fibra, nonché a pali, tralicci etc., per la realizzazione di canali trasmissivi di *backhauling* basati su portanti radio e reti di accesso *wireless* (art. 14, comma 2).

Secondo la Commissione, anche il prezzo dell'accesso alle infrastrutture deve essere orientato al costo. L'Agcom ha proposto di fissare la tariffa tenendo conto degli spazi occupati all'interno dei condotti e del numero di fibre occupate (art. 23 del Regolamento Ngan). La strutturazione della tariffa consentirebbe al titolare delle infrastrutture di coprire i propri costi, senza per questo consentire di lucrare sulla locazione delle infrastrutture[149].

3.2.2. La condivisione delle infrastrutture degli operatori (non?) Smp

Per quanto riguarda l'accesso alle infrastrutture degli operatori non dotati di significativo potere di mercato ("operatori non Smp"), esistono tre distinte fattispecie.

Innanzi tutto, l'Agcom può *incoraggiare* la condivisione delle infrastrutture realizzate su proprietà pubbliche o private da un operatore che si sia avvalso di diritti di limitazione della proprietà, di servitù o di espropriazioni (art. 89, comma 1, del Codice delle comunicazioni elettroniche).

Tale disposizione recepisce l'originario art. 12 della Direttiva Quadro, modificato dalla Direttiva Legiferare meglio per rafforzare i poteri delle autorità nazionali[150]. Il nuovo testo – non ancora recepito a livello nazionale – comprende la possibilità di *imporre* la coubicazione o la condivisione, nel rispetto del principio di proporzionalità, per quegli operatori che *possano* avvalersi di diritti particolari di posa su suolo altrui, servitù od espropriazione, nel pieno rispetto del principio di proporzionalità[151].

---

[149] B. Soria – F. Hernandez-Gil, *Do NGAN Economics Allow for Network Competition?*, in *Communications and Strategies* 2/2010, 29 (nota 13).
[150] Art. 1, comma 14, Direttiva 2009/140/Ce.
[151] La disposizione è più precisa rispetto alla versione precedente, in quanto espressamente applicabile a edifici, cablaggio degli edifici, piloni, antenne, torri e altre strutture di supporto, condotti, guaine, pozzetti e armadi di distribuzione.

In secondo luogo, l'Agcom può *imporre* al gestore della rete la condivisione di strutture o proprietà o adottare misure volte a facilitare il coordinamento dei lavori. qualora ragioni legate alla tutela dell'ambiente, la salute pubblica, la pubblica sicurezza o alla realizzazione di obiettivi di pianificazione urbana o rurale non consentano agli operatori di disporre di valide alternative (art. 89, comma 2, del Codice delle comunicazioni elettroniche)[152]. La disciplina è applicabile a qualunque operatore, a prescindere dalla circostanza che lo stesso si sia avvalso di diritti speciali.

Con particolare riferimento alla fibra ottica, il Regolamento scavi e condivisione rimette all'Agcom il potere di imporre la condivisione delle strutture o proprietà installate da un operatore che può avvalersi di una procedura per l'espropriazione o per l'uso di una proprietà, nonché di eulle legittimamente costruite su proprietà pubbliche o private ovvero al di sopra o al di sotto di esse. Sono compresi tra l'altro edifici o accesso a edifici, cablaggio degli edifici, piloni, antenne, torri e altre strutture di supporto, condotti, guaine, pozzetti e armadi di distribuzione (art. 8, comma 1).

L'Agcom può, altresì, imporre ai titolari dei predetti diritti di condividere le strutture o la proprietà o di adottare misure volte a facilitare il coordinamento di lavori pubblici per tutelare l'ambiente, la salute pubblica, la pubblica sicurezza o per realizzare obiettivi di pianificazione urbana o rurale (art. 8, comma 3). A tal fine, tuttavia, è necessario esperire una consultazione pubblica. Gli operatori che si vedano rifiutare l'accesso possono adire l'Agcom, per attivare la procedura d'imposizione (art. 8, comma 4).

La terza fattispecie riguarda l'accesso all'interno degli edifici. In ragione della sua particolarità è oggetto di trattazione apposita al par. 3.3.

3.2.3. L'utilizzo di infrastrutture per utilities diverse: verso una convergenza delle reti?

L'evoluzione tecnologica solleva nuovi aspetti relativi alla *governance* delle infrastrutture. Le reti in fibra ottica possono, infatti, essere realizzate avvalendosi

[152] Il Codice delle comunicazioni elettroniche prevede anche disposizioni aggiuntive per l'effettuazione di scavi all'interno di centri abitati. In tali casi, infatti, gli operatori interessati devono provvedere alla comunicazione del progetto in formato elettronico al Ministero, al fine di consentire il suo inserimento in un *data base*, per agevolare la condivisione dei lavori e la coubicazione dei cavi. La comunicazione costituisce una condizione per il rilascio dell'autorizzazione.

non soltanto delle infrastrutture destinate alle reti di comunicazione elettronica, ma anche di quelle dedicate alla prestazione di altri servizi, come le reti idriche, le reti fognarie, le reti elettriche e gli oleodotti[153]. Le loro caratteristiche consentono, talvolta, di impiegarle per la posa di cavi in fibra ottica, pur essendo primariamente destinate alla prestazione di un servizio diverso.

Nel Comune di Milano, ad esempio, per la posa di reti in fibra ottica, alcuni operatori si sono avvalsi anche della rete metropolitana e di quella fognaria[154]. Analogamente, in alcune zone della Francia, è allo studio il collegamento a banda ultralarga tramite le reti elettriche[155], e anche il Governo britannico, sulla base di una proposta contenuta nel Rapporto Caio, sta valutando il dispiegamento della fibra ottica per via aerea, avvalendosi delle strutture per i cavi ad alta ed altissima tensione[156].

La realizzazione delle reti in fibra ottica potrebbe, dunque, generare fenomeni di interazione tra *utilities* differenti, peraltro già presenti nell'ordinamento italiano[157]. I limiti e le condizioni tecnologici sono, tuttavia, ancora in larga parte sconosciuti, così come i fenomeni di interazione e i possibili effetti sulla *governance*[158].

3.3. L'accesso all'interno degli edifici

Uno dei settori maggiormente critici per la costruzione di una rete è quello dell'accesso e della terminazione. Si tratta della parte finale della rete d'accesso, vale a dire degli ultimi metri di cavo, fino alla borchia dell'utente, e può rappresentare, per certi aspetti, il vero collo di bottiglia delle Ngn[159]. Potrebbe, infatti, verificarsi che

---

[153] B. Soria – F. Hernandez-Gil, *Do NGAN Economics Allow for Network Competition?*, *cit.*, 29.
[154] B. Carotti, *Il ruolo degli enti locali nella realizzazione delle NGN*, in *Programma Isbul, W.P. 3.1. – Semplificazione amministrativa*, Roma 2010, 70.
[155] Erdf, *Contribution à l'Internet haut débit – Offre d'ERDF* (giugno 2008), disponibile su www.erdfdistribution.fr.
[156] Department for Business, Innovation and Skills – Department for Culture, Media and Sport, *Building Britain's Future, Digital Britain – Final Report*, Giugno, 2009, 66, su cui sia consentito rinviare a B. Brancoli Busdraghi, *Gli strumenti e le strategie di semplificazione in prospettiva comparata – Il Regno Unito*, in *Programma Isbul, W.P. 3.1. – Semplificazione amministrativa*, Roma 2010, 134. Una simile scelta, peraltro, sarebbe neutra dal punto di vista ambientale, nella misura in cui non aggraverebbe l'impatto paesaggistico dei tralicci già esistenti.
[157] Per alcuni esempi di imprese *multiutility* e per un inquadramento del fenomeno, si v. E. Bruti Liberati – M. Fortis (a cura di), *Le imprese multiutility. Aspetti generali e prospettive dei servizi a rete*, Bologna 2001, 18 ss..
[158] Per le problematiche relative alla *governance*, si v. *infra*, cap. IV.
[159] *Ex multis*, G. Kniep, *Market Entry in the PResence of a Dominant Network Operator in Telecommunications*, in P.J.J. Welfens – G. Yarrow – R. Grinberg – C. Graack (a cura di), *Towards Competition in Network Industries*, Berlino – Heidelberg – New York 1999, 136.

un operatore (non necessariamente l'*incumbent*) abbia già installato un armadio negli spazi comuni di un condominio, per collegare i condomini richiedenti. Il cablaggio comporta, però, un forte effetto *lock out* in favore dell'operatore che cabla il palazzo per primo. I successivi condomini, desiderosi di accedere alla banda ultralarga, infatti, sarebbero portati a collegarsi allo stesso operatore del primo utente, al fine di non occupare gli spazi condominiali con una quantità eccessiva di armadi. La concorrenza al dettaglio verrebbe, così, sostanzialmente ridotta, senza possibilità di alternative per gli altri operatori.

Per tale motivo, la regolazione è chiamata ad intervenire su tale settore. I rimedi, però, non dovrebbero gravare soltanto sull'operatore notificato come avente significativo potere di mercato sul mercato nazionale dell'accesso all'ingrosso su banda larga, secondo i canoni della regolazione tradizionale, ma dovrebbero, invece, onerare in modo simmetrico tutti gli operatori.

La normativa europea sembra andare proprio in tale direzione. Il nuovo art. 12, comma 3, della Direttiva Quadro ha introdotto un'ulteriore fattispecie di accesso relativa al cablaggio all'interno degli edifici, disponendo che le *autorità nazionali* – previa consultazione pubblica – possano imporre la condivisione anche "all'interno degli edifici o fino al primo punto di concentrazione o di distribuzione, qualora esso si trovi al di fuori dell'edificio, ai titolari dei diritti di cui al paragrafo 1 e/o al proprietario di tale cablaggio", purché questo sia giustificato dalla diseconomicità o impraticabilità di un'eventuale duplicazione (art. 12, comma 3, della Direttiva Quadro). La Direttiva autorizza, altresì, i regolatori a richiedere le informazioni necessarie ad inventariare le infrastrutture esistenti (art. 12, comma 4). La norma impone obblighi anche ad operatori non Smp e privi di funzioni o diritti di stampo pubblicistico.

Nell'ordinamento italiano, gli obblighi inerenti alla terminazione non rientravano nella delibera n. 731/09/CONS, ma le novità normative e la Raccomandazione della Commissione[160] hanno imposto una nuova riflessione sulla loro portata.

L'art. 15 del Regolamento Ngan impone a Telecom Italia, nei casi in cui intenda installare una rete Ftth o Fttb di installare un ripartitore nel punto di terminazione dell'edificio (Pte). Se un altro operatore intende realizzare una rete Fttb, Telecom deve garantire anche una rete in rame Tale obbligo può riguardare anche anche il rame, qualora un Nel caso delle reti Fttb, devono anche essere resi disponibili alla

[160] Raccomandazione della Commissione, punto 18.

base dell'edificio gli spazi necessari ad ospitare gli apparati Vdsl degli altri operatori, ma in tal caso gli oneri gravano in parte sull'operatore richiedente, ed in parte su Telecom Italia, che potrà includerli nel canone per l'accesso.

Similarmente a quanto avviene in Francia[161], Spagna e Portogallo[162], l'Agcom ha la facoltà di imporre la condivisione del cablaggio all'interno degli edifici o fino al primo punto di concentrazione o di ai titolari di diritti di posa e/o al proprietario di tale cablaggio, al fine di prevenire inefficienti duplicazioni di costi economici (art. 8, comma 2, del Regolamento Scavi e condivisione)[163].

In argomento, altri Paesi hanno intrapreso strade maggiormente innovative. In Francia, p.e., l'*Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes* ("Arcep") ha regolamentato in modo preciso la condivisione all'interno delle abilitazioni[164]. La disciplina francese è basata sulla figura dell'*opérateur d'immeuble*, vale a dire il soggetto che sia stato incaricato di stabilire, o gestire una o più reti in un immobile, nell'ambito di una convenzione per l'installazione, la manutenzione, la sostituzione o la gestione delle linee sottoscritta con il proprietario o il condominio ai sensi dell'art. 33-6 Cpce[165]. Tale figura è titolare del potere di dare l'accesso e pubblica l'offerta di riferimento, svolgendo, di fatto, la funzione di "interfaccia unica" con chi chiede l'accesso. Se non è egli stesso un operatore di comunicazioni elettroniche, deve essere designato un operatore che possa accordare l'accesso ai concorrenti, in base a condizioni ragionevoli e non discriminatorie[166].

---

[161] Arcep, *décision* 22 dicembre 2009, n. 2009-1106.

[162] Su cui si v. l'allegato A alla delibera Agcom dell'11 gennaio 2011, n. 1/11/CONS, punti 106-107.

[163] Invocano una disciplina simmetrica R.W. Crandall – G.J. Sidak – H.J. Singer, T*he Empirical Case against Asymmetric Regulation of Broadband Internet Access*, in *Berkeley Technology Law Journal* 2002, 953 ss..

[164] La disciplina è frutto di un'applicazione congiunta degli artt. 5 e 12 della Direttiva Accesso. Tali misure sono state imposte nonostante il regolatore francese, nella décision 22 dicembre 2009, n. 2009-1106, sembri maggiormente focalizzata sulla concorrenza infrastrutturale, piuttosto che su quella sui servizi.

[165] "On entend par « opérateur d'immeuble » toute personne chargée de l'établissement ou de la gestion d'une ou plusieurs lignes dans un immeuble bâti, notamment dans le cadre d'une convention d'installation, d'entretien, de remplacement ou de gestion des lignes signée avec le propriétaire ou le syndicat de copropriétaires, en application de l'article L. 33-6 du Code des Postes et des Communications Électroniques". Si rileva come non debba necessariamente trattarsi di un operatore.
Con riferimento al cablaggio degli immobili, in Francia la deliberazione in merito all'allacciamento è iscritta di diritto ad ogni ordine del giorno delle assemblee condominiali, che deliberano a maggioranza dei votanti (art. 109 della *Loi n. 2008-776 del 4 agosto 2008*, c.d. *Loi de Modernisatione de l'Économie*).

[166] L'accesso si conforma in modo diverso in funzione della densità abitativa. Nelle zone a bassa densità abitativa (che vengono definite in via residuale rispetto a quelle ad alta densità), in linea di principio viene garantito l'accesso al c.d. *point de mutualisation* anche relativamente alla fibra spenta e alle risorse correlate (art. 2 della delibera Arcep n. 2009-1106). Nelle aree ad alta densità, invece, il livello della domanda potenziale e la disponibilità di cavidotti renderebbero possibile una concorrenza infrastrutturale. Per tale motivo, gli obblighi di accesso vengono attenuta. Per tale motivo, l'*opérateur d'immeuble* è tenuto ad accogliere le richieste ragionevoli di partecipare fin dall'inizio alla realizzazione

La normativa francese facilita la realizzazione di un mercato competitivo, concedendo a diversi operatori di accedere al segmento di terminazione per prestare i propri servizi agli utenti finali. L'istituzione della figura dell'*opérateur d'immeuble*, che rappresenta una sorta di "perno" dell'accesso, costituisce anche una misura di semplificazione. L'Agcom ha proposto al Governo di farsi portatore dell'adozione di misure analoghe anche in Italia[167].

La Spagna ha seguito una via in parte diversa, imponendo agli operatori che realizzano una rete all'interno di un edificio di fornire l'accesso al segmento terminale della rete. Il primo operatore che posa la fibra all'interno dell'immobile svolge il ruolo di "responsabile delle risorse di rete". Gli operatori interessati al cablaggio sono, così, tenuti a negoziare in buona fede accordi reciproci di condivisione degli elementi di rete situati all'interno o in prossimità degli edifici[168].

Le esperienze degli ordinamenti stranieri mettono, dunque, in luce come la regolazione possa ancorarsi a parametri diversi da quelli tradizionali, per essere piuttosto riprogettata in base alle particolarità delle Ngn.

Si rileva come, in Italia, già gli attuali presidi normativi potrebbero consentire l'imposizione di misure su tutti gli operatori che cablano un palazzo. Ciascun palazzo, infatti, potrebbe essere considerato alla stregua di un mercato autonomo, su cui sarebbe dominante e obbligato a dare l'accesso l'operatore che abbia posato cavi per primo[169].

La stessa Raccomandazione della Commissione, come visto, lascia gli Stati membri liberi di definire mercati geografici diversi da quelli individuati dalla stessa. In tal senso, le condizioni ben potrebbero variare addirittura da palazzo a palazzo e da condominio a condominio. Potrebbe, allora, essere valutata la possibilità di considerare ciascun palazzo come autonomo mercato della terminazione su rete fissa. In tal senso, le misure avrebbero effetti equivalenti a rimedi simmetrici.

---

della rete e ad installare un quadro di distribuzione (art. 5 della delibera Arcep n. 2009-1106). Tale norma consentirebbe all'operatore di scegliere se adottare un'architettura di tipo *point-multipoint* o *point-to-point*, nel rispetto del principio di neutralità tecnologica. Gli operatori autorizzati a cablare un edificio devono poi, entro un mese dalla conclusione dell'accordo e almeno tre mesi prima di attivare un punto di distribuzione, informare gli operatori concorrenti degli aspetti tecnici, economici ed operativi inerenti alla posa della fibra.

[167] Agcom, *Segnalazione al Governo in tema di liberalizzazione e crescita: Un'agenda digitale per l'Italia*, 12 gennaio 2012, 10-11.

[168] Cmt, delibera 12 febbraio 2009, nel procedimento MTZ 2008-965.

[169] Su tali posizioni si trova L. Prosperetti, *Obiettivi giusti, ma regole superate*, *cit.*, 4.

3.4. Il coinvestimento

3.4.1. Il coordinamento dei lavori

Tramite il coinvestimento, gli operatori effettuano congiuntamente gli investimenti necessari per la posa dei cavi, per procedere ciascuno alla costruzione della propria rete tramite il solcato comune. L'introduzione di un quadro normativo e di apposite procedure e strumenti di pubblicità potrebbe facilitare il ricorso al coinvestimento.

In Italia, tali obblighi vengono, in certa misura, imposti all'*incumbent*. L'Agcom, infatti, pur non imponendo a Telecom Italia la pubblicazione di un'offerta di coinvestimento nelle aree non comprese nel suo piano industriale, ha introdotto un meccanismo di programmazione degli ordinativi per l'operatore dominante. Qualora, infatti, quest'ultimo intenda realizzare nuove infrastrutture di accesso in fibra, deve invitare gli altri operatori a manifestare la propria eventuale volontà di acquistare servizi di accesso, pubblicando la proposta di progetto con almeno sei mesi di preavviso e dando un termine per le adesioni "che ragionevolmente non può essere inferiore a tre mesi dalla data di pubblicazione dell'annuncio" (art. 21 del Regolamento Ngan). Telecom è, altresì, tenuta a presentare una proposta tecnica ed economica per la condivisione degli investimenti e dei costi per la realizzazione di nuove infrastrutture di posa per lo sviluppo di reti in fibra (art. 21, comma 3, del Regolamento Ngan).

Anche il Regolamento Scavi e condivisione reca disposizioni per favorire il coinvestimento, in particolare per la realizzazione delle reti dorsali. Ai sensi dell'art. 5, infatti, gli enti pubblici, gli organismi di diritto pubblico e i concessionari pubblici titolari di infrastrutture e reti sono tenuti ad annunciare la pianificazione dei lavori di costruzione o l'ampliamento delle infrastrutture adatte ad ospitare reti di comunicazione elettronica con almeno novanta giorni di preavviso. Gli operatori interessati ad installare reti dorsali possono richiedere di partecipare ai lavori per posare cavi entro sessanta giorni dalla pubblicazione dell'annuncio, ed i lavori si svolgeranno secondo le modalità definite dal titolare dell'infrastruttura.

Le previsioni dell'Agcom sono senza dubbio utili, ma si rileva come anche le misure in esame siano ancora incentrate sull'imposizione di obblighi all'*incumbent* e agli enti pubblici, anche per via dell'assenza di presidi normativi per imporre comportamenti ai concorrenti privati. Alcune esperienze estere evidenziano, però, misure più incisive.

In Spagna, infatti, la Cmt ha proposto d'imporre per legge il transito dei cablaggi in fibra ottica dei diversi operatori per un unico tracciato, nonché l'obbligo, per tutti gli operatori, di condividere le proprie infrastrutture nei rispettivi mercati d'accesso. Un simile intervento potrebbe non richiedere neanche di attendere la trasposizione delle direttive europee, in quanto si fonderebbe sull'imposizione di misure basate sulla dominanza da parte degli operatori presenti sul singolo immobile.

Si segnala che, anche nel Regno Unito, il regolatore nazionale ha manifestato l'intenzione di regolamentare la condivisione per minimizzare le inefficienze nell'installazione di nuove reti[170]. Il Rapporto steso da Francesco Caio per il Regno Unito, oltre a rimarcare l'utilità della condivisione dei progetti fra operatori, auspicare persino che siano proprio le imprese attive nella realizzazione delle infrastrutture ad istituire proprie strutture di coordinamento[171].

3.4.2. Il catasto delle infrastrutture

La co-realizzazione di investimenti, scavi ed infrastrutture richiede un'adeguata pianificazione finanziaria, che postula la conoscenza di informazioni sulla localizzazione e le caratteristiche tecniche delle infrastrutture esistenti da condividere, oltre alla tempistica dei lavori pianificati per quelle da costruire. Anche la Commissione ha sottolineato l'importanza di tali dati[172].

Al fine di agevolare il coinvestimento, devono, in primo luogo, essere condivise informazioni sui piani di investimento, per mettere gli Olo in condizione di partecipare a un eventuale progetto di coinvestimento, condividendo il rischio. I soggetti con interessi convergenti dovrebbero essere messi in contatto, ed in tal senso, viene in risalto l'accezione sociologica della nozione di rete, come elemento di relazione tra privati.

Il nuovo art. 12, comma 4, della Direttiva Quadro, come modificato dalla Direttiva Legiferare meglio, prevede che i regolatori nazionali "possano richiedere alle imprese di fornire le informazioni necessarie, su richiesta delle autorità competenti, per consentire a queste ultime, di concerto con le autorità nazionali di

---

[170] Ofcom, *Delivering super-fast broadband in the UK – Promoting investment and competition*, 3 marzo 2009, 4. La stessa Ofcom ha previsto che, nel prossimo futuro, la necessità di risparmiare sui costi prevarrà sulla differenziazione tecnologica, e dovrebbe esserci maggiore spazio per la condivisione (*ibid.*, 52).

[171] F. Caio, *Final Report – The Next Phase of Broadband UK: Action now for long term competitiveness – Review of Barriers to Investment in Next Generation Access*, 2008, 61-62.

[172] *Raccomandazione della Commissione*, punto 17.

regolamentazione, di elaborare un inventario dettagliato della natura, disponibilità e ubicazione geografica delle strutture di cui al paragrafo 1, e metterlo a disposizione delle parti interessate"[173]. L'ordinamento dell'Unione pone, così, un presidio normativo per la realizzazione del c.d. catasto delle infrastrutture.

A livello nazionale, l'Agcom ravvisa nel catasto delle infrastrutture una misura accessoria per consentire la condivisione e il coinvestimento. Allo stato attuale, però, le misure per il catasto adottate parrebbero rilevare più per la condivisione che per il coinvestimento, nella misura in cui il catasto prefigurato conterrebbe prevalentemente informazioni sulle infrastrutture esistenti.

Così, già la delibera n. 731/09/CONS faceva riferimento alla creazione di una banca dati delle infrastrutture. L'art. 42, infatti, prevede che Telecom Italia tenga una lista degli stadi di linea aperti ai servizi di accesso disaggregato, nonché un *database,* contenente informazioni utili per l'accesso da parte degli altri operatori, come l'indicazione degli spazi disponibili per la co-locazione ed i relativi dati tecnici, la possibilità di ampliamento dei siti per moduli *unbundling* e interconnessione, le infrastrutture civili eventualmente disponibili per l'installazione di infrastrutture passive da parte degli Olo e altri dati[174].

Il Regolamento Scavi e condivisione prospetta ora un catasto incentrato sulla figura dei concessionari e degli enti proprietari pubblici/organismi di diritto pubblico, titolari di infrastrutture adatte ad ospitare reti di comunicazione elettronica (quali

---

[173] Parte della scienza giuridica ha ravvisato un presidio normativo nell'art. 5 della Direttiva quadro. Tale articolo – prima di essere modificato dalla Direttiva Legiferare meglio – recitava infatti: "Gli Stati membri provvedono affinché le imprese che forniscono reti e servizi di comunicazione elettronica forniscano tutte le informazioni, anche di carattere finanziario, necessarie alle autorità nazionali di regolamentazione onde assicurare la conformità con le disposizioni della presente direttiva e delle direttive particolari o con le decisioni adottate ai sensi di tali direttive. Su richiesta, le suddette imprese forniscono sollecitamente tali informazioni, osservando i tempi ed il livello di dettaglio richiesti dall'autorità nazionale di regolamentazione". Il generico riferimento a "tutte le informazioni necessarie" consentirebbe di concludere che rientrino tra queste anche le previsioni in materia di condivisione (*Programma Isbul*, *W.P. 3.4 - Obblighi di co-locazione / accordi di condivisione installazioni*, Roma 2010, 102).

[174] Fra cui la disponibilità di portanti in fibra ottica per il prolungamento dell'accesso, le consistenze di ciascun segmento della rete di accesso, i dati relativi alla copertura della rete di accesso tramite gli elementi della rete primaria e i civici serviti e servibili dalla rete secondaria correlata, i dati relativi alla lunghezza puntuale dei cavi di rete primaria e secondaria, inclusivi delle caratteristiche fisiche dei cavi impiegati (diametro dei conduttori, tipo di isolamento, etc.). Tale *database* dovrebbe documentare anche la disponibilità di fibra spenta nella rete di accesso in tratte intermedie, anche non direttamente connesse agli utenti. In tale caso sono identificati in modo univoco i pozzetti a cui tale fibra spenta è accessibile, la numerosità e la tipologia di fibra. Oltre all'accesso alle informazioni contenute nel database di cui ai commi precedenti, Telecom Italia fornisce, su richiesta dell'operatore alternativo, entro 5 giorni lavorativi, almeno le seguenti informazioni di dettaglio sui siti di co-locazione: elenco dei siti di co-locazione comprensivo della denominazione convenzionale del sito utilizzata dall'operatore notificato e ubicazione geografica inclusiva di coordinate geografiche; mappe relative all'area servita da ciascun sito; numero di linee attestate in relazione a ciascun; archi di numerazione afferenti a ciascun sito; centrale locale (SGU) di riferimento per ciascun sito.

cavedi, cavidotti, tombini e le altre infrastrutture ad essi associate), nonché anche a tutti gli altri "operatori proprietari di infrastrutture di posa o titolari di diritti d'uso delle stesse o di diritti di passaggio" (art. 10). L'art. 10 dispone, così, l'istituzione del Catasto delle infrastrutture presso l'Agcom. Gli operatori sarebbero, quindi, tenuti a redigere, mantenere e aggiornare permanentemente il registro "con informazioni descrittive e riferimenti geografici relative alle infrastrutture summenzionate" (art. 10, comma 2 del Regolamento scavi e condivisione). La gestione concreta del catasto – e, dunque, la definizione di un maggior dettaglio circa le informazioni che devono essere fornite – viene rimessa a successivi atti regolamentari da adottare da parte dell'Agcom. Il catasto dovrebbe, dunque, contenere informazioni relative all'ubicazione e alle caratteristiche tecniche rilevanti alle procedure e condizioni d'accesso e d'uso delle infrastrutture, nonché gli annunci relativi alla costruzione delle nuove infrastrutture (art. 11).

Ancora, nel Regolamento scavi e condivisione viene confermata la pubblicazione del catasto, espressamente "orientato ai principi di condivisione e reciprocità delle informazioni in esso contenute". Tale previsione è assai significativa, ed è tutt'altro che banale. L'obbligo di *disclosure*, però, potrebbe ricevere un'accoglienza piuttosto fredda da parte di quegli operatori che hanno installato infrastrutture, e che potrebbero considerare tale obbligo come invasivo dei propri segreti e della propria strategia commerciale e questo fattore potrebbe generare reticenze.

Diverrebbe, allora, necessario potenziare i meccanismi di *enforcement* e i poteri di verifica dell'Autorità. Le sanzioni previste dall'art. 14 del Regolamento, che rinvia all'art. 1, commi 29, 30, 31 e 32 della legge 31 luglio 1997, n. 249, potrebbero, infatti, non essere sufficienti, specialmente se si considera che gli operatori possono liberarsi da eventuali procedimenti sanzionatori versando il modesto importo dell'oblazione (pari al doppio del minimo edittale, vale a dire 1.032,00 euro)[175]. La vigilanza sul rispetto degli obblighi informativi potrebbe beneficiare di meccanismi di "allarme antincendio", basati sulla collaborazione degli operatori alternativi.

[175] Art. 16 della legge 24 novembre 1981, n. 689. Le stesse sanzioni vengono applicate anche per la violazione degli obblighi in materia di reti dorsali. Secondo l'Agcom, infatti, gli ordini e le diffide impartiti ai sensi del Regolamento Scavi e condivisione non rientrano fra quelli sanzionabili ex art. 98, comma 11, del Codice delle comunicazioni elettroniche (Regolamento Scavi e condivisione, punto 48). L'art. 98, comma 11, prevede l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 12.000,00 ad euro 250.000,00 per I soggetti che non ottemperano agli ordini ed alle diffide, "impartiti ai sensi del Codice" dal Ministero o dall'Autorità. Se l'inottemperanza riguarda provvedimenti adottati dall'Autorità in ordine alla violazione delle disposizioni relative ad operatori Smp, viene applicata una sanzione amministrativa pecuniaria non inferiore al 2 per cento e non superiore al 5 per cento del fatturato realizzato nell'ultimo esercizio.

I dati richiesti da Agcom consentirebbero, peraltro, una mappatura solo parziale delle infrastrutture esistenti. Da un lato, infatti, la banca dati prevista ai sensi della delibera n. 731/09/CONS riguarda solo l'operatore Smp; dall'altro lato, devono ancora essere definiti i contenuti degli obblighi informativi previsti dal Regolamento Scavi e condivisioni. Il catasto potrebbe riguardare solamente le reti dorsali. Nella prospettiva dell'introduzione di obblighi di accesso simmetrici, potrebbe essere auspicabile un'estensione della portata del catasto.

Vi sono, tuttavia, altri presidi normativi per ottenere la trasmissione di ulteriori informazioni da parte degli operatori. In primo luogo, ai sensi dell'art. 88, comma 11, del Codice delle comunicazioni elettroniche, i soggetti affidatari della cura di interessi pubblici che siano titolari di infrastrutture d'ingegneria civile sono tenuti a comunicare al Ministero dello Sviluppo Economico i programmi di manutenzione, ordinaria e straordinaria, per il semestre successivo. La pubblicazione di tali informazioni potrebbe consentire ai fornitori di reti di pianificare le proprie attività collaterali, anche in funzione dei lavori in corso d'esecuzione.

In secondo luogo, l'art. 89, comma 3, del Codice prevede l'obbligo di comunicare al Ministero i piani di installazione di infrastrutture tramite scavi all'interno dei centri abitati, "per consentire il suo inserimento in un apposito archivio telematico, affinché sia agevolata la condivisione dello scavo con altri operatori e la coubicazione dei cavi di comunicazione elettronica conformi alle norme tecniche Uni e Cei"[176]. Entro trenta giorni dalla data di presentazione e pubblicizzazione del progetto, gli operatori interessati alla condivisione dello scavo o alla coubicazione, "possono concordare, con l'operatore che ha già presentato la propria istanza, l'elaborazione di un piano comune degli scavi e delle opere". In assenza di accordo, l'Ente pubblico competente rilascia i provvedimenti abilitativi richiesti, in base al criterio della priorità delle domande.

Al riguardo, la pubblicità dei lavori è già presente in molti Comuni italiani, fra cui Roma. Nella capitale, infatti, i lavori di costruzione di una nuova strada o di rifacimento integrale della pavimentazione vengono comunicati non solo al Dipartimento dei lavori pubblici e manutenzione urbana, ma anche alle società di

[176] L'adempimento, peraltro, costituisce un presupposto per il rilascio dell'autorizzazione. Rileva A. Tonetti, *La disciplina italiana di rango primario*, in *Programma Isbul, W.P. 3.1. – Semplificazione amministrativa*, Roma 2010, 36, come tale adempimento, pur apparendo come un aggravio procedimentale, costituisce, in realtà, una misura di semplificazione, nella misura in cui è strumentale alla programmazione e al coordinamento degli interventi.

servizi pubblici e agli altri soggetti interessati, per consentire di effettuare lavori avvalendosi dei cantieri aperti[177].

Misure analoghe sono state adottate anche in Francia, dove è stata istituita una procedura di consultazione obbligatoria tra operatori. In particolare, il Decreto in Conseil d'Etat 91-1147 prevede le procedure di *Déclaration d'Intention de Commencement de Travaux* ("Dict") – vale a dire, la "dichiarazione d'intenzione di cominciare lavori" – e di *Demande de Renseignements*– vale a dire, la "richiesta d'informazioni". L'istituto della Dict è stato originariamente introdotto per finalità diverse, vale a dire per prevenire il rischio di interferenze con le reti di altri operatori nell'effettuazione dei lavori di manutenzione o costruzione delle reti. Le imprese che effettuano scavi avvertono, così, gli operatori della loro intenzione di cominciare lavori in prossimità di opere di trasporto o distribuzione di gas, di opere di bonifica, opere di telecomunicazioni o altre infrastrutture, in modo da consentire agli altri operatori di presentare osservazioni.

Nonostante parte della scienza giuridica francese consideri lo strumento della Dict poco efficace, in ragione dell'elevato numero di interventi effettuati e della problematica gestione delle informazioni detenute[178], la tecnica di divulgazione dei piani di lavoro potrebbe essere utile per realizzare sinergie produttive. La Dict è, tuttavia, in via di miglioramento, grazie all'adozione di un nuovo sistema di gestione telematico[179].

Oltre alla Dict, l'ordinamento francese prevede che i lavori di scavo vengano anticipatamente comunicati non solo al sindaco competente, a cui è attribuito il compito di coordinare gli interventi, ma anche a tutti gli operatori[180], in modo da consentire agli interessati di avvalersi degli scavi[181].

Anche il Governo inglese è attivo nella *disclosure*, nella misura in cui intende rendere pubbliche le informazioni sui lavori stradali programmati dagli operatori

---

[177] B. Carotti – A. Miraglia, *I vincoli comunali alla realizzazione delle NGN*, *cit.*, 68-69.
[178] Ogni anno, infatti, verrebbero effettuati 800.000 interventi sulla pubblica via (Conseil Général des Ponts et des Chaussés – Conseil Général des technologies de l'information, *Mission d'étude sur le développement du très haut débit – Rapport final*, Rapporti nn. 005083-01 e II-2.5.2007, 2007, 15).
[179] Sulla Dict, sia consentito rinviare alla ricerca già condotta da B. Brancoli Busdraghi, *Gli strumenti e le strategie di semplificazione in prospettiva comparata – La Francia*, in *Programma Isbul*, *W.P. 3.1. – Semplificazione amministrativa*, Roma 2010, 114-115.
[180] Art. L115-1 del *Code de la Voirie Routière.*
[181] L'ordinamento francese ha introdotto anche forme di coordinamento tra enti locali, con i c.d. Schéma de Cohérence Territoriale. Si tratta di schemi di coordinamento fra enti locali, che potrebbero rivelarsi molto utili nell'ambito della pianificazione dei lavori (Arcep, *L'intervention des collectivités territoriales dans les communications électroniques – Points de repère sur le déploiement du très haut débit (FTTH - fibre optique jusqu'à l'abonné)*, Maggio 2008, 35).

entro nel prossimo biennio entro il 2012. Lo stesso Governo, peraltro, sostiene l'utilità di un catasto delle infrastrutture[182].

In terzo luogo, il Ministero riceve anche le domande per le servitù per l'occupazione di sede autostradale rivolta al Mise ai sensi dell'art. 94 del Codice.

In quarto luogo, sono già oggetto di comunicazione le domande di servitù di passaggio con appoggio di fili, cavi ed impianti su beni demaniali statali. Tali domande sono già oggetto di comunicazione all'Autorità statale competente della servitù occorrente al su bene demaniale statale (art. 92, commi 2 ss., del Codice). Già l'art. 15 della direttiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento delle Aree Urbane del 3 marzo 1999, peraltro, prevedeva che i Comuni procedessero alla realizzazione di una cartografia del sottosuolo.

Alcuni Comuni italiani, peraltro, hanno già cominciato a mappare il sottosuolo: nel Comune di Firenze, le richieste di concessione per l'uso del suolo pubblico sono inoltrate allo Sportello unico del sottosuolo, che cura la tenuta del sistema informativo del sottosuolo[183].

Diversamente, il Comune di Milano raccoglie informazioni sui lavori di scavo che vengono pianificati. L'Ufficio reti e servizi integrati di telecomunicazioni (Ursit) impone agli operatori di comunicazioni di firmare una convenzione, e chi intende posare fibra deve presentare un piano triennale dei lavori, indicando le strade cittadine prescelte per il transito. L'Ursit raccoglie e coordina i progetti degli operatori, prevenendo gli scavi inutili, anche rilevando sovrapposizioni e controllando che il rispetto di alcuni vincoli, fra cui quello di far passare almeno un anno tra un lavoro e l'altro per ogni marciapiede[184].

Infine, ulteriori informazioni potrebbero derivare dall'art. 3 del d.l. 112/2008, che pone l'obbligo di comunicare l'inizio dei lavori allo sportello unico per le attività produttive.

In vista della realizzazione del *data base*, il Ministero ha manifestato la propria intenzione di includere nel catasto tanto le infrastrutture esistenti, quanto i lavori in corso e quelli pianificati. A tal fine, sono stati anche stipulati protocolli d'intesa: il 25

---

[182] *Digital Britain*, *cit.*, 68. Il Governo inglese si dichiara però consapevole del fatto che questo potrebbe richiedere la rivelazioni di informazioni economica e commerciali confidenziali.
[183] B. Carotti – A. Miraglia, *I vincoli comunali alla realizzazione delle NGN*, *cit.*, 68.
[184] *Programma Isbul*, *W.P. 3.4 - Obblighi di co-locazione / accordi di condivisione installazioni*, Roma 2010, 30.

febbraio 2010 con l'Unione delle Province d'Italia ("Upi"); il 10 novembre dello stesso anno con l'Associazione Nazionale dei Comuni Italiani ("Anci").

Il Protocollo con l'Upi mira alla ricognizione delle infrastrutture di rete a banda larga esistenti nonché il monitoraggio dell'attuazione dei progetti di realizzazione di nuove infrastrutture di comunicazione avviati da soggetti pubblici e privati in ambito provinciale, tramite la creazione di un *database* (art. 3).

Il Protocollo sottoscritto con l'Anci, invece, è per certi aspetti più dettagliato. In vista dell'ottimizzazione degli interventi in materia infrastrutturale e dell'introduzione di strumenti di semplificazione amministrativa, le parti hanno convenuto di "condividere informazioni aggregate relative al database del servizio di connettività a banda larga" preparato dal Ministero: a tal fine, quest'ultimo predisporrebbe un *database*, mentre gli enti locali sarebbero di ausilio nella raccolta delle informazioni (artt. 1 e 3). Le parti hanno, altresì, convenuto di individuare modelli condivisi per la posa della fibra in strade e sottosuolo, favorendo in tal modo lo sfruttamento delle infrastrutture esistenti (art. 1), nonché di organizzare un tavolo di coordinamento con *stakeholders* pubblici e privati (art. 4)[185].

In tutti questi casi, Agcom potrebbe essere codestinataria delle informazioni. Nelle intenzioni del regolatore, le informazioni raccolte potrebbero, allora, confluire in una sezione speciale del catasto delle infrastrutture, al fine di consentire una pronta pianificazione degli investimenti.

Come visto, ai sensi della delibera n. 731/09/CONS, Telecom Italia è già tenuta a mappare le proprie infrastrutture. Da un punto di vista pratico, tuttavia, è dubbia sulla fruibilità di tali informazioni, ed in particolare le modalità con cui le banche dati private, contenute nei sistemi informativi dell'operatore Smp, possano essere integrate con quelle degli enti pubblici. Manca, però, nell'attuale normativa, è la generalizzazione dell'obbligo di comunicare le infrastrutture esistenti. L'Agcom ha segnalato tale mancanza al Governo[186].

---

[185] Entrambi i documenti, tuttavia, hanno contemplato la possibilità per il Ministero con la rispettiva controparte, di avviare progetti pilota, coerentemente con gli Orientamenti della Commissione in materia di aiuti di Stato nel settore della banda larga (art. 5 del Protocollo Anci, art. 3 del Protocollo Upi). Nel caso dell'Upi, è stata posta espressamente la condizione che nessun operatore avesse manifestato l'intenzione di investire nell'area interessata nei tre anni successivi. Si appalesa, così, ulteriormente l'intenzione di intervenire prevalentemente nelle aree a fallimento di mercato, anche per contenere il *digital divide.*

[186] Agcom, *Segnalazione al Governo in tema di liberalizzazione e crescita: Un'agenda digitale per l'Italia*, 12 gennaio 2012, 12.

3.5. Reti e servizi: il ruolo degli *over the top*

L'impianto normativo descritto riguarda esclusivamente la costruzione delle infrastrutture, e coinvolge solamente gli operatori che, a vario titolo, sono fornitori di reti, e non è previsto alcun coinvolgimento dei soggetti che si limitano alla produzione di contenuti. Le reti e le connessioni, però, sono serventi rispetto ai servizi ed ai contenuti che consentono di veicolare, tanto che la sostenibilità economica degli investimenti pare inscindibilmente legata allo sviluppo della domanda per le connessioni che consentano l'erogazione di quei prodotti e le reti vengono potenziate proprio nella prospettiva di offrire contenuti più complessi[187].

Per tale motivo, le imprese che producono contenuti ad altissimo valore aggiunto (c.d. *over the top*) rientrano indirettamente fra i principali beneficiari delle nuove reti e dei nuovi mercati che si verrebbero a creare. Si pensi ai grandi operatori che, come Google, Facebook o Pay-Pal, hanno talvolta un fatturato multiplo di quello di Telecom Italia[188], o a quelli, come Skype, che, tramite le reti, potrebbero diventare un diretto concorrente di chi le realizza nella prestazione di servizi equivalenti alla telefonia vocale. Si tratta di servizi che generano valore aggiunto, e dunque contribuiscono alla crescita economica. Ma tali operatori, per certi versi, agiscono da *free riders*, beneficiando delle autostrade telematiche create da terzi senza sostenere i costi della loro realizzazione, né pagare il "pedaggio".

Sebbene un siffatto comportamento sia pienamente comprensibile ed in linea con le finalità di profitto di cui è portatrice ogni impresa, gli elevatissimi margini realizzati dagli operatori *over the top* hanno portato a sussurrare l'opportunità di coinvolgerli nel finanziamento delle nuove reti[189]. In particolare, gli operatori del settore ipotizzano talvolta un'iniziativa congiunta. La principale criticità sarebbe, tuttavia, la prevenzione di comportamenti di *free riding* da parte dei produttori di contenuti

---

[187] G. Crea – A. Giannaccari, *Il binomio banda larga e industria dei contenuti*, *cit.*, 93.

[188] Si pensi anche alla Apple (attiva non soltanto nell'*hardware*, ma anche nelle applicazioni), la cui capitalizzazione è pari a circa 300 miliardi di dollari (Agcom, *Segnalazione al Governo in tema di liberalizzazione e crescita: Un'agenda digitale per l'Italia*, 12 gennaio 2012, 5).

[189] Recentemente, le misure di finanziamento delle infrastrutture hanno visto aggiungersi il ricorso a capitale di debito, tramite fondi di *private equity* specializzati. Si tratta di società veicolo il cui portafoglio è costituito da azioni di società proprietarie di infrastrutture o impegnate nella loro realizzazione o gestione (M.A. Rossi – A. Todisco, *Strumenti innovativi per il finanziamento delle infrastrutture: l'esperienza dei fondi d'investimento infrastrutturale*, in A. Macchiati – G. Napolitano (a cura di), *È possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, Bologna, 2009, 309). Anche, il Testo unico bancario (d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385) prevede strumenti potenzialmente utili, come il credito alle opere pubbliche (art. 42 del testo unico) (su cui si v. P. Bontempi, Diritto bancario e finanziario, Milano 2009, 296-297). Questi nuovi strumenti potrebbero facilitare la diffusione degli oneri per la realizzazione delle nuove reti.

che, pur non avendo partecipato agli investimenti, verrebbero a beneficiare delle nuove reti per la fornitura dei propri servizi.

In alternativa, potrebbe essere aumentato il prezzo dei servizi di traffico dati, rispetto a quello di traffico telefonico, eventualmente introducendo una tariffazione differenziata per determinati servizi – come il traffico Voip. Una simile soluzione, però, oltre a riversare i costi sugli utenti, che vedrebbero aumentare le tariffe per il traffico dati, richiederebbe anche una nuova riflessione sul principio di neutralità della rete, ripetutamente invocato a vari livelli di *governance* nazionali e comunitari[190].

A quali condizioni sarebbe possibile limitare l'accesso alla banda ultralarga per la fruizione di servizi da parte degli operatori che non abbiano contribuito alla realizzazione delle nuove infrastrutture? L'interesse generale alla realizzazione delle reti in fibra ottica richiede un nuovo bilanciamento degli interessi sottostanti al principio del principio di neutralità tecnologica[191], e sugli accorgimenti tecnici che potrebbe essere ritenuti accettabili.

4. Vecchi rimedi per problemi nuovi?

La regolazione in materia di Ngn lascia intravedere alcune tendenze nella soluzione del "dilemma regolatorio". Da un lato, viene compiuta una scelta in favore di una regolazione forte ed asimmetrica, sebbene le nuove reti non siano ancora state costruite. Il Regolamento Ngan è basato sul presupposto che il mercato dell'accesso all'ingrosso a banda ultralarga sia sullo stesso mercato di quello a banda larga, consentendo, così, l'estensione degli obblighi tradizionali in capo a Telecom Italia, individuata come operatore Smp. In questo, la normativa sembra optare per una concorrenza basata sui servizi, piuttosto che sulle infrastrutture. Le misure di accesso, peraltro, non prevedono termini di scadenza certi, rendendo difficile l'applicazione del *ladder of investments*.

Dall'altro lato, vengono introdotte diverse misure mirate per la fibra ottica. Alcuni rimedi dovrebbero prevenire che i vantaggi infrastrutturali dell'*incumbent* sulla rete

[190] Da ultimo, M. Orofino, *Il* Telecoms package, *cit.*, 539, individua nell'art. 3, comma 3-bis, della Direttiva Quadro la risposta europea alla prima versione della legge Hadopi, tramite l'introduzione del principio di neutralità della rete.
[191] Alcune riflessioni in tal senso in L. Prosperetti, *Obiettivi giusti, ma regole superate*, *cit.*, 4.

in rame si propaghino su quella in fibra; altri puntano a favorire lo sviluppo delle nuove reti. Viene, così, imposta a Telecom Italia la condivisione delle infrastrutture di genio civile, e vengono previsti meccanismi per il coinvestimento.

Se, però, l'accesso all'ingrosso su fibra venisse considerato alla stregua di un nuovo mercato, la regolazione muterebbe, imponendo il ripensamento dei tradizionali paradigmi della regolazione, per ipotizzare persino l'imposizione di obblighi di accesso dagli effetti "simmetrici". Simili soluzioni parrebbero particolarmente utili per le parti terminali della rete.

La regolazione delle Ngn ruota, pertanto, attorno alla problematica della natura del mercato. Alla luce delle potenzialità offerte dalla banda ultralarga, che muterà radicalmente abitudini sociali e commerciali, occorre valutare se sia davvero corretto considerare le Ngn come l'ulteriore frontiera tecnologica dell'accesso all'ingrosso a banda larga, e non, piuttosto, come un mercato emergente. Il futuro viene ancora pianificato in funzione del passato[192]?

[192] Tale interrogativo trae spunto dalla teoria del Cigno nero, su cui N. Taleb, *The Black Swan: The Impact of the Highly Improbable*, Westminster 2007.

Capitolo IV – Le Ngn nella *governance* multilivello

1. La ripartizione delle competenze

L'analisi che precede ha evidenziato parte delle difficoltà con cui si deve confrontare chi realizza le nuove reti, nonché l'ambito dell'intervento pubblico. Con riferimento a quest'ultimo, competenze e i poteri vengono ripartiti tra diversi livelli di *governance*: Commissione, organi nazionali, enti locali. La strutturazione istituzionale, tuttavia, appare talvolta parzialmente inadeguata.

Verranno, di seguito, analizzate le competenze ed i poteri attribuiti al livello di *governance* europeo, per poi analizzare il riparto in essere nell'ordinamento italiano fra autorità Statali ed enti locali.

2. Le competenze dell'Unione europea

2.1. La tutela della concorrenza

In materia di Ngn, l'Unione europea è competente per diversi aspetti, fra cui, in primo luogo, la definizione delle regole di concorrenza per il funzionamento del mercato interno e la vigilanza sul loro rispetto. Sebbene tale materia rientri fra quelle di competenza esclusiva dell'Unione (art. 3, comma 1, lett. b), Tfue), sono previsti anche meccanismi di intervento decentrato da parte delle Autorità nazionali.

L'intervento europeo a tutela della concorrenza si concretizza ex post ed ex ante. La prima tipologia di intervento è tipica del diritto della concorrenza, e consiste nella repressione di fattispecie illecite, quali cartelli, abusi di posizione dominante e aiuti di Stato non consentiti[1]. I poteri repressivi sono, peraltro, impermeabili da parte di eventuali autorizzazioni nazionali, tanto che possono essere esercitati anche nei confronti di comportamenti approvati da un'Autorità nazionale[2].

---

[1] In tal senso, si pensi al recente interessamento della Commissione per l'esperienza di Trentino Ngn. Quest'ultima è stata, infatti, richiesta di chiarimenti in relazione alla natura dei finanziamenti concessi dalla Provincia di Trento, nella misura in cui potrebbero venire in rilievo come aiuti di Stato. Per tali aspetti, si rinvia a quanto già descritto nel cap. II, par. 4.

[2] Commissione europea, decisione 21 maggio 2003, n. 2003/707/Ce, *Deutsche Telekom AG*, in Guce L 263/9. L'impugnazione avverso tale decisione è stata rigettata tanto dal Tpg (sentenza 10 aprile 2008,

Tramite gli interventi ex ante, invece, vengono poste regole per il mercato. In tale processo, la Commissione adotta i principi e le norme sulle quali dovrebbe, poi, essere modellata la regolazione delle Autorità nazionali. Vengono, altresì, definite ex ante le Linee guida sui criteri di valutazione degli aiuti di Stato da parte della Commissione.

L'accentramento verso Bruxelles dell'adozione delle misure "*core*" consente di prevenire difformità normative, che, oltre ad essere incompatibili con la realizzazione di un mercato effettivamente integrato, potrebbero accentuare le divergenze economiche tra aree dell'Unione, rallentando anche la politica di coesione[3].

L'intervento europeo consente anche di prevenire la cattura dei regolatori nazionali, a cui, peraltro, viene imposto di essere indipendenti tanto dagli organi politici, quanto dagli operatori. I soggetti con potere d'influenza (pubblici o privati) potrebbero, infatti, tentare di orientare il regolatore verso politiche ad essi congeniali, al fine di sfruttare la leva regolatoria per massimizzare la propria utilità, a discapito del mercato (p.e., ostacolando l'ingresso sul mercato dei propri concorrenti, favorendo la fissazione dei prezzi e eliminando potenziali sostituti dei propri prodotti)[4]. L'Unione dovrebbe, allora, richiamare le Autorità nazionali ad una corretta regolazione del mercato. Viene, così, confermata la duplice funzione del diritto della concorrenza: da un lato contenere gli abusi di potere da parte degli operatori privati; dall'altro, tutelare i mercati anche dal potere pubblico[5].

L'intervento sovranazionale è, pertanto, assai importante per garantire la coerenza del mercato interno, e si rivela tanto più necessario alla luce del mutamento del contesto economico e politico a cui si è assistito negli ultimi anni. L'affermazione di mercati globali e di imprese transnazionali, infatti, ha reso più complessa la regolazione dell'economia, tanto che il rapporto tra Stato e mercato pare talvolta invertito: è spesso il mercato a dettare le condizioni dell'intervento pubblico[6].

---

caso T-271/03, *Deutsche Telekom AG c. Commissione*, Racc. II-477), quanto dalla Cgue (sentenza 14 ottobre 2010, Causa C-280/08, *Deutsche Telekom AG c. Commissione*, n.a.p.).

[3] L'interazione tra convergenza dei sistemi economici (intesa anche come attenuazione delle differenze negli indicatori economici) e coesione europea è evidenziata da R. Leonardi, *Coesione, convergenza e integrazione nell'Unione Europea*, Bologna 1998, *passim*, spec. 17 e 31 ss..

[4] G. J. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, in *Bell Journal of Economic and Management Science* 3/1971, 4-6. Potrebbero essere catturate tanto Autorità indipendenti, quanto soggetti politici, grazie al conferimento di voti o risorse (*ibid.*, 11).

[5] G. Amato, *Il potere e l'antitrust – Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, ed. It., Bologna 1998, *passim*.

[6] Si pensi, in tal senso, all'influenza delle valutazioni compiute dalle agenzie di *rating* sulle condizioni di emissione di titoli di debito pubblico(S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Bari 2002, 37). In termini analoghi Z. Bauman, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Roma – Bari 2002, 75, e

In uno spazio giuridico globale, però, caratterizzato da mercati ed entità pubbliche e private internazionali, l'adozione di certe decisioni non può più essere rimessa a soggetti nazionali; al contrario, la scienza giuridica guarda sempre più spesso "alle barriere giuridiche che dividono gli Stati come ad un ostacolo che si frappone alla attuazione di un efficiente mercato globale"[7]. In tale ottica, attribuire il potere decisionale a enti sovranazionali comporta, sempre più spesso, una rinuncia alla sovranità solamente formale, come mera ratifica di un'abdicazione di fatto già concretizzatasi[8], proprio per opera del "nuovo contesto economico-commerciale e finanziario internazionale"[9]. Anche nelle Ngn, appare opportuno rafforzare i poteri europei.

L'Esecutivo di Bruxelles dispone di strumenti di *soft law* e di *hard law*[10]. Oltre ad emanare le raccomandazioni per la definizione dei mercati rilevanti (art. 15, comma 1, della Direttiva Quadro), e a pubblicare gli orientamenti in materia di analisi del mercato ed individuazione degli operatori Smp (art. 15, comma 2, della Direttiva Quadro), la Commissione adotta decisioni per la definizione dei mercati transnazionali (art. 15, comma 4, della Direttiva Quadro), che costituiscono la guida sulla quale plasmare la regolazione nazionale. Tali misure richiedono un costante aggiornamento e monitoraggio, per prevenire la frammentazione dei mercati a livello nazionale ed impedire che l'uniformità normativa a monte si traduca in difformità applicative a valle[11].

La Commissione può, altresì, intervenire direttamente sulla regolazione nazionale. L'adozione di misure da parte degli Stati membri, infatti, è subordinata al rispetto di una procedura di consultazione, ad esito della quale potrebbe venire richiesto alle Autorità notificanti il ritiro delle misure prospettate. Così, l'art. 7 della Direttiva Quadro impone alle Autorità nazionali di notificare l'adozione di misure in applicazione delle direttive comunitarie alla Commissione e alle Autorità degli altri

---

S. Strange, *Chi governa l'economia mondiale?*, Bologna 1998, 21 ss.. Su tali problematiche, si v., altresì, S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Roma – Bari 2003.

[7] F. Galgano, *Le forme di regolazione dei mercati internazionali*, in *Contatto e impresa* 2/2010, 354.

[8] F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, vol. III, Padova 2009, 950, può, così, affermare che "la dimensione nazionale non è più la dimensione idonea ad un effettivo esercizio della sovranità".

[9] Benedetto XVI, *Caritas in Veritate*, Città del Vaticano 2009, 34.

[10] Sulla distinzione tra strumenti di *hard law* e *soft law*, si rinvia alla letteratura segnalata in argomento nel cap. II, par. 3, ed in particolare a M. Cini, *From Soft Law to Hard Law? Discretion and Rule-making in the Commission's State Aid Regime*, Eui Working Paper, RSCAS, 17, e G. della Cananea, *Administration by Guidelines: the Policy Guidelines of the Commission in the Field of State Aids*, in I. Harden (a cura di), *State aid. Community Law and Policy and its Implementation in Member States*, 1993, 61 ss..

[11] L. Saltari, *Accesso e interconnessione*, *cit.*, 84-85.

Paesi membri, ponendola in consultazione. Durante il periodo di consultazione, l'Autorità notificante è soggetta ad un obbligo di *stand-still*, al fine di porre tanto i soggetti istituzionali, quanto gli operatori in condizione di presentare le proprie osservazioni sul progetto di misura[12].

Le procedure in esame dovrebbero assicurare una regolazione conforme alle politiche europee, garantendo, altresì, l'uniformità delle condizioni del mercato all'interno dei singoli Stati membri. Eppure tali strumenti non sembrano sempre efficaci: la *governance* europea è basata su un'armonizzazione delle regole estremamente rispettosa delle prerogative nazionali[13], e questo avviene anche nelle Ngn. Nonostante l'elevata posta in gioco e salvo alcuni riferimenti in sede di riforma del secondo pacchetto di direttive, infatti, i poteri della coordinamento della Commissione sono deboli e i meccanismi di *enforcemtent* sono quelli generali; persino il potere di veto sulle misure nazionali, tanto invocato dalla Commissione in sede di elaborazione del terzo pacchetto, è stato, alla fine, limitato alla definizione del mercato ed all'individuazione dell'operatore Smp[14].

La Commissione presenta frequentemente osservazioni alle Autorità nazionali, che, però, (a torto o a ragione) vengono talvolta disattese. In tal senso, si pensi alle perplessità manifestate dalla Commissione sul Regolamento Ngan, nella parte in cui, in luogo dell'*unbundling,* è stata imposta la prestazione del servizio *end to end*. In caso di mancato rispetto del diritto europeo da parte degli Stati membri, la Commissione avrebbe solamente lo strumento della procedura di infrazione. Quest'ultima, tuttavia, consente di irrogare sanzioni solamente al termine di un lungo procedimento giurisdizionale, la cui efficacia deterrente appare quantomeno dubbia[15].

---

[12] Tali previsioni consentono un'apertura orizzontale degli ordinamenti (S. Cassese, *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?,* in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 3/2004, 1139). Nell'ordinamento italiano, l'art. 83 del Codice delle comunicazioni elettroniche dispone che le consultazioni si estendano anche alle questioni relative ai diritti degli utenti finali e dei consumatori, specialmente quando abbiano un impatto significativo sul mercato (G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna 2005, 119-120).

[13] S. Screpanti, *La dimensione ultrastatale delle Autorità indipendenti: i "sistemi comuni" europei e globali*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.* 3/2009, 936.

[14] Art. 7, parr. 4-6 della Direttiva Quadro, come modificata dalla Direttiva Legiferare meglio. Nella prima bozza di riforma della direttiva accesso, tuttavia, la Commissione poteva persino richiedere l'adozione di uno specifico provvedimento da parte di un'Autorità nazionale (Art. 7, c. 8, della Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica delle direttive 2002/21/Ce, 2002/19/Ce e 2002/20/Ce, 13 novembre 2007, COM(2007) 697 def, su cui già G. Napolitano, *La strategia dei controlli nella* governance *comunitaria delle comunicazioni elettroniche*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com*. 3/2008, 1480). Tale fattispecie, tuttavia, è stata espunta dal testo definitivo varato dal legislatore europeo.

[15] Per le problematiche connesse alla procedura di infrazione, sia consentito rinviare a B. Brancoli Busdraghi, *I nuovi criteri di applicazione dell'art. 228 TCE: quali sanzioni per l'inadempimento?*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato* 1/2006, 314 ss..

L'esempio citato potrebbe essere sintomatico di una "debolezza" nel sistema di supervisione. La stessa scelta di rimettere il coordinamento della Commissione ad atti di *soft law* anziché a disposizioni normative di valore cogente contribuisce ad intaccare l'uniformità della regolazione[16]. In aggiunta, gli orientamenti della politica regolatoria vengono, talvolta, decisi a livello nazionale, nonostante tali indirizzi debbano provenire piuttosto dalla Commissione, tanto che i regolatori dovrebbero diventare i veri destinatari delle direttive in materia di comunicazioni elettroniche[17], fino a diventare il tramite per la penetrazione del diritto comunitario nel diritto interno[18].

Al fine di migliorare il coordinamento delle Autorità nazionali e la coerenza della regolazione, sono state introdotte misure per rafforzare l'integrazione sovranazionale dei regolatori, tramite la trasformazione dello *European Regulators Group* in un organismo stabile, il *Board of European Regulators for Electronic Communications* (c.d. "Berec"). Si ritiene comunemente, infatti, che un maggior coinvolgimento dei regolatori nazionali nella determinazione degli orientamenti della Commissione tramite la loro partecipazione al Berec rafforzerebbe la legittimazione di Bruxelles a richiedere l'applicazione delle regole, potenziando anche la "supremazia funzionale" della Commissione[19].

Il Berec ricopre attualmente funzioni d'indirizzo e di coordinamento delle autorità nazionali ed è finalizzato anche alla diffusione delle *best practices* e degli orientamenti comuni a livello comunitario[20]; su richiesta degli Stati membri vengono, altresì, forniti consulenza e pareri sui progetti di misure regolatorie.

Il nuovo ente, tuttavia, non costituisce ancora un organismo indipendente di regolazione delle comunicazioni elettroniche, ma rappresenta prevalentemente l'istituzionalizzazione della cooperazione tra Autorità nazionali e Commissione[21]. I

---

[16] V. Bonfitto, *La disciplina comunitaria vigente e de iure condendo*, in *Programma Isbul*, *W.P. 3.1. - Semplificazione amministrativa*, Roma 2010, 26, rileva come l'utilizzo di uno strumento non vincolante sua incompatibile con la finalità della Raccomandazione di fornire un quadro di certezza giuridica.

[17] S. Cassese, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Giorn. Dir. Amm. 6/*2002, 690. Si v. anche E. Cheli, *Le Autorità amministrative indipendenti nella forma di governo*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quaderno 11, Torino 2000, 138, secondo cui la maggior parte delle decisioni assunti dall'Agcom "sono in primo luogo applicative di direttive o raccomandazioni" di derivazione europea.

[18] F. Donati, *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, Torino 2007, 48.

[19] L. Saltari, *I procedimenti amministrativi composti: il caso delle telecomunicazioni*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 2/2005, 418.

[20] Art. 2, Reg. 1211/2009/Ce.

[21] F. Donati, *Integrazione europea e regolazione*, in *Atti del Convegno Cesifin La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Firenze, 6 novembre 2009, 10. L'istituzione di un organismo europeo indipendente di regolazione potrebbe scontrarsi con la c.d. *Meroni doctrine*, nonché con le

pareri, le raccomandazioni e gli altri atti del Berec, peraltro, non sono vincolanti, ma devono solamente essere tenuti "nel massimo conto"[22].

Pur rappresentando un passo ulteriore verso il coordinamento delle istituzioni nazionali, dunque, il Berec non costituisce un'integrazione sovranazionale in senso pieno[23], tanto che la *governance* delle comunicazione elettroniche sembra ancora lontana dal modello di "un'amministrazione europea articolata in amministrazioni nazionali", sotto la guida di Bruxelles[24], con le autorità nazionali "enti autarchici della Comunità europea"[25]. La realizzazione delle Ngn potrebbe, però, trarre beneficio da una *governance* europea più forte, per imporre misure maggiormente incisive ed innovative – misure di regolazione simmetrica; misure di coordinamento degli investimenti ecc.. Aldilà dell'apparente debolezza della Commissione, l'imposizione di tali misure richiederebbe la modifica della regolazione secondaria europea, per attribuire a Bruxelles maggiori poteri.

2.2. Misure di armonizzazione e finanziamento

Oltre alla tutela della concorrenza, l'Unione europea è tradizionalmente attiva per eliminare gli ostacoli alla prestazione di servizi in Stati membri diversi da quello di stabilimento. Si pensi, *in primis*, alle criticità delle procedure abilitative locali.

In tale settore, tuttavia, un intervento sovranazionale sarebbe per molti versi problematico. In materia di rimozione delle procedure abilitative locali per la costruzione delle reti, infatti, il Consiglio dovrebbe deliberare all'unanimità ai sensi dell'art. 352 Tfue, con scarsa snellezza operativa e assoggettando le misure ad un negoziato politico che può essere difficile.

Il mercato interno richiede anche misure di pianificazione e coordinamento nella realizzazione delle infrastrutture transeuropee, anche perché, in alcuni casi, l'Unione interviene anche con misure dirette, in quanto, secondo gli organi europei, le Ngn

---

disposizioni dei trattati (*ibid.*, 48 ss.).

[22] Art. 3 del Regolamento 1211/2009/Ce. Al riguardo, v. anche, p.e., l'art. 7-*bis*, c. 1, della Direttiva Quadro, introdotto dall'art. 1, c. 7, della Direttiva 2009/140/Ce.

[23] In argomento, sia consentito rinviare alla breve descrizione in B. Brancoli Busdraghi, *I regolatori nazionali delle comunicazioni elettroniche: finalmente agenti comunitari?*, in *Giorn. Dir. Amm.* 6/2010, 597.

[24] S. Cassese, *Il sistema amministrativo europeo e la sua evoluzione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 2/1991, 772.

[25] F. Merusi, *Il diritto amministrativo comune nelle comunicazioni elettroniche*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.* 3/2004, 1275.

rappresentano un elemento chiave per la crescita economica. Tali interventi si manifestano, innanzi tutto, tramite il finanziamento. Intervengono, così, anche la Banca europea degli investimenti e i fondi strutturali, anche per contenere il divario fra zone dell'Unione e perseguire una politica unitaria a livello continentale.

L'erogazione di denaro richiede, però, misure di coordinamento, nonché la definizione standard di interoperabilità. La programmazione delle opere, pur conservando anche le sue dimensioni nazionali e locali, dovrebbe essere effettuata anche a livello sovranazionale[26], per consentire una maggior integrazione fra i mercati e facilitare la penetrazione da parte degli operatori intenzionati a posare la fibra.

Anche per tali aspetti, tuttavia, gli strumenti a disposizione dell'attore sovranazionale potrebbero rivelarsi inadeguati e sono stati avanzati alcuni dubbi sulla capacità di Bruxelles di guidare la costruzione delle grandi reti. In primo luogo, è stato rilevato che l'intervento europeo si fonda prevalentemente sull'art. 4 Tfue, che ascrive la costruzione delle reti transeuropee fra le materie di competenza concorrente – come l'art. 170 Tfue, tanto che gli Stati membri sarebbero liberi di esercitare il potere normativo nella misura in cui l'Unione non l'abbia fatto[27]. L'ascrizione della disciplina delle reti fra le materie di competenza concorrente, tuttavia, ha suscitato reazioni in parte contraddittorie. In una prima fase, parte della scienza giuridica ha ravvisato una tendenza all'accentramento decisionale a livello comunitario, a discapito delle politiche e delle competenze nazionali[28]. Più recentemente, però, è stato evidenziato come gli interventi nazionali rischino non solo di intaccare l'uniformità della normativa, ma anche di attenuare la percezione della necessità di un intervento a livello europeo[29]. Anche da qui emerge la necessità di rafforzare il coordinamento sovranazionale.

Ancora una volta, però, l'Unione pare scontare l'assenza di forti poteri decisionali in capo all'organo sovranazionale. Anche la procedura legislativa di codecisione, infatti, richiede il consenso del Parlamento europeo e del Consiglio, con conseguente

---

[26] Evidenzia tale aspetto, seppure con riferimento alle programmazioni economiche in generale, N. Rangone, *Le programmazioni economiche*, Bologna 2007, 26.

[27] Si v. P. Craig – G. De Burca, *EU Law – Text, Cases and Materials*, Oxford – New York 2009, 82 ss., nonché, in tema di politica europea in materia di realizzazione delle grandi reti, A. Predieri, *Gli orientamenti sulle reti transeuropee*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 4/1997.

[28] C. Montebello, *Brevi considerazioni sulla rete transeuropea dei trasporti alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Riv. Dir. Econ. Trasp. Amb.* 2/2004, disponibile su http://www.giureta.unipa.it/reti_transeuropee.htm. *Contra*, A. Predieri, *Gli orientamenti sulle reti transeuropee*, in *Dir. Ue* 4/1997, 569 ss., secondo cui gli Stati membri potrebbero pur sempre tutelare le loro prerogative esercitando il potere di veto in seno al Consiglio.

[29] F. Di Porto, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, Padova 2008, 37.

accentuazione dei poteri dell'organo intergovernativo e aumento del peso di interessi meramente nazionali.

Alla luce di quanto precede, rispetto all'erogazione diretta di finanziamenti a livello europeo, pare preferibile l'erogazione a livello nazionale, in quanto la maggior distanza tra l'erogatore e l'utilizzatore che si verificherebbe a livello sovranazionale comporterebbe una perdita di contatto con l'investimento, con possibile allocazione sub-ottimale delle risorse, ed innalzerebbe i costi del controllo sull'effettiva destinazione delle somme. La Commissione dovrebbe comunque vigilare sull'effettiva destinazione delle somme da parte degli Stati membri e sul rispetto della normativa in materia di aiuti di Stato.

3. Le competenze nazionali

3.1. Ambito dell'intervento centrale

Nonostante il progressivo rafforzamento dell'integrazione europea, gli Stati membri hanno mantenuto le competenze chiave nell'intervento pubblico per la costruzione delle infrastrutture. Da un lato, essi sono titolari dell'attuazione della politica industriale interna; dall'altro lato, detengono i poteri coercitivi diretti. Per tale motivo, l'intervento nazionale risulta spesso maggiormente incisivo di quello europeo[30].

Allo Stato compete, innanzi tutto, l'adozione delle politiche per l'industria, per consentire lo sviluppo del mercato nelle aree in cui quest'ultimo non può arriva o attiva con quantità sub-ottimali. Gli interventi nazionali per la realizzazione delle reti possono essere anche finalizzati ad incrementare la domanda, adottando misure per la riduzione dell'analfabetismo digitale, la modernizzazione dell'apparato pubblico e la ricerca e lo sviluppo[31]. Il livello di diffusione delle infrastrutture, però, dipende anche da valutazioni di tipo politico.

---

[30] Sull'importanza della titolarità dei poteri coercitivi, G.J. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, in *Bell Journal of Economic and Management Science* 3/1971, 4.

[31] E. Pontarollo, *Reti e servizi per il XXI secolo: il ruolo dei fornitori di tecnologie*, Milano 2006, 127-133.

Lo Stato centrale è, così, titolare dei compiti di finanziamento, pianificazione, semplificazione e regolazione, a cui deve aggiungersi il coordinamento degli enti locali, anch'essi attivi nella costruzione della rete.

3.1.1. Organo politico e autorità indipendenti

A livello nazionale, l'intervento è ripartito fra enti politici ed enti dipendenti. Gli interventi di politica industriale vengono rimessi agli organi dotati di *accountability* politica diretta, come il Legislatore e, per esso, il Governo. All'interno di quest'ultimo, la realizzazione delle nuove reti tocca le competenze di diversi Ministeri (Sviluppo Economico, Infrastrutture e Trasporti, Economia e Finanze), che, dal 2007, possono coordinarsi in seno al Comitato interministeriale per la banda larga, istituito anche con l'obiettivo di incentivare gli investimenti ed individuare strumenti di semplificazione.

A differenza della politica industriale, la regolazione, che richiede attività tecniche e neutralità politica, viene attribuita alle autorità indipendenti[32]. Queste ultime agiscono in collaborazione con la Commissione e in consultazione con gli altri Stati membri ed il mercato ai sensi delle procedure della Direttiva Quadro, che non potrebbero essere scavalcate neanche con un intervento del Legislatore[33].

I rapporti tra organi politici e organi indipendenti possono, tuttavia, rivelarsi problematici. In Italia si riscontra una certa timidezza nel coinvolgere l'Agcom, come ha dimostrato la trasposizione della Direttiva Legiferare meglio, che ha visto uno scarso coinvolgimento dell'autorità direttamente interessata. Il ritardo nella trasposizione di tale direttiva, peraltro, incide anche sul potere dell'Agcom di imporre la condivisione delle infrastrutture, e questo si traduce, in ultima analisi, in un depotenziamento del diritto sovranazionale[34].

In alcuni casi, vi sono poteri condivisi tra enti di natura diversa: si pensi al parere non vincolante dell'Agcom sulle misure di finanziamento. Nell'esperienza italiana,

---

[32] Sulla struttura e le ragioni del riparto di competenze tra Governo e Autorità indipendenti, si v. S. Cassese – C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole – Le autorità indipendenti*, Bologna 1996; G. Giraudi – M.S. Righettini, *Le autorità amministrative indipendenti – Dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell'efficienza*, Roma – Bari 2001; E. Pontarollo – A. Oglietti (a cura di), *Regole e regolatori nelle telecomunicazioni europee*, Bologna 2003; M. Clarich, *Le autorità amministrative indipendenti*, Bologna 2005; M. D'Alberti – A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Bologna 2010.

[33] Cgue, sentenza 3 dicembre 2009, causa C-424/07, *Commissione c. Germania*, Racc. I-11431. In argomento, sia consentito rinviare a B. Brancoli Busdraghi, *I regolatori nazionali delle comunicazioni elettroniche: finalmente agenti comunitari?*, *cit.*, 589 ss..

[34] L. Saltari, *Segnali di tensione tra Agcom e governo*, in *Giorn. Dir. Amm.* 7/2011, 791-792.

tuttavia, il riparto di competenze tra Agcom ed organo politico è stato oggetto di incertezze e ripensamenti da parte del Legislatore, tanto che le reciproche sfere di azione appaiono talvolta confuse, come dimostrato dalla problematica individuazione dell'ente investito del rilascio dei titoli abilitativi[35]. In assenza di competenze ben definite e di meccanismi di coordinamento, la *querelle* tra Ministero e Agcom si potrebbe ripetere anche in materia di costruzione delle Ngn, p.e. con riferimento all'individuazione dell'ente responsabile per la realizzazione del catasto delle infrastrutture potrebbe rivelarsi problematica, poiché, in una prima fase, entrambi gli enti hanno invocato tale competenza.

Tale competenza parrebbe destinata all'Agcom, che dispone già di alcuni strumenti organizzativi e del *know how* per realizzare il catasto delle infrastrutture. Il Servizio Ispettivo e Registro, infatti, ha, al suo interno, l'Ufficio del Registro degli Operatori di Comunicazione[36], che detiene un registro (il Registro degli Operatori di Comunicazione) in cui sono censiti anche gli operatori che forniscono reti pubbliche di comunicazioni[37]. L'Agcom potrebbe avvalersi delle informazioni già contenute nel Registro, per individuare gli operatori che posano fibra[38].

In aggiunta, l'autorità indipendente potrebbe avvalersi anche dei Comitati Regionali per le Comunicazioni ("Corecom"), incardinati presso i Consigli regionali. Tali strutture non sono titolari di alcun potere regolatorio, ma alcune di esse hanno ricevuto un "pacchetto di deleghe" e finanziamenti da parte dell'Autorità per l'esercizio alcune competenze[39]. L'Agcom sarebbe, dunque, "la sola Autorità

---

[35] In argomento, M. Libertini, *Contributo di Mario Libertini all'incontro Arel del 28 marzo 2006 "Il quadro regolatorio comunitario tra attuazione nazionale e proposte di revisione europea"*, Roma 2006, 7 ss.. Sull'incerto riparto di competenze fra Agcom e Ministero, si v., altresì, M. D'Alberti, *Comunicazioni elettroniche e concorrenza*, in R. Perez (a cura di), *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Milano 2004, 39, il quale sottolinea come il d.lgs. 259/2003, pur individuando nell'Agcom l'autorità di regolazione, attribuisca funzioni regolatorie anche al Ministero.

[36] Art. 19 del Regolamento concernente l'organizzazione ed il funzionamento dell'Autorità (Agcom, delibera 23 gennaio 2008, n. 58/08/CONS).

[37] A livello nazionale, vengono censiti nel registro oltre 16.000 operatori in attività (dato riscontrabile su http://www.elencopubblico.roc.agcom.it).

[38] Allo stato attuale, tuttavia, è quantomeno incerta l'utilità dei dati contenuti nel Registro degli Operatori di Comunicazione. I fornitori di reti pubbliche di comunicazione abilitati, infatti, costituiscono "fornitori di servizi di comunicazione elettronica" e si iscrivono al Registro presentando, relativamente all'attività svolta, il modello 11/ROC "Servizi di comunicazione elettronica". Tale modello, tuttavia, è lo stesso che viene presentato anche da tutti gli altri fornitori di servizi di comunicazione elettronica, come gli internet *service provider*, i titolari di *phone center* e persino gli *internet point*. Tutti questi operatori vengono, dunque, raggruppati sotto il medesimo nomen, e allo stato attuale la struttura del le tecnologie di cui dispone l'Agcom non consentono di filtrare le informazioni relative agli operatori attivi nella realizzazione delle reti in fibra ottica. La titolarità del Registro, pertanto, sarebbe un vantaggio molto contenuto.

[39] Le deleghe comprendono (i) la tenuta e la gestione del Registro degli Operatori di Comunicazione a livello regionale; (ii) la tutela dei consumatori, tramite la conciliazione e la definizione delle controversie; (iii) il monitoraggio radiotelevisivo. In base all'accordo quadro sottoscritto dall'Autorità e approvato con la delibera n. 444/08/CONS, sono state delegate le Regioni Emilia-Romagna, Puglia,

indipendente con la testa in Europa e col corpo funzionalmente articolato Regione per Regione"[40]. Tale radicamento sul territorio potrebbe consentire un contatto diretto con gli operatori ed un censimento maggiormente efficace, compensando, così, la mancanza di protocolli d'intesa come quelli stipulati dal Ministero[41].

Attualmente, tuttavia, non vi sono ancora indicazioni chiare sull'ente competente, con la conseguenza che la competenza rischia di essere esercitata tanto dall'Agcom[42], quanto dal Ministero[43]. Potrebbe, pertanto, essere valutata la realizzazione di un catasto unico che consenta la reciproca condivisione di informazioni, eventualmente nell'ambito del sistema pubblico di connettività e cooperazione (c.d. "SPCCoop").

Aldilà del catasto, occorre individuare l'ente preposto alla guida ed al coordinamento dell'intervento pubblico, non soltanto per la realizzazione delle infrastrutture, ma anche per la digitalizzazione complessiva del Paese e del suo sistema economico, per prevenire la dispersione di risorse umane e finanziarie.

In altri ordinamenti europei, è stato potenziato il ruolo dell'autorità di settore, divenuta, per certi aspetti, il perno del sistema. In Francia, l'Arcep ha incisivi poteri di vigilanza, che le consentono persino di sanzionare gli operatori sospendendo, in tutto o in parte, il diritto di installare infrastrutture per un periodo non superiore a tre anni[44]. L'Autorità francese svolge un forte ruolo in materia di coordinamento degli operatori. L'art. L47 del *Code des Postes et des Communications Electroniques* attribuisce all'Arcep poteri di mediazione e sono in corso di adozione procedure particolari per l'accesso alle infrastrutture di genio civile di France Telecom[45]. Tali procedure si basano su un dialogo tra l'operatore che richiede l'accesso e l'*incumbent*, che avrebbe anche l'obbligo di fornire informazioni circa l'ubicazione delle sue infrastrutture. All'Arcep sono stati, altresì, conferiti importanti poteri in materia di condivisione (Art. L34-8-3 Cpce).

Friuli-Venezia-Giulia, Lombardia, Umbria, Lazio, Toscana, Calabria e Trentino-Alto Adige, Basilicata, Abruzzo e Molise, oltre alle Province Autonome di Trento e Bolzano (Comitati Provinciali per le Comunicazioni - "Coprocom"). Sono, altresì, in corso i procedimenti di delega per i Corecom di Abruzzo, Veneto e Basilicata, oltre che per il Coprocom Bolzano. Sui Corecom, si v. Agcom, *Le garanzie nel sistema locale delle comunicazioni: funzioni delegate ai Co.re.com.*, Napoli 2010.

[40] *Audizione del Presidente dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni Corrado Calabrò alla Camera dei deputati, I Commissione permanente, Affari Costituzionali*, Roma 26 ottobre 2010, 5.

[41] Il Ministero, peraltro, nel protocollo d'intesa con l'Anci, sembra dare atto della competenza dell'Agcom, laddove ricorda che le autorità di regolazione, di concerto con le autorità locali, possono richiedere alle imprese le informazioni necessarie per consentire alle autorità competenti al realizzazione di un inventario dettagliato di tali informazioni.

[42] Art. 10 della delibera Agcom 22 novembre 2011, n. 622/11/CONS.

[43] Ministero dello Sviluppo Economico – Dipartimento per le Comunicazioni, *Progetto strategico Agenda digitale italiana: Implementare le infrastrutture di rete. Caratteristiche e modalità attuative*, 15 dicembre 2011,

[44] Art. L36-11 del Code des Postes et des Communications Electroniques.

[45] Arcep, *L'intervention des collectivités territoriales dans les communications électroniques*, 24.

Anche nel Regno Unito, dove il mercato sembrerebbe in grado di sostenere una larga parte degli investimenti necessari per la realizzazione delle nuove reti[46], il regolatore esercita la sua *moral suasion* ed un'attenta vigilanza.

In Italia, in base agli orientamenti espressi dal legislatore (con l'apparente approvazione dell'Agcom), le funzioni di guida vengono allocate non presso l'autorità di regolazione, ma presso l'ente ministeriale. Quest'ultimo è, infatti, responsabile dell'Agenda digitale, un documento operativo e programmatico per il raggiungimento degli obiettivi di digitalizzazione, coordinando i lavori per realizzarla e verificare semestralmente lo stato di avanzamento dei lavori[47].

L'art. 30 del decreto legge 6 luglio 2011, n. 98, ha rimesso proprio al Ministero la predisposizione di un "progetto strategico", da realizzare con il concorso delle imprese e degli enti titolari di reti e impianti di comunicazione elettronica, nel quale dovrebbero essere individuati gli interventi finalizzati alla realizzazione delle infrastrutture a banda larga e ultralarga48. Ai sensi del decreto legge 9 febbraio 2012, n. 5, inoltre, lo stesso Ministero coordina l'esecuzione dell'Agenda Digitale Italiana, nata dall'esigenza di comunicare a tutti i cittadini la strategia per la realizzazione degli obiettivi stabiliti dall'Agenda Digitale Europea. Al fine di azzerare il *digital divide*, è stato adottato il Piano Nazionale per la Banda Larga, attuato anche tramite la società *in house* Infrastel S.p.a..

Nell'ordinamento italiano, si assiste, dunque, ad un progressivo miglioramento del coordinamento degli enti preposti allo sviluppo delle nuove reti e dell'informatizzazione del Paese, la cui efficacia dovrà, tuttavia, essere verificata.

3.1.2. Autorità di regolazione e autorità della concorrenza

Accanto ad autorità settoriali (nel caso in esame, l'Agcom), sono esistono anche autorità trasversali (come l'Agcm). Non di rado si riaccende la questione della distinzione dei confini delle competenze tra autorità di regolazione e autorità antitrust[49].

---

[46] F. Caio, *Final Report – The Next Phase of Broadband UK: Action now for long term competitiveness Review of Barriers to Investment in Next Generation Access*, *Final Report*, 2008 ("Rapporto Caio"), 26.

[47] L'Agcom aveva già proposto l'attribuzione di tale funzione al Ministero (si v. Agcom, *Segnalazione al Governo in tema di liberalizzazione e crescita: Un'agenda digitale per l'Italia*, 12 gennaio 2012, 6).

[48] La prima versione del *Progetto strategico* è stata pubblicata in data 15 dicembre 2011.

[49] Per un confronto fra Agcm e Agcom, si v. V. Minervini, *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazionie e Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato: due Autorità a confronto*, in *Il diritto dell'economia* 1/2011, 77 ss..

Diversamente da quanto avviene negli Stati Uniti, dove l'autorità antitrust sembra restia ad applicare il diritto antitrust nei settori regolati[50], e contrariamente a quanto avveniva nel recente passato in alcuni settori regolamentati[51], l'ordinamento europeo e quello italiano non precludono alle autorità preposte alla tutela della concorrenza di intervenire nei settori regolati. Se è vero che, in linea di principio, l'autorità settoriale è chiamata a regolare il mercato *ex ante*, mentre quella trasversale ha il compito di far rispettare *ex post* le disposizioni in materia di cartelli ed abusi di posizione dominante, non è infrequente che anche la seconda venga a porre principi regolatori (in senso lato) tramite la sua prassi decisionale[52]. In passato, sono persino sorti contrasti decisionali tra Autorità[53].

Nel caso delle reti in fibra ottica, la tutela dell'affidamento degli operatori che effettuano ingenti investimenti richiederebbe una maggior certezza, tanto sul diritto da applicare, quanto sulle autorità chiamate a farlo. Dovrebbero, in altri termini, essere evitate situazioni in cui autorità antitrust sanzionano comportamenti avallati dall'autorità di settore[54].

---

[50] Già in *Trinko* (*Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko,* 540 U.S. (2004)). la Corte Suprema ha rifiutato di applicare il diritto antitrust in un settore oggetto di una disciplina speciale, non per esentare le imprese di quel settore dal diritto della concorrenza, ma perché l'autorità giudiziaria non sarebbe atta ad imporre obblighi di accesso, in quanto ciò implicherebbe il compimento di valutazioni tecniche che andrebbero oltre le capacità di un tribunale, imponendo invece di effettuare i controlli quotidiani tipici di un'autorità di regolazione (P. Areeda, *Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles*, in *Antitrust Law Journal* 58/1989, 841). Nel medesimo senso, più recentemente, anche la sentenza *Linkline* (*Pacific Bell Telephone Co., dba AT&T California e.a. v. linkLine Communications Co e.a.*, 07-512 U.S. 555 (2009)), su cui sia consentito rinviare anche a B. Brancoli Busdraghi, *Accesso alla rete, interconnessione e concorrenza tra Stati Uniti, UE e Italia*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 7/2009, 783 ss..

[51] Si pensi, in particolare, ai servizi bancari, in cui, prima della legge 22 dicembre 2005, n. 262, la tutela della concorrenza era rimessa alla Banca d'Italia (R. Costi, *L'ordinamento bancario*, Bologna 2007, 134-135).

[52] In argomento, si rinvia a L. Saltari, *L'interazione tra il diritto antitrust e la regolazione nelle comunicazioni elettroniche*, in *Giorn. Dir. Amm.* 5/2005, 555 ss..

[53] Si pensi, in particolare, ad Agcm, provvedimento 3 agosto 2007, n. 17131, caso A357, *Tim – Vodafone – Wind,* in cui l'Agcm ha riscontrato l'esistenza di un abuso di posizione dominante collettiva da parte degli operatori di rete mobile, che avevano commesso un abuso negando agli operatori virtuali l'accesso alle loro reti. In questa fattispecie, l'Agcm è venuta, in qualche modo, a sostituirsi all'Autorità di regolazione, che non aveva ravvisato una posizione dominante collettiva (L. Saltari, *Accesso e interconnessione*, *cit.*, 174-175). Si pensi, altresì, al noto caso della concentrazione Seat/TMC, che venne autorizzata dall'Agcm per i profili concorrenziali (Agcm, Provvedimento 23 gennaio 2001, n. 9142, caso C4158, *SEAT Pagine Gialle/Cecchi Gori Communications*), ma venne inizialmente vietata dall'Agcom per profili attinenti al pluralismo informativo (Agcom, delibera 17 gennaio 2001, n. 51/01/CONS, *Trasferimento di proprietà della Cecchi Gori Communications s.p.a. a Seat Pagine Gialle s.p.a.*). Su tale caso, si v. C. Osti, *Telecom-Tmc o de la démocratie en Italie*, in *MCR* 3/2002, 519-532).

[54] La pratica decisionale europea si è confrontata con casi di *margin squeeze* e prezzi predatori in più di un'occasione. Nel caso *Deutsche Telekom I* (Commissione europea, decisione 21 maggio 2003, n. 2003/707/Ce, *Deutsche Telekom AG*, Guce L263/9), in cui la Commissione ha sanzionato un abuso tramite *margin squeeze* commesso da Deutsche Telekom, sebbene i prezzi all'ingrosso fossero stati espressamente approvati dal regolatore tedesco. La decisione è stata confermata Tpg, sentenza 10 aprile 2008, Causa T-271/03, *Deutsche Telekom AG c. Commissione*, Racc. II-477, e Cgce, sentenza 14 ottobre 2010, causa C-280/08, *Deutsche Telekom AG c. Commissione*, n.a.p.. In Europa, la politica della concorrenza e quella regolamentare di settore parrebbero, dunque, complementari.

Oltre ad Agcom ed Agcm, nella costruzione delle Ngn possono rilevare anche altre autorità. Le reti potrebbero, infatti, essere costruite avvalendosi di infrastrutture destinate a settori diversi, come la rete fognaria o quella elettrica. Questo indurrebbe una progressiva convergenza delle reti dagli scenari di *governance* quantomeno incerti. Le interazioni fra reti diverse potrebbero, così, generare un effetto di *spill over* ed il controllo di infrastrutture fisiche potrebbe consentire ad un operatore attivo sul mercato a cui le sue reti sono primariamente destinate di accedere ad un mercato diverso. Sorge, così, la necessità di prevenire l'aggiramento delle misure regolatorie[55].

In altri settori dell'ordinamento, la ripartizione delle competenze avviene secondo criteri trasversali: le autorità non vengono preposte solamente a singoli settori di attività, ma hanno una competenza per finalità. È il caso del settore finanziario, in cui il riparto di competenze fra Banca d'Italia e Consob non avviene tanto in funzione dell'attività esercitata dagli operatori, quanto piuttosto in funzione della finalità della vigilanza[56]. La Banca d'Italia, infatti, è competente per il contenimento del rischio, la stabilità patrimoniale e la sana e prudente gestione, mentre la Consob è preposta alla tutela della trasparenza e della correttezza dei comportamenti (art. 5, commi 2 e 3, del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58).

Nel settore finanziario, i casi di sovrapposizione fra autorità preposte a settori diversi vengono affrontati anche tramite meccanismi di coordinamento. Si pensi, in particolare, ai conglomerati finanziari, vale a dire le imprese che operano nei settori bancario e/o finanziario ed in quello assicurativo. Tali soggetti sono sottoposti non solo alla vigilanza di Banca d'Italia, Consob e Isvap, ma anche a vigilanza supplementare e l'autorità responsabile per l'attività principale coordina la vigilanza (decreto legislativo 3 maggio 2005, n. 142)[57].

Anche nelle comunicazioni elettroniche, la vigilanza e la regolazione degli operatori *multiutility* potrebbero potrebbero prevedere un'autorità di coordinamento, come avviene negli Stati Uniti, dove la *Federal Communications Commission* ("Fcc"), seppur in via suppletiva, regola i diritti di passaggio degli operatori di tlc sulle strutture controllate da altre *utilities*[58].

---

[55] In tal senso, R. Posner, *Natural Monopoly and its Regulation*, Washington 1999, 115, osserva che "if regulation is not extended to embrace potential competitors of regulated firms, it may eventually wither away".

[56] M. Onado, *Economia e regolamentazione del sistema finanziario*, Bologna 2008, 97-98.

[57] Sui conglomerati finanziari, si v. R. Costi, *L'ordinamento bancario*, Bologna 2007; A. Martelloni, *I conglomerati finanziari*, Padova 2006.

[58] I prestatori di servizi elettrici, però, possono negare l'accesso agli operatori di comunicazioni

Diversamente, l'interazione fra reti e servizi potrebbe anche suscitare una nuova riflessione sulla possibilità di istituire un'autorità unica con competenze estese a più settore, sul modello del regolatore tedesco *Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen*, che regolamenta diverse imprese a rete, quali l'elettricità, il gas, le comunicazioni elettroniche, i servizi postali e le ferrovie. Una simile soluzione attenuerebbe i rischi di cattura e consentirebbe risparmi di costi, ma sarebbe sconsigliabile qualora i settori interessati dovessero seguire strategie regolatorie diverse[59].

3.2. L'intervento degli enti locali: poteri locali e controllo centrale

Gli enti locali hanno, a vario titolo, competenze in materia di reti di comunicazione elettronica. Essi sono, innanzi tutto, titolari di poteri normativi, su aspetti che toccano da vicino la costruzione delle Ngn, come il governo del territorio e l'ordinamento delle comunicazioni. Le Regioni hanno, infatti, una competenza normativa residuale generale, che può estendersi anche a materie apparentemente rimesse allo Stato, come la tutela dell'ambiente (art. 117, comma 2, Cost.)[60]. L'ascrizione alla competenza esclusiva dello Stato o a quella concorrente, infatti, ha, in alcuni casi, un valore "relativo", visto che tali "materie" vengono talvolta considerate alla stregua di "valori costituzionali". In quanto tali, esse sarebbero più che altro finalità che impegnano lo Stato e le Regioni al loro miglior perseguimento possibile, senza, però, tracciare in modo netto il confine delle competenze[61].

---

elettroniche nel caso non sussista una capacità sufficiente e per ragioni di sicurezza, affidabilità e motivi ingegneristici (art. 47 del *Code of Federal Regulations* ("CFR"), par. 1.1403(a)). Gli operatori devono fornire una risposta alle parti richiedenti entro 45 giorni dalla data di presentazione della domanda (art. 47 CFR, par. 1.1403(b)) (Oecd – Working Party on Communication Infrastructures and Services Policy, *Public rights of way for fibre deployment to the home*, 4 aprile 2008, DSTI/ICCP/CISP(2007)5/FINAL, 15. La sezione 253(c) del *Communications Act*, inoltre, fa salvo il diritto di autorità statali e locali di richiedere il pagamento di canoni equi, ragionevoli e non discriminatori (*ibid.*, 29).

[59] Nel compiere la scelta in favore di un'autorità unica o di più autorità settoriali, dovrebbero essere valutati i rischi di soluzioni difformi, la minimizzazione dei costi di funzionamento, i rischi di cattura, il livello di specializzazione dei collegi, nonché la tradizione di gestione amministrativa (V. Visco Comandini, *L'analisi economica delle Autorità indipendenti*, in M. D'Alberti – A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Bologna 2010, 56-58).

[60] A. D'Atena, *Diritto regionale*, Torino 2010, 148-149, che la definisce anche "materie-non materie". Persino la tutela della concorrenza potrebbe essere derogata dalle Regioni, qualora la disciplina di queste ultime venga a tutelarla in modo "più rigoroso" (Corte Cost., sentenza 20 novembre 2009, n. 307).

[61] P. Caretti – G. Tarli Barbieri, *Diritto regionale*, Torino 2009, 61-63. In senso analogo, già Corte Cost., sentenze 10-26 luglio 2002, n. 407 e 19-26 giugno 2002, n. 282.

Tuttavia, in alcuni settori rilevanti per le Ngn, come l'adozione delle misure regolatorie in attuazione del quadro europeo, l'intervento normativo regionale è precluso, al fine di garantire condizioni uniformi su tutto il territorio nazionale[62]. L'ascrizione alla competenza esclusiva dello Stato parrebbe, peraltro, l'unica soluzione praticabile per prevenire frammentazioni normative del mercato, che potrebbero riversare sugli operatori ulteriori costi amministrativi, sebbene vengano talvolta avanzate ipotesi di regolazione bilivello (statale e regionale)[63].

In secondo luogo, gli enti locali sono i naturali titolari delle funzioni amministrative. Il principio di sussidiarietà impone di attribuire tali funzioni all'organo più vicino agli interessati, salvo rimetterle al livello superiore in caso di inadeguato esercizio della competenza da parte di quelli inferiori[64].

Nelle Ngn, gli enti locali sono responsabili anche per l'organizzazione del territorio, ciascuno per il proprio ambito di competenza: le Regioni per i piani regionali; le Province ed i comuni per i livelli più bassi. In quanto radicati sul territorio, gli enti locali sono spesso maggiormente informati delle difficoltà e delle necessità concrete e potrebbero ricoprire un ruolo importante in sede di pianificazione e coordinamento della costruzione delle infrastrutture. Gli enti locali (in particolare, i Comuni) sono, altresì, preposti al rilascio di diversi titoli abilitativi.

Infine, gli enti locali sono attivi nel finanziamento delle infrastrutture. Questo avviene a tutti i livelli della *governance* locale: regionale (si pensi alle iniziative della Regione Emilia-Romagna), provinciale (si pensi ai casi della Provincia di Lucca e di

---

[62] La Corte Costituzionale ha affermato che "l'aver accorpato, nel medesimo titolo di competenza, la moneta, la tutela del risparmio e dei mercati finanziari, il sistema valutario, i sistemi tributario e contabile dello Stato, la perequazione delle risorse finanziarie e, appunto, la tutela della concorrenza, rende palese che quest'ultima costituisce una delle leve della politica economica statale e pertanto non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali". Per tale motivo, "l'inclusione di questa competenza statale nella lettera *e*) dell'art. 117, secondo comma, Cost., evidenzia l'intendimento del legislatore costituzionale del 2001 di unificare in capo allo Stato strumenti di politica economica che attengono allo sviluppo dell'intero Paese; strumenti che, in definitiva, esprimono un carattere unitario e, interpretati gli uni per mezzo degli altri, risultano tutti finalizzati ad equilibrare il volume di risorse finanziarie inserite nel circuito economico. L'intervento statale si giustifica, dunque, per la sua rilevanza macroeconomica: solo in tale quadro è mantenuta allo Stato la facoltà di adottare sia specifiche misure di rilevante entità, sia regimi di aiuto ammessi dall'ordinamento comunitario (fra i quali gli aiuti *de minimis*), purché siano in ogni caso idonei, quanto ad accessibilità a tutti gli operatori ed impatto complessivo, ad incidere sull'equilibrio economico generale". Apparterebbero, invece, alle regioni gli interventi sulle realtà produttive regionali (Corte Cost., sentenza 18 dicembre 2003 – 13 gennaio 2004, n, 14).

[63] In argomento, G. Sirianni – A. Valastro, *Autorità indipendenti di regolazione e Regioni*, in M. D'Alberti – A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati*, *cit.*, 195 ss., *passim*. Gli Aa. sono critici sull'opportunità di conferire poteri regolatori alle Regioni, proponendo, piuttosto, una partecipazione degli enti locali all'attività di regolazione svolta a livello centrale, in ossequio al principio collaborativo (*ibid.*, 220).

[64] A. D'Atena, *Diritto regionale*, *cit.*, 181.

Trentino Ngn) o comunale (si pensi al caso della rete universitaria del comune di Cassino).

Nonostante vengano rimesse ai livelli di governo locali diverse funzioni, il loro esercizio non pare mai pienamente libero, ma viene, in diversa misura, assoggettato al controllo centrale. Si pensi, in primo luogo, alle competenze legislative concorrenti, che, a livello regionale, vengono esercitate nei contorni e nel rispetto dei principi posti con legge dello Stato. Lo Stato mantiene, inoltre, il potere di dettare disposizioni vincolanti, anche nelle materie di competenza esclusiva regionale, al fine di prevenire difformità applicative sul territorio – fermo restando il principio di leale collaborazione[65].

In tale prospettiva, la Corte costituzionale ha ricordato che lo Stato centrale conserva una competenza per la disciplina dei procedimenti autorizzatori, in quanto l'attuazione delle prescrizioni comunitarie impone l'adozione di procedure di abilitazione tempestive e non discriminatorie. Il legislatore statale dovrebbe, pertanto, garantire l'unitarietà dei procedimenti abilitativi su tutto il territorio nazionale, nonché la loro conclusione in tempi brevi[66].

Lo Stato centrale potrebbe, inoltre, scavalcare gli enti locali per tutelare l'interesse nazionale. La stessa Corte costituzionale utilizza talvolta tale criterio per risolvere i conflitti di competenza tra Stato e Regione: la necessità di "interventi non frazionabili" interromperebbe la "concorrenza" tra i due legislatori. Verrebbe, così, affermata la prevalenza dello Stato[67].

---

[65] Da ultimo, Corte Cost., sentenza 2 febbraio 2011, n. 33, ove si afferma che "nei casi in cui, per la loro connessione funzionale, non sia possibile una netta separazione nell'esercizio delle competenze, vale il principio di leale collaborazione, suscettibile di essere organizzato in modi diversi, per forme e intensità della pur necessaria collaborazione".

[66] Corte Cost., sentenza 27 luglio 2005, n. 336. Vengono, così, rimessi allo Stato l'"ordinamento civile", il "coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale" e la "tutela della concorrenza" (V. Bonfitto, *La semplificazione nel regime giuridico dell'installazione di reti a banda larga e ultralarga*, in *Programma Isbul, W.P. 3.1. – Semplificazione amministrativa*, Roma 2010, 17).

[67] Così, nella trasmissione e distribuzione dell'energia elettrica "sussistono esigenze di unitarietà nella determinazione, tra l'altro dei criteri tecnici, che non ammettono interferenze da parte delle Regioni per effetto di autonome previsioni legislative", a causa dei potenziali inconvenienti tecnici ed economici di una elevata diversificazione della rete (Corte Cost., Sentenza 336/2005). La sentenza 14 ottobre 2005, n. 383, ha affermato che "l'ambito materiale cui ricondurre le competenze relative ad attività che presentano una diretta o indiretta rilevanza in termini di impatto territoriale, va ricercato non secondo il criterio dell'elemento materiale consistente nell'incidenza delle attività in questione sul territorio, bensì attraverso la valutazione dell'elemento funzionale nel senso dell'individuazione degli interessi pubblici sottesi allo svolgimento di quelle attività rispetto alle quali l'interesse riferibile al 'governo del territorio' e le connesse competenze non possono assumere carattere di esclusività, dovendo armonizzarsi e coordinarsi con la disciplina posta a tutela di interessi differenziati".

Anche con riferimento alle funzioni amministrative, lo Stato mantiene un generale potere di chiamata in sussidiarietà, finalizzato a consentirne l'esercizio unitario nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza[68]. Lo Stato può anche dettare norme di dettaglio suppletive, comprimendo temporaneamente la competenza legislativa regionale, al fine di "assicurare l'immediato svolgersi di funzioni amministrative che lo Stato ha attratto per soddisfare esigenze unitarie e che non possono essere esposte al rischio di ineffettività"[69].

La legislazione vigente rimette, inoltre, la pianificazione delle infrastrutture d'interesse nazionale allo Stato. Quest'ultimo deve, però, coinvolgere gli enti locali nel compimento delle valutazioni, nel rispetto dei principi di sussidiarietà e di adeguatezza, derogabili solamente "se la valutazione dell'interesse pubblico sottostante all'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia proporzionata, non risulti affetta da irragionevolezza alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità, e sia oggetto di un accordo stipulato con la Regione interessata"[70].

In tale ottica, la Legge Obiettivo ha posto il principio secondo cui la localizzazione delle grandi opere deve avvenire di concerto tra Stato e Regioni[71]. Lo Stato deve, dunque, coordinare la costruzione di infrastrutture a livello locale, per assicurarne la compatibilità con la pianificazione nazionale. Con maggior dettaglio, la delibera del Cipe 83/2003 ha affidato al Ministero dello Sviluppo Economico la realizzazione del programma infrastrutturale. Quest'ultimo è stato, poi, rimesso alla società Infratel S.p.a., controllata da Invitalia, la quale ha promosso accordi con enti locali

---

[68] A. D'Atena, *Diritto regionale*, *cit.*, 153, il quale evidenzia come, allo spostamento della competenza amministrativa, debba seguire lo spostamento della competenza legislativa (in tal senso, Corte cost., sentenza 1° ottobre 2003, n. 303).

[69] Corte Cost., sentenza 1° ottobre 2003, n. 303, par. 16.

[70] Corte Cost., sentenza 1° ottobre 2003, n. 303, par. 2.2. I principi di sussidiarietà e di adeguatezza acquisirebbero, allora, una valenza "squisitamente procedimentale", in quanto l'esigenza di esercizio unitario – che permette di attrarre tanto la funzione amministrativa, quanto quella legislativa – sarà compatibile con la Costituzione solamente in presenza di un procedimento che evidenzi in modo opportuno "le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovverosia le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà" (*ibid.*).

[71] Prima di assentire alla realizzazione dell'opera, la Regione o la provincia autonoma interessati hanno l'obbligo di sentire i comuni. Il Codice dei contratti pubblici disciplina più compiutamente la realizzazione delle infrastrutture strategiche, prevedendo una fase di individuazione delle opere e della loro collocazione di massima, una fase di approvazione del progetto preliminare, in cui viene definita la localizzazione dell'opera, e una fase di approvazione del progetto definitivo. Nelle prime due fasi, tuttavia, in cui vengono definite la collocazione e le principali caratteristiche del bene, è del tutto assente il coinvolgimento di soggetti privati, tanto direttamente quanto per il tramite delle autorità locali. Nella terza fase, sebbene venga riconosciuta una limitata partecipazione agli enti locali, questi ultimi non paiono in grado di essere realmente incisivi, e sono basati su strumenti preminentemente scritti (A. Tonetti, *La partecipazione nelle procedure di localizzazione di opere pubbliche: il caso italiano*, in A. Macchiati – G. Napolitano (a cura di), *È possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, Bologna, 2009, 177 – 184, il quale mette in evidenza l'inadeguatezza degli strumenti partecipativi dei privati).

territoriali. I diversi interventi, tuttavia, sembrano scontare un difetto di coordinamento[72].

Analogamente, l'art. 1 della l. 69/2009 dispone che il Governo, "nel rispetto delle attribuzioni costituzionali delle Regioni e nel rispetto dell'articolo 4, comma 3, lettera *h)*, del Codice delle comunicazioni elettroniche" individui un programma di interventi infrastrutturali nelle aree sottoutilizzate, per aggiornare le reti di comunicazione elettronica, in considerazione anche dell'obiettivo del "riequilibrio socio-economico tra le aree del territorio nazionale".

Nella realizzazione delle Ngn, lo Stato centrale mantiene dunque degli strumenti di controllo su quanto avviene a livello locale. L'esercizio di tali poteri di coordinamento parrebbe opportuno per prevenire eccessive disomogeneità nel cablaggio del territorio ed il frazionamento dei mercati.

Un certo livello di differenziazione territoriale, parrebbe, però, inevitabile: la migliore redditività degli investimenti e i maggiori mezzi a disposizione di alcune autorità locali porteranno necessariamente ad un cablaggio più rapido nei grandi insediamenti urbani e produttivi rispetto alle zone rurali e agli insediamenti di minori dimensioni. A meno che lo Stato, con un intervento da valutare in sede politica, non decida di intervenire per garantire il cablaggio integrale ed omogeneo del territorio.

[72] A. Tonetti, *La nuova disciplina per lo sviluppo della banda larga*, *cit.*, 134-135.

Bibliografia

Monografie e manuali

P. Alexiadis – M. Cave, *Regulation and competition in Tlc and other Network Industries*, Oxford 2010.

G. Amato, *Il potere e l'antitrust – Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, ed. It., Bologna 1998.

M. Ascheri, *Le città-Stato*, Bologna 2006.

A. Banfi – M. Biasin – M. Oriani – G. Raggetti (a cura di), *Economia degli intermediari finanziari*, Milano 2011.

C. Barnard, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, New York, 2007.

F. Bassan (a cura di)*, Diritto delle comunicazioni elettroniche*, Milano 2010.

Z. Bauman, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Roma – Bari 2002.

J.F. Baur – M. Moraing, *Rechtliche Probleme einer Deregulierung der Elektrizitätswirtschaft*, Baden–Baden 1994.

Benedetto XVI, *Caritas in Veritate*, Città del Vaticano 2009.

F. Bonelli – S. Cassese, *La disciplina giuridica della telecomunicazioni*, Milano 1999.

F. Bonelli, *Il codice delle privatizzazioni nazionali e locali*, Milano 2001.

F. Bruno – G. Nava, *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni*, Milano 2006.

E. Bruti Liberati – M. Fortis (a cura di), *Le imprese multiutility. Aspetti generali e prospettive dei servizi a rete*, Bologna 2001.

J.M. Buchanan, *Una teoria economica dei club*, in *Stato mercato e libertà*, Bologna 2006.

F. Bulckaen – C. Cambini, *La regolamentazione delle public utilities*, Pisa 1998.

D. Cameron (a cura di), *Legal Aspects of EU Energy Regulation*, Oxford 2005.

C. Cambini – P. Ravazzi – T. Valletti, *Il mercato delle telecomunicazioni. Dal monopolio alla liberalizzazione negli Stati Uniti e nella UE*, Bologna 2003.

P. Caretti – G. Tarli Barbieri, *Diritto regionale*, Torino 2009.

B. Carotti – E. Cavalieri, *La nuova semplificazione*, Milano 2009.

G.F. Cartei, *Il servizio universale*, Milano 2002.

G.F. Cartei – M. Ricchi, *Finanza di progetto*, Napoli 2009.

S. Cassese, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano 1969.

S. Cassese – C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole – Le autorità indipendenti*, Bologna 1996.

S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Bari 2002.

Id., *Lo spazio giuridico globale*, Roma – Bari 2003.

Id., *La "vecchia" costituzione economica: i rapporti tra Stato ed economia dall'Unità ad oggi*, in S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma – Bari 2007.

Id., *Lo Stato fascista*, Bologna 2010.

M. Cave – S. Majumbar – H. Rood – T. Valletti – I. Vogelsang, *The Relationship between Access Pricing Regulation and Infrastructure Competition – Report to OPTA and DG Telecommunications and Post by Brunel University*, 2001.

E. Ciapanna – D. Sabbatini, *La banda larga in Italia*, in *Banca d'Italia*, *Questioni di economia e finanza*, n. 34, 2008.

F. Cintioli, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano 2010.

C.M. Cipolla, *Storia economica dell'Europa pre-industriale*, Bologna 2002.

P. Cirielli, *La trasmissione dell'energia elettrica in Italia*, Milano 2005.

M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna 2005.

R.H. Coase, *Impresa, mercato e diritto*, Trad. It., Bologna 2006.

F. Cocozza, *Diritto pubblico applicato all'economia*, Torino 2003.

G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino 2004.

R. Costi, *L'ordinamento bancario*, Bologna 2007.

V. Cozzoli, *Un decennio di privatizzazioni: la cessione di Telecom Italia*, Milano 2004.

P. Craig – G. De Burca, *EU Law – Text, Cases and Materials*, Oxford – New York 2009.

N. Curien – M. Gensollenm, *Economie des télécommunications*, Parigi 1992, tr. it., *Telecomunicazioni, monopolio e concorrenza*, Bologna 1995.

M. D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna 2008.

M. D'Alberti – A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Bologna 2010.

A. D'Atena, *Diritto regionale*, Torino 2010.

M. De Benedetto, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Organizzazione, poteri funzioni*, Bologna 2000.

Id., *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, Torino 2008.

L. De Lucia, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino 2002.

F. Di Porto, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, Padova 2008.

F. Donati – G. Morbidelli (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, Torino 2003.

F. Donati, *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, Torino 2007.

F. Ferrara (a cura di), *L'amministrazione per sportelli*, Roma 2006.

S. Frego Luppi, *L'amministrazione regolatrice*, Torino 1999.

F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, vol. III, Padova 2009.

M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna 1995.

Id., *I beni pubblici*, Roma 1963.

R. Giovagnoli, *I silenzi della Pubblica amministrazione dopo la legge n. 80/2005*, Milano 2000.

G. Giraudi – M.S. Righettini, *Le autorità amministrative indipendenti – Dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell'efficienza*, Roma – Bari 2001.

F. Hirsh, *Social limits to growth*, Milano 2001.

N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma – Bari 1998.

C. Iaione, *La regolazione del trasporto pubblico locale: bus e taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, Napoli 2008.

A. Jones – B. Sufrin, *EC Competition Law*, Oxford – New York, 2007.

A. La Spina – G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna 2000.

A. La Spina – S. Cavatorto, *Le Autorità indipendenti*, Bologna 2008.

R. Leonardi, *Coesione, convergenza e integrazione nell'Unione Europea*, Bologna 1998.

A. Lolli, *L'amministrazione attraverso strumenti economici. Nuove forme di coordinamento degli interessi pubblici e privati*, Bologna 2008.

P.M. Manacorda (a cura di), *I nodi delle reti – Infrastrutture, mercato e interesse pubblico*, Firenze-Antella 2010

J. A. Manner, *Global Telecommunications Market Access*, Londra 2002.

A. Martelloni, *I conglomerati finanziari*, Padova 2006.

G. Marzi – L. Prosperetti – E. Putzu, *La regolazione dei servizi infrastrutturali – Teoria e pratica*, Bologna, 2001.

A. Massera (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Pisa 2004.

V. Mazzarelli, *Diritto dell'edilizia*, Torino 2004.

M. Mazziotti, *Il diritto al lavoro*, Milano 1956.

W. Mederer – N. Pesaresi – M.V. Van Hoof, *EC Competition Law – Volume IV – State aid*, Deventer 2009.

V. Meli, *Rifiuto di contrarre e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Torino 2003.

C. Mortati, *La Costituzione e la proprietà terriera*, in *Atti del terzo convegno di diritto agrario*, Milano 1954.

G. Muraro – P. Valbonesi, *I servizi idrici tra mercato e regole*, Roma 2003.

L.A. Muratori, *Della pubblica felicità oggetto de' buoni principi*, Lucca 1749.

Id., *Rudimenti di filosofia morale per Francesco III*, Modena 1752.

G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova 2001.

Id., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano 2003.

Id., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna 2005

G. Napolitano – M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna 2009.

A. Natalini, *Le semplificazioni amministrative*, Bologna 2002.

U. Natoli, *La proprietà. Appunti dalle lezioni*, Milano 1965.

D. M. Newbery, *Privatization, Restructuring and Regulation of Network Utilities*, Cambridge 2000.

E. M. Noam – G. Pogorel, *Asymmetric deregulation – The dynamics of telecommunications policy in Europe and the United States*, Ablex 1994.

R. O'Donoghue – A. Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford – Portland, 2006.

M. Onado, *Economica e regolamentazione del sistema finanziario*, Bologna 2008.

R. Perez, *Telecomunicazione e concorrenza*, Milano 2002.

Id., *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Milano 2004.

L. Perfetti, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova 2001.

E. Pontarollo – A. Oglietti (a cura di), *Regole e regolatori nelle telecomunicazioni europee*, Bologna 2003.

E. Pontarollo, *Reti e servizi per il XXI secolo: il ruolo dei fornitori di tecnologie*, Milano 2006.

R. Posner, *Natural Monopoly and its Reguation*, Washington 1999.

Id., *Antitrust Law*, Cambridge 2001.

A. Predieri, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze 1997.

L. Prosperetti – M. Siragusa – M. Beretta – M. Merini, *Economia e diritto antitrust*, Roma 2006.

S. Pugliatti, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano 1954.

N. Rangone, *I servizi pubblici*, Bologna 1999.

Id., *Le programmazioni economiche. L'intervento pubblico in economia tra piane e regolazioni*, Bologna 2007.

M. Renna, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso della s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino 1997.

Id., *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano 2004.

P. Sabbatini, *La concorrenza come bene pubblico – Il caso Microsoft*, Roma – Bari 2000.

L. Saltari, *Accesso e interconnessione – La regolazione delle reti di comunicazione elettronica*, Milano 2008.

S. Sica – V. Zeno-Zencovich, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova 2007.

A. Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nation*, 1976.

D. Spulber – C. Yoo, *Networks in Telecommunications: Economics and law*, New York 2009.

J. Stigler, *Mercato, informazione, regolamentazione,* trad. it., Bologna 1994.

J. Stiglitz, *Economia del settore pubblico. Fondamenti teorici*, Milano 2003.

S. Strange, *Chi governa l'economia mondiale?*, Bologna 1998.

G. Tabacco, *Dai re ai signori*, Torino 2000.

N. Taleb, *The Black Swan: The Impact of the Highly Improbable*, Westminster 2007.

B. Tonoletti, *Beni pubblici e concessioni*, Padova 2008.

I. Van Bael – J.-F. Bellis, *Il Diritto Comunitario della Concorrenza*, Torino 2009.

R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, Lipsia 1906-1907.

S. Wasserman – K. Faust, *Social network analysis: Methods and applications*, New York 1994.

R. Whish, *Competition Law*, Oxford – New York 2009.

R. Zaccaria – A. Valastro, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova 2010.

Articoli e saggi

C. Ai – D. Sappington, *The impact of State Incentive Regulation on the U.S. Telecommunications Industry*, in *Journal of Regulatory Economics* 22.2/2002, 107 ss..

C. Cambini, *Regole e incentivi nelle telecomunicazioni: il meccanismo di controllo tariffario e il suo impatto sul* mercato, in C. Cambini – T. Valletti, *Il mercato delle Comunicazioni nell'era digitale*, Bologna 2002.

G. Alberton, *Le droit de propriété dans la jurisprudence communautaire*, in F. Sudre – H. Labaye (a cura di), *Réalité et perspective du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles 2000.

A. Alesina – S. Ardagna – G. Nicoletti – F. Schiantarelli, *Regulation and Investment*, in *Journal of European Economic Association* vol. 3, 4/2005, 79 ss..

A. Alì, *Le autorizzazioni generali di reti e servizi di comunicazione elettronica*, in G.F. Cartei – M. Clarich (a cura di), *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano 2004.

S. Amorosino, *Le privatizzazioni in Italia: mito e realtà,* in *Foro amm.* 6/1999, 1367 ss..

Id., *La "regolazione" del settore, e mercato, delle infrastrutture*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia* 3/2010, 123, ss..

P. Areeda, *Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles*, in *Antitrust Law Journal* 58/1989, 841 ss..

M. Arsì, *I beni pubblici*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano 2003.

A. Avenali – G. Matteucci – P. Reverberi*, How does vertical industry structure affect investment in infrastructure quality?*, in *Università degli Studi di Roma "La Sapienza" – Technical Report* 8/2010.

E. Baffi, *Il problema delle* noxious facility *e le misure compensative*, in A. Macchiati – G. Napolitano (a cura di), *È possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, Bologna 2009.

F. Bassan, *L'installazione delle reti: una disciplina armonizzata per un cablaggio efficace*, in F. Bassan (a cura di)*, Diritto delle comunicazioni elettroniche*, Milano 2010.

F. Bassanini, *Prefazione*, in P.M. Manacorda (a cura di), *I nodi delle reti – Infrastrutture, mercato e interesse pubblico*, Firenze-Antella 2010.

A. Battaglia, *Reductio ad unitatem: e la Corte riconosce il principio di unitarietà della rete di telecomunicazione*, in *Giorn. Dir. Amm.* 2/2006, 168 ss..

J.M. Bauer, *The Coexistence of Regulation, State Ownership and Competition in Infrastructure Industries*, *Quello Centre for Telecommunications Management and Law – Michigan State University Working Paper* 2003.W.F. Baxter, *Condition creating antitrust concerns with vertical integration by regulated industries – "For whom the Bell doctrine tolls"*, in *Antitrust Law Journal* 52/1983, 243 ss..

A. Biancardi, *Regole e discrezionalità: la ricerca di un difficile equilibrio nella regolazione infrastrutturale*, in A. Biancardi (a cura di), *L'eccezione e la regola. Tariffe, contratti e infrastrutture*, Bologna 2009.

A. Boitani, *Per una riorganizzazione competitiva del sistema dei trasporti*, in C. De Vincenti – A. Vigneri (a cura di), *Le virtù della concorrenza*, Bologna 2006, 185 ss..

V. Bonfitto, *Gli aiuti di Stato alle reti di prossima generazione a banda ultra-larga*, in *Giorn. Dir. Amm.* 8/2010, 840 ss..

A. Boso Caretta, *La disciplina del regime autorizzatorio. Le misure di armonizzazione*, in F. Bassan (a cura di)*, Diritto delle comunicazioni elettroniche*, Milano 2010, 55 ss..

M. Bourreau – C. Cambini – S. Hoernig, *National Ftth Plan in France, Italy and Portugal*, *Eui working paper* –RSCAS 2010/51.

B. Brancoli Busdraghi, *I nuovi criteri di applicazione dell'art. 228 TCE: quali sanzioni per l'inadempimento?*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato* 1/2006, 314 ss..

Id., *Accesso alla rete, interconnessione e concorrenza tra Stati Uniti, UE e Italia*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 7/2009, 783 ss..

Id., *I regolatori nazionali delle comunicazioni elettroniche: finalmente agenti comunitari?*, in *Giorn. Dir. Amm.* 6/2010, 589 ss..

A.G. Broumas, *The Necessity of Sector Specific Regulation in Electronic Communications Law*, in *Journal of International Commercial Law and Technology*, IV, 3/2009, disponibile su http://www.jiclt.com/index.php/jiclt/article/viewArticle/81.

S. Buehler – A. Schmutzler – M. Benz, *Infrastructure quality in deregulated industries: is there an underinvestment problem?*, in *International Journal of Industrial Organization* 22/2004, 253 ss..

G. Caggiano, *La riforma del regime delle* radiofrequenze, in F. Bassan (a cura di)*, Diritto delle comunicazioni elettroniche*, Milano 2010.

G. Caia, *I servizi pubblici*, in L. Mazzarolli – G. Pericu – A. Romano – F.A. Roversi Monaco – F.G. *Scoca*, *Diritto amministrativo*, vol. II, Bologna 2005.

R. Caiazzo, *L'autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in M. D'Alberti – A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Bologna 2010, 307 ss..

Id., *L'accesso alla rete. Profili giuridici*, in F. Bassan (a cura di)*, Diritto delle comunicazioni elettroniche*, Milano 2010.

B. Caillaud – B. Jullien, *Chicken and egg: Competition among intermediation service providers*, in *RAND Journal of Economics*, 34/2003, 309 ss.

C. Calabrò – R. Viola – L. Aria, *L'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, in G. P. Cirillo – R. Chieppa (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova 2010.

C. Cambini – T. Valletti, *Concorrenza senza regole? Non ancora, grazie!*, in *MCR* 2/2003, 385 ss..

C. Cambini – A. Giannaccari, *Le telecomunicazioni nell'era della convergenza tra nuove regole e apertura al mercato*, in F. Pammolli – C. Cambini – A. Giannaccari (a cura di), *Politiche di liberalizzazione e concorrenza in Italia. Proposte di riforma e linee di intervento settoriali*, Bologna 2007.

C. Cambini, *Regole e incentivi nelle telecomunicazioni: il meccanismo di controllo tariffario e il suo impatto sul mercato*, in C. Cambini – T. Valletti (a cura di), *I mercati della comunicazione nell'era digitale*, Bologna 2002, 158 ss..

E. Cannizzaro, *Regole di concorrenza e reti transeuropee: la coerenza fra politiche comunitarie*, in A. Predieri – M. Morisi, *L'Europa delle reti*, Torino 2001, 101 ss..

V. Caputi Jambrenghi, voce *Beni pubblici*, in *Enc. Giur.*, Milano 1988.

Id., voce *Beni pubblici (uso dei)*, in *Enciclopedia del diritto*, V, Milano 1959, 304 ss..

H. Caroli Casavola, *Il principio di separazione contabile, societaria e proprietaria nei servizi pubblici*, in *MCR* 3/2001, 471–473 ss..

B. Carotti, *L'accesso alla rete e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Giorn. Dir. Amm.,* 6/2010, 643 ss..

S. Cassese, *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e* deregulation, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.* 2/1991, 378 ss..

Id., *Il sistema amministrativo europeo e la sua evoluzione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 2/1991, 769 ss..

Id., *La liberalizzazione delle telecomunicazioni,* in E Bonelli – S. Cassese (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano 1999.

Id., *I controlli pubblici sulle privatizzazioni*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 8/2001, 855 ss..

Id., *Le reti come figura organizzativa della collaborazione*, in A. Predieri – M. Morisi, *L'Europa delle reti*, Torino 2001, 43 ss..

Id., *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *MCR* 2/2002, 265 ss..

Id., *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Giorn. Dir. Amm. 6/*2002, 689 ss..

Id., *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 3/2004, 1135 ss..

Id., *Conclusioni*, in *Titolarità pubblica e regolazione dei beni – Annuario Associazione Italiana dei Professori di diritto amministrativo 2003*, Milano 2004, 382 ss..

Id., *La nuova costituzione economica*, in S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma – Bari 2007, 295 ss..

A. Castaldo – A. Nicita, *Essential Facility Access in US and EU: Drawing a Test for Antitrust Policy, Working Paper*, 2005, disponibile su http://www.ssrn.com.

F. Cavazzuti – G. Moglia, *Regolazione, controllo e privatizzazione nei servizi di pubblica utilità in Italia*, in *Economia Italiana* 1/1994, 5 ss..

M. Cave – I. Vogelsang, *How access pricing and entry interact*, in *Telecommunications Policy* 27/2003, 717 ss..

C. Cazzola, *La dottrina delle essential facilities e la dottrina antitrust*, in F. Bonelli – S. Cassese, *La disciplina giuridica della telecomunicazioni*, Milano 1999, 219 ss..

V. Cerulli Irelli, voce *Beni pubblici*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, II, Torino 1987, 273 ss..

Id., *Dubbi e incertezze sulla trasformazione dell'Ente ferrovie dello Stato in s.p.a.*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1996, 784 ss.;.

E. Cheli, *Le Autorità amministrative indipendenti nella forma di governo*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quaderno 11, Torino 2000, 129 ss..

R. Chieppa, *La (possibile) rilevanza costituzionale della semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Giorn. Dir. Amm.* 3/2009, 257 ss.;

M. Cini, *From Soft Law to Hard Law? Discretion and Rule-making in the Commission's State Aid Regime*, EUI Working Paper, RSCAS, disponibile su http://www.eui.eu/RSCAS/WP-Texts/00_35.pdf.

F. Cintioli, *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Dir. Un. Eur.*, 3/2006, 453 ss..

Id., *Le reti come beni pubblici e la gestione dei servizi*, in *Dir. Amm.*, 2/2007, 265 ss..

M. Clarich, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 2003, 91 ss..

M. Clarich – A. Boso Caretta, *I titoli abilitativi nel nuovo sistema delle comunicazioni elettroniche*, in *Dir. inf.* 2004, 401 ss..

M. Clarich, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. Amm.* 2/1995, 519 ss..

Id., *Il nuovo sistema delle autorizzazioni per le reti e I servizi di comunicazione elettronica*, in G. Morbidelli – F. Donati (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, Torino 2003.

R. Coase, *The Problem of Social Cost*, Chicago 1960, disponibile su http://www.sfu.ca/~allen/CoaseJLE1960.pdf.

G. Coco – M. Ponti, *Riflessioni per una riforma della regolazione nel settore autostradale*, in C. De Vincenti – A. Vigneri (a cura di), *Le virtù della concorrenza*, Bologna 2006, 307 ss..

G. Colangelo, *Antitrust e regolazione dopo* linkLine, in *MCR* 2/2009, 373 ss..

M. Conticelli, *I diritti di accesso e di interconnessione nella nuova disciplina dei servizi pubblici a rete*, in *MCR*, 2/2001, 369 ss..

D. Corletto, *Lo sportello dell'edilizia tra governo, Regioni e Comuni*, in *Riv. Giur. dell'Urb.*, 6/2001, 539 ss.

T. F. Cotter, *The Essential Facilities Doctrine*, in *Antitrust Law and Economics* 2010, 157 ss., disponibile anche su http://www.ssrn.com.

R.W. Crandall – G.J. Sidak – H.J. Singer, T*he Empirical Case against Asymmetric Regulation of Broadband Internet Access*, in *Berkeley Technology Law Journal* 2002, 953 ss..

G. Crea – A. Giannaccari, *Il binomio banda larga e industria dei contenuti tra innovazione, diritto antitrust e regolazione*, in *MCR* 1/2005, 77 ss..

M. D'Alberti, *Comunicazioni elettroniche e concorrenza*, in R. Perez (a cura di), *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Milano 2004, 39 ss..

N. D'Angelo, *Contributo di Nicola D'Angelo all'incontro Arel del 14 dicembre 2010 "Il futuro della banda larga. Modelli di intervento pubblico e di competizione/collaborazione a confronto"*, Roma 2011, 35 ss..

S. Davies – C. W. Price, *Does Ownership Unbundling Matter? Evidence from UK Energy Market*, in *Intereconomics* vol. 42, 6/2007, 297 ss..

M. De Benedetto, voce *Autorità indipendenti*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, I, Milano 2006.

F. de Brabant – P.M. Manacorda – G. Vannucchi, *Le telecomunicazioni: concorrenza, sviluppo – Reti di nuova generazione*, in P.M. Manacorda (a cura di), *I nodi delle reti – Infrastrutture, mercato e interesse pubblico*, Firenze-Antella 2010.

A. De la Fuente, *Is the Allocation of Public Capital across the Spanish Regions Too Redistributive?*, in *Centre for Economic Policy Research Discussion Paper 3138*, 2001, disponibile su http://www.revecap.com/encuentros/anteriores/veea/autores/D/89.pdf.

G. Della Cananea, *Administration by Guidelines: the Policy Guidelines of the Commission in the Field of State Aids*, in I. Harden (a cura di), *State aid. Community Law and Policy and its Implementation in Member States*, 1993.

Id., *Privatizzazioni senza autorità di regolazione?*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 5/1997, 487 ss..

Id., *Dalla proprietà agli usi: un'analisi comparata*, in A. Police (a cura di), *Beni pubblici: tutela, valorizzazione, gestione*, Milano 2008.

Id., *Per un nuovo assetto delle reti di servizi pubblici*, in *Munus* 1/2011, 1 ss..

L. Delli Priscoli, *Asimmetrie e funzione delle Authorities nel processo di liberalizzazione delle telecomunicazioni*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica* 2/1998, 493 ss..

R. De Martino, *Le reti di comunicazione a livello europeo: cenni tecnologici e regolamentari, implementazione di reti trans-nazionali*, in *Servizi pubblici e appalti* 1/2005, 19 ss..

F. Denozza – M. Polo, *Le reti*, in E. Bruti Liberati – M. Fortis (a cura di), *Le imprese multiutility. Aspetti generali e prospettive dei servizi a rete*, Bologna 2001.

D. De Pretis, *Lo sportello unico per l'edilizia*, in E. Ferrari (a cura di), *La disciplina pubblica dell'attività edilizia e la sua codificazione*, Milano 2002.

C. De Vincenti, *Mercato e interesse pubblico nei servizi di pubblica utilità*, in C. De Vincenti – A. Vigneri (a cura di), *Le virtù della concorrenza*, Bologna 2006.

P. Dibout, *Article 222*, in *Traité C.E.E. – Commentaire article par article*, Parigi 1992, 1389 ss..

R. Di Pace, *La finanza di progetto*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Milano 2007, 1029 ss..

F. Donati, *Integrazione europea e regolazione*, in *Atti del Convegno Cesifin La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Firenze, 6 novembre 2009.

D. Durante – G. Moglia – A. Nicita, *La nozione di Essential Facility tra regolazione e antitrust. La costruzione di un test*, in *MCR* 2/2001, 257 ss..

E. Elhauge, *Defining Better Monopolization Standards*, in *Stanford Law Review* 56/2003, 253 ss..

B. Égert – T. Kozluk – D. Sutherlan, *Infrastructure and Growth - Empirical evidence*, *OECD Economics Department Working Papers No. 685*, OECD Publishing 2009.

H. Ergas – E. Kodjo Ralph – E. Lanigan, *Price Squeezes and Imputation Tests on Next Generation Access Networks*, in *Communications and Strategies* 2/2010, 67 ss..

A. Estache – M. Fay, *Current Debates on Infrastructure Policy*, in *Commission on Growth and Development*, *Working Paper 49*, November 2009.

R. Faini, *Cumulative Process of Deindustrialization in An Open Region: The Case of Southern Italy, 1951–1973*, in *Journal of Development Economics* 12(3), 1983, 277 ss..

S. Falconieri, *I rapporti tra sistema finanziario e imprese di costruzione*, in A. Macchiati – G. Napolitano (a cura di), *È possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, Bologna 2009.

F. Fonderico, *Il nuovo tempo del procedimento, la d.i.a. ed il silenzio assenso*, in *Giorn. Dir. Amm.* 10/2005, 1017 ss..

V. Foster – T. Yepes, *Is Cost Recovery a Feasible Objective for Water and Electricity? The Latin American Experience*, in *World Bank – Policy Research Paper 3943*, 2006.

F. Francario, *Privatizzazioni, dismissioni e destinazione "naturale" dei beni pubblici*, in *Titolarità pubblica e regolazione dei beni – Annuario Associazione Italiana dei Professori di diritto amministrativo 2003*, Milano 2004, 191 ss..

E. Freni, *Le privatizzazioni*, in S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma – Bari 2007.

Id., Golden share*, ordinamento comunitario e liberalizzazioni asimmetriche: un conflitto irrisolto*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2/2007, 145 ss..

S. Frova, *La banda larga in Italia. Storia probabile di un'altra occasione perduta*, in *MCR* 3/2010, 447 ss..

F. Galgano, *Le forme di regolazione dei mercati internazionali*, in *Contatto e impresa* 2/2010, 353 ss..

E. Gallo – E. Pontarollo, *Modelli alternativi di concorrenza nelle telecomunicazioni: l'approccio italiano*, in *MCR* 3/2006, 521 ss..

A. Gambino, *Dal monopolio alla liberalizzazione: regolamentazione normativa delle asimmetrie nel mercato delle telecomunicazioni,* in *Giur. Comm*. 1/1996, 5 ss..

A. Gavosto – G. Ponte – C. Scaglioni, *Investment in Next Generation Networks and the Role of Regulation: A Real Options Approach*, School of Economics and Management – Technical University of Lisbon, *Working paper* 31/07/DE.

D. Geradin – N. Petit, *The Development of Agencies at EU and National Levels: Conceptual Analysis and Proposals for Reform,* 2006, disponibile su http://www.ssrn.com.

D. Geradin, *Limiting the Scope of Article 82 of the EC Treaty: What can the EU learn from the U.S. Supreme Court's Judgment in Trinko in the wake of Microsoft, IMS and Deutsche Telekom,* disponibile su http://www.ssrn.com.

Id., *Refusal to supply and margin squeeze: A discussion of why the "Telefonica exceptions" are wrong*, 2011, disponibile su http://www.ssrn.com .

L. Giampaolino, *Gli investimenti nelle Opere Pubbliche nel contesto del contenimento della spesa e lo scenario delle realizzazioni delle opere pubbliche in Italia. Le più frequenti criticità riscontrate e le criticità sistemiche: dalla iper-regolamentazione all'invasività giudiziaria. La corruzione e i "quattro pilastri" per la sua lotta: l'etica, la trasparenza attraverso l'uso dell'ICT, la semplificazione e il controllo*, Lectio Magistralis, tenuta a Napoli il 6 maggio 2011 nell'ambito del Convegno *Grandi infrastrutture e opere per lo sviluppo locale: garanzie e risultati*, ora disponibile su www.giustamm.it.

E. Giardino, *La natura giuridica della Dia e la tutela del terzo*, in *Giorn. Dir. Amm.* 12/2010, 1249 ss..

C. Giorgiantonio – V. Giovanniello, *Infrastrutture e project financing in Italia: il ruolo (possibile) della regolamentazione*, in *Banca d'Italia – Questioni di Economia e Finanza* 11/2009, n. 56.

G. Hardin, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 162/1968, 1243-1248, disponibile su http://www.sciencemag.org/content/162/3859/1243.full.

M. Hardt, *The non-equivalence of accounting separation and structural separation as regulatory devices*, in *Telecommunications policy* 1/1995, 70 ss..

O. Hart – J. Moore, *Property rights and the nature of the firm*, in *Journal of Political Economy* 1990, vol. 98, 1119 ss..

E. Iossa, *L'allocazione del rischio e la struttura degli incentivi nel partenariato pubblico – privato*, in A. Macchiati – G. Napolitano (a cura di), *È possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, Bologna 2009.

P.L. Joskow – R.G. Noll, *The Bell doctrine: applications in telecommunications, electricity and other network industries*, in *Stanford Law Review*, 5/1999, 1249 ss..

M.L. Katz – C. Shapiro, *Network externalities, competition and compatibility*, in *American Economic Review* 1985, 424 ss.

F. Kirsch – C. von Hirschhausen, *Regulation of NGN: Structural Separation, Access Regulation, or No Regulation at All?*, in *Communications and Strategies* 1/2008, 63 ss..

G. Kniep, *Market Entry in the Presence of a Dominant Network Operator in Telecommunications*, in P.J.J. Welfens – G. Yarrow – R. Grinberg – C. Graack (a cura di), *Towards Competition in Network Industries*, Berlino – Heidelberg – New York 1999.

J. Krafft – E. Salies, *Why and how should new industries with high consumer switching costs be regulated?: The case of broadband Internet in France*, in C. Ménard – M. Ghertman (a cura di), *Regulation, Deregulation, Reregulation – Institutional Perspectives*, Northampton 2009.

M. Lebourges, *Competition* via *Investment, an Efficient Model for FTTH Rollout*, in *Communications and Strategies* 2/2010, 45 ss..

M. Legnaioli, *Il patrimonio indisponibile degli enti pubblici e le reti e impianti di comunicazione elettronica in fibra ottica*, in *Foro Amm. C.d.S.* 2/2010, 259 ss..

C. Leporelli – P. Reverberi, *Praticabilità dell'unbundling; aspetti regolamentari e tutela della concorrenza*, in *MCR* 1/2004, 127 ss..

M. Libertini, *Regolazione e concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in *Giorn. Dir. Amm.* 2/2005, 195 ss..

Id., *Contributo di Mario Libertini all'incontro Arel del 28 marzo 2006 "Il quadro regolatorio comunitario tra attuazione nazionale e proposte di revisione europea"*, Roma 2006, 13 ss..

Id., *La nuova bozza di raccomandazione della Commissione CE sull'accesso alle reti di nuova generazione nelle comunicazioni elettroniche*, in *I-Com Working Paper* 3/2009.

Id., *Contributo di Mario Libertini all'incontro Arel del 17 settembre 2009 "Gli aiuti di Stato alla banda larga"*, Roma 2009, 8 ss..

Id., *Le reti di nuova generazione: le posizioni della Commissione europea*, in *Giorn. Dir. Amm.* 11/2009, 1223 ss..

Id., *Contributo di Mario Libertini all'incontro Arel del 14 dicembre 2010 "Il futuro della banda larga. Modelli di intervento pubblico e di competizione/collaborazione privata a confronto"*, Roma 2011, 18 ss..

A.B. Lipsky – J.G. Sidak, *Essential Facilities*, in *Stanford Law Review* 1999, vol. 51, 1187 ss..

A. Lolli, *Proprietà e potere nella gestione dei beni pubblici e dei beni d'interesse pubblico*, in *Dir. Amm.*, 1/1996, 54 ss..

N. Lucchi, *Le regole della comunicazione e dell'informazione nell'era di internet*, in *Giorn. Dir. Amm.* 8/2010, 858 ss..

B. Lyons, *Competition Policy, Bailouts and the Economic Crisis*, 2009, disponibile su http://www.ssrn.com.

M. Macchia, *La tutela del controinteressato tra denuncia e dichiarazione di inizio attività*, in *Giorn. Dir. Amm.* 2/2006, 192 ss..

A. Macchiati, *Breve storia delle privatizzazioni in Italia: 1992-1999*, in *MCR* 3/1999, 447 ss..

G.N. Mandel, *When to Open Infrastructure access*, in *Ecology Law Quarterly*, 35, 2008, 205 ss..

P.M. Manacorda – C. De Vincenti, *Introduzione*, in P.M. Manacorda (a cura di), *I nodi delle reti – Infrastrutture, mercato e interesse pubblico*, Firenze-Antella 2010.

G. Manfredi, *La finanza di progetto dopo il d.lgs. n. 152/2008*, in *Dir. Amm.* 2/2009, 429 ss..

Id., *L'interpretazione adeguatrice del Codice delle comunicazioni elettroniche*, in *Urb. e app.* 11/2005, 1407 ss..

A. Manganelli – P.L. Parcu, *La televisione convergente: IPTV e TV mobile*, in A. Nicita – G. B. Ramello – F. Silva (a cura di), *La nuova televisione – Economia, mercato regole*, Bologna 2008.

G. Mannucci, *La necessità di una prospettiva obbligatoria per la tutela del terzo nel modello della Dia*, in *Giorn. Dir. Amm.* 11/2009, 1079 ss..

K. Marcantonio, *Giocare al diritto: la sentenza della Corte costituzionale n. 336*, in *Giorn. Dir. Amm.* 2/2006, 171 ss..

M. Martoccia, *Price cap e regolazione per incentivi*, in A. Biancardi (a cura di), *L'eccezione e la regola. Tariffe, contratti e infrastrutture,* Bologna 2009.

M. Mattalia, *Il* project financing *come strumento di partenariato pubblico privato*, in *Foro amm. C.d.S.* 6/2010, 1238 ss..

B.G. Mattarella, *La scia, ovvero dell'ostinazione legislatore pigro*, in *Giorn. Dir. Amm.* 12/2010, 1328 ss..

W.L. Megginson – J.M. Netter, *From State to Market: A Survey of Empirical Studies of Privatization*, in *Journal of Economic Literature* 39/2001, 321 ss..

F. Merusi*, La Corte di giustizia condanna la* "golden share*" all'italiana e il ritardo del legislatore*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3/2000, 1236 ss..

Id., *Certezza e rischio nella finanza di progetto delle opere pubbliche*, in G. Morbidelli (a cura di), *Finanza di progetto*, Torino 2004.

Id., *Il diritto amministrativo comune nelle comunicazioni elettroniche*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.* 3/2004, 1269.

V. Minervini, *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazionie e Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato: due Autorità a confronto*, in *Il diritto dell'economia* 1/2011, 77 ss..

C. Montebello, *Brevi considerazioni sulla rete transeuropea dei trasporti alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Riv. Dir. Econ. Trasp. Amb.* 2/2004, disponibile su http://www.giureta.unipa.it/reti_transeuropee.htm.

M. Mulder – V. Shestalova, *Costs and Benefits of Vertical Separation of the Energy Distribution Industry: the Dutch Case*, in *Competition and Regulation in Network Industries* vol. 2, 1/2006, 197 ss..

G. Napolitano, *Autorità indipendenti e tutela degli utenti*, in *Giorn. Dir. Amm.* 11/1996, 14 ss..

Id., *I servizi pubblici*, in S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma – Bari 2007.

Id., *Il diritto della concorrenza svela le ambiguità della regolamentazione amministrativa*, in *Giorn. Dir. Amm.* 11/2003, 1138 ss..

Id., *Soggetti privati "enti pubblici"?*, in *Dir. Amm.* 4/2003, 801 ss..

Id., *La Patrimonio dello Stato S.p.a. tra passato e futuro: verso la scomposizione del regime demaniale e la gestione privata dei beni pubblici*, in *Titolarità pubblica e regolazione dei beni – Annuario Associazione Italiana dei Professori di diritto amministrativo 2003*, Milano 2004.

Id., *I beni pubblici e le "tragedie dell'interesse comune"*, in *Analisi economica e diritto amministrativo – Annuario Associazione Italiana dei Professori di diritto amministrativo 2006*, Milano 2007.

Id., *La strategia dei controlli nella* governance *comunitaria delle comunicazioni elettroniche*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com*. 3/2008, 1469 ss..

K.-H. Neumann – L.M. Pupillo, *New business models for Next Generation Access – Introduction*, in *Communications and Strategies* 2/2010, 13 ss..

P. Nicolaides – M. Klies, *Where is the advantage? The case of broadband infrastructures*, in *European State Aid Law Quarterly* 4/2007, 615 ss..

M. Orofino, *Il* Telecoms package: *luci ed ombre di una riforma molto travagliata*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.* 2/2010, 513 ss..

Id*., La governance delle comunicazioni elettroniche. Il complesso sistema di networks decisionali caratterizzato da "raccordi verticali" tra le ANR e la Commissione e da "raccordi orizzontali trale ANR e tra di esse e la Commissione*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.* 3/2010, 737 ss.

C. Osti, *Telecom-Tmc o de la démocratie en Italie*, in *MCR* 3/2002, 519 ss..

L. Papadias – F. Chirico – N. Gaàl, *The new State Aid Broadband Guidelines: not all Black and White*, in *Competition Policy Newsletter* 3/2009, disponibile su http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/cpn2009_3.pdf, 17 ss..

R. Pardolesi – M. Granieri – A. Giannaccari – G. Colangelo, *Di regolazione, antitrust e diritti di proprietà intellettuale*, in *MCR*, 1/2004, 1 ss..

R. Pardolesi, *Il mercato dell'energia nucleare*, in G. Napolitano – A. Zoppini (a cura di), *Il diritto dell'energia nucleare – Annuario di diritto dell'energia*, Bologna 2011.

V. Parisio, *Beni ferroviari, servizi di trasporto ferroviario, demanio e patrimonio*, in A. Police (a cura di), *Beni pubblici: tutela, valorizzazione, gestione*, Milano 2008.

G. Pasquini, *Partenariato pubblico – privato e amministrazioni pubbliche*, in A. Macchiati – G. Napolitano (a cura di), *È possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, Bologna, 2009.

M. Pollitt, *The arguments for and against ownership unbundling of energy transmission networks*, in *Energy Policy*, 36(2), 2008, 704 ss..

A. Predieri, *Le reti transeuropee nei Trattati di Maastricht e di Amsterdam*, in *Dir. Ue* 3/1997, 287 ss..

Id., *Gli orientamenti sulle reti transeuropee*, in *Dir. Ue* 4/1997, 569 ss..

J.E. Prieger, *Telecommunications Regulation and New Services: a Case Study at the State Level*, in *Journal of Regulatory Economics* 20, 3/2001, 285 ss..

L. Prosperetti, *Monopolio, concorrenza e regolazione: i pubblici servizi in un mercato che cambia*, in *Economia e politica industriale* 80/1993, 105 ss..

Id., *I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza – Teoria economica ed esperienze recenti*, in *MCR* 2/2002, 277 ss..

Id., Essential facilities *in via di costruzione? Una riflessione sulle politiche pubbliche nei confronti delle* Next Generation Nertworks, in *L'industria* 1/2011, 3 ss..

Id., *Obiettivi giusti, ma regole superate*, in *Corriere delle Comunicazioni* del 21 marzo 2011, 4.

L. G. Radicati di Brozolo, *Simmetria e asimmetria nel diritto comunitario delle telecomunicazioni*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica* 2/1997, 497 ss..

Id., *Il nuovo quadro delle comunicazioni elettroniche. Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria*, in *MCR* 3/2002, 561 ss..

M. Ragusa, *Reti e servizi di pubblica utilità: il caso delle comunicazioni elettroniche*, in *Dir. Soc.* 2/2007, 317 ss..

O. Ranelletti, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico. Teoria*, in *Riv. It. Sc. Giur.* XXV, 1998, ora in *Scritti scelti*, 134 ss..

N. Rangone, voce *Comunicazioni elettroniche*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano 2006.

Id., voce *Regolazione*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano 2006.

F. Rawlinson, *The Role for Policy Frameworks, Codes and Guidelines in the Control of State Aid*, in I. Harden (a cura di), *State Aid: Community Law and Policy*, 1993, Cologne.

G. Razzano, *La "reinterpretazione" della sussidiarietà nella recente giurisprudenza costituzionale, con particolare riguardo alle novità introdotte dalla sent. n. 303/2004*, in *Giurisprudenza italiana* 2005, 201 ss..

M. Renna, *Beni "pubblici" degli enti "privatizzati"*, in *Titolarità pubblica e regolazione dei beni – Annuario Associazione Italiana dei Professori di diritto amministrativo 2003*, Milano 2004.

J. Rifkin, *Europa, passa all'idrogeno: sarà la rivoluzione per una nuova era*, 10 marzo 2010, disponibile su http://cetri-tires.org/press/?p=213&lang=it.

M. Ricolfi, *Proprietà intellettuale, antitrust e reti*, in C. Cambini – T. Valletti (a cura di), *I mercati della comunicazione nell'era digitale*, Bologna 2002.

C. Ritter, *Refusal to Deal and Essential Facilities: Does Intellectual Property Require Special Deference Compared to Tangible Property?*, in *World Competition* 3/2005, 281 ss..

G. M. Roberti, *Contributo di Gian Michele Roberti all'incontro Arel del 28 marzo 2006 "Il quadro regolatorio comunitario tra attuazione nazionale e proposte di revisione europea"*, Roma 2007, 30 ss..

P. Robinson, *The Private Finance Initiative: Saviour, Villain or Irrelevance?*, Institute for Public Policy Research, *Working paper,* 2000.

S. Rodotà, *Note su proprietà e sovranità*, in *Politica dir.* 1993, 171 ss..

Id., *Commento all'art. 42*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna – Roma, 1982, 80 ss..

M.A. Rossi – A. Todisco, *Strumenti innovativi per il finanziamento delle infrastrutture: l'esperienza dei fondi d'investimento infrastrutturale*, in A. Macchiati – G. Napolitano (a cura di), *È possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, Bologna, 2009.

R. Rotigliano, *Beni pubblici, reti e la dottrina delle* essential facilities, in *Dir. Amm.* 4/2006, 953 ss..

P. Rubino, *I settori infrastrutturali di servizio pubblico: caratteristiche economiche e loro regolazione*, in A. Biancardi (a cura di), *L'eccezione e la regola. Tariffe, contratti e infrastrutture,* Bologna 2009, 46 ss..

G. Rusconi, *Vodafone, Fastweb e Wind: "Così costruiremo insieme la nuova rete a banda ultralarga"*, disponibile su http://www.ilsole24ore.com.

L. Saltari, *I procedimenti amministrativi composti: il caso delle telecomunicazioni*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 2/2005, 389 ss..

Id., *L'interazione tra il diritto antitrust e la regolazione nelle comunicazioni elettroniche*, in *Giorn. Dir. Amm.* 5/2005, 555 ss..

Id., *La regolazione asimmetrica nelle comunicazioni elettroniche tra Agcm, Agcom e giudice amministrativo*, in *Giorn. Dir. Amm.* 10/2006, 1212 ss..

Id., *Segnali di tensione tra Agcom e governo*, in *Giorn. Dir. Amm.* 7/2011, 788 ss..

P. Samuelson, *The Pure Theory of Public Expenditure*, in *The Review of Economics and Statistics*, vol. 36, N. 4, 11/1954, 387-389, disponibile su http://163.117.2.172/microii-phd/P%20Samuelson.pdf.

A. M. Sandulli, voce *Beni pubblici*, in *Enciclopedia del diritto*, V, Milano 1959.

G. Sanviti, *La regolazione dei servizi*, in *Giorn. Dir. Amm.* 11/1996, 10 ss..

F. Satta – M. Zaccheo, *Note sulla separazione della rete di Telecom Italia*, in *Dir. Amm.* 1/2008, 1 ss., ora anche in *Giust. Amm.* 6/2007, 1205 ss. .

S. Screpanti, *La dimensione ultrastatale delle Autorità indipendenti: i "sistemi comuni" europei e globali*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.* 3/2009, 914 ss..

M.H. Riordan – S.C. Salop, *Evalutaing vertical mergers: A post-Chicago approach,* in *Antitrust Law Journal* 1995, 513 ss..

H.A. Shelanski, *Vertical relations and "neutrality" in broadband communications: neither market nor hierarchy?*, in C. Ménard – M. Ghertman (a cura di), *Regulation, Deregulation, Reregulation – Institutional Perspectives*, Northampton 2009.

M. Sideri, *La svolta della Società della rete, la Cassa Depositi e Prestiti sarà il primo azionista*, in *Corriere della Sera* del 10 febbraio 2011, 11.

P.E. Signorini, *Il finanziamento e la realizzazione delle grandi infrastrutture in Italia: l'esperienza della legge obiettivo del 2001*, in A. Macchiati – G. Napolitano (a cura di), *È possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, Bologna, 2009.

M. Siragusa – M. D'Ostuni – F. Marini Balestra, *I mercati rilevanti dei prodotti e servizi e la regolazione* ex ante, in F. Bassan (a cura di)*, Diritto delle comunicazioni elettroniche*, Milano 2010.

M. Siragusa – S. Ciullo, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e il rapporto con il diritto della concorrenza*, in *MCR* 3/2002, 511 ss..

G. Sirianni – A. Valastro, *Autorità indipendenti di regolazione e Regioni*, in M. D'Alberti – A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Bologna 2010.

B. Soria – F. Hernandez-Gil, *Do NGAN Economics Allow for Network Competition?*, in *Communications and Strategies* 2/2010, 29.

G. C. Spattini, *"Vere" e "false" "golden shares" nella giurisprudenza comunitaria. La "deriva sostanzialista" della Corte di giustizia, ovvero il "formalismo" del*

principio della "natura della cosa": il caso Volkswagen, e altro..., in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.* 1/2008, 303 ss..

G. J. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, in *Bell Journal of Economic and Management Science* 3/1971.

A. Tonetti, *La partecipazione nelle procedure di localizzazione delle opere pubbliche: il caso italiano*, in A. Macchiati – G. Napolitano (a cura di), *È possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, Bologna, 2009.

Id., *La nuova disciplina per lo sviluppo della banda larga: vera semplificazione?*, in *MCR* 1/2011, 117 ss..

B. Tonoletti, *Beni ad uso comune del mercato e servizi a rete*, in *Titolarità pubblica e regolazione dei beni – Annuario Associazione Italiana dei Professori di diritto amministrativo 2003*, Milano 2004.

L. Torchia, *In principio sono le funzioni (amministrative): la legislazione seguirà*, in *www.astridonline.it*, 2003.

On. Giulio Tremonti, *Liberalizzare: le troppe leggi sono la tirannia da abbattere*, in *Corriere della Sera*, 11 gennaio 2011, 1 e 27.

W. Vasselli, *Obblighi di servizio pubblico, partenariati pubblico-privati, aiuti di Stato sotto forma di compensazione*, in A. Biancardi (a cura di), *L'eccezione e la regola. Tariffe, contratti e infrastrutture,* Bologna 2009.

Id., *La regolazione dei servizi di interesse generale tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale*, in A. Biancardi (a cura di), *L'eccezione e la regola. Tariffe, contratti e infrastrutture,* Bologna 2009.

G. Vesperini, *La denuncia di inizio attività e il silenzio assenso*, in *Giorn. Dir. Amm.* 1/2007, 83 ss..

A. Vigneri, *Coesione sociale e tutela della concorrenza in un sistema multilivello*, in C. De Vincenti – A. Vigneri (a cura di), *Le virtù della concorrenza*, Bologna 2006.

V. Visco Comandini, *L'analisi economica delle Autorità indipendenti*, in M. D'Alberti – A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Bologna 2010.

I. Vogelsang, *Price Regulation of Access to Telecommunications Networks*, in *Journal of Economic Literature*, 41, 2003, 830 ss..

S. Weatherill, *Pre-emption, Harmonisation and the Distribution of Competence to Regulate the Internal Market*, in C. Barnard, J. Scott, *The law of the Single European Market – Unpacking the Premises*, Hart Publishing 2002.

V. Zeno-Zencovich – F. Mezzanotte, *Le reti della conoscenza: dall'economia al diritto*, in *Rivista dell'informazione e dell'informatica* 2/2008, 141 ss.

Sentenze della Corte costituzionale

Corte cost., sentenza 26 ottobre 1988, n. 1028.

Corte cost., sentenza 15 aprile 1996, n. 120.

Corte cost., sentenza 29 aprile 1999, n. 167.

Corte Cost., sentenza 10-26 luglio 2002, n. 407.

Corte Cost., sentenza 19-26 giugno 2002, n. 282.

Corte Cost., sentenza 1° ottobre 2003, n. 303.

Corte Cost., sentenza 18 dicembre 2003 – 13 gennaio 2004, n. 14.

Corte Cost., sentenza 27 luglio 2005, n. 336.

Corte Cost. sentenza 14 ottobre 2005, n. 383,

Corte Cost., sentenza 20 novembre 2009, n. 307.

Corte Cost., sentenza 2 febbraio 2011, n. 33.

Sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea e del Tribunale di primo grado e conclusioni degli avvocati generali

Cgce, sentenza 6 marzo 1974, cause riunite 6 e 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. e Commercial Solvents Corp. c. Commissione*, Racc. 223.

Cgce, sentenza 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands Company e United Brands Continentaal c. Commissione*, Racc. 207.

Cgce, sentenza 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche c. Commissione*, Racc. 461.

Cgce, sentenza 19 maggio 1993, causa C-320/91, *Procedimento penale nei confronti di Paul Corbeau*, Racc. I-2563.

Cgce, sentenza 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, *RTE e ITP c. Commissione,* Racc. I-743.

Cgce, sentenza 26 novembre 1998, causa C-6/97, *Oskar Bronner c. Mediaprint*, Racc. I-7791.

Cgce, sentenza 5 ottobre 1998, causa 238/88, *Volvo c. Veng*, Racc. 6211-

Cgce, sentenza 22 novembre 2001, causa C-53/00, *Ferring SA c. Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)*, Racc. I-9067.

Cgce, sentenza 9 settembre 2002, Causa C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi c. Agcm*, Racc. I-8055.

Cgce, sentenza 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark Trans GmbH*, Racc. I-7747.

Cgce, sentenza 29 aprile 2004, causa C-418/01, *IMS Health GmbH e a. c. NDC Health GmbH e a.*, Racc. I-5039.

Cgce, sentenza 26 marzo 2009, causa C-326/07, *Commissione c. Italia*, Racc. I-2291.

Cgue, sentenza 3 dicembre 2009, causa C-424/07, *Commissione c. Germania*, Racc. I-11431.

Cgue, sentenza 14 ottobre 2010, Causa C-280/08, *Deutsche Telekom AG c. Commissione*, n.a.p..

Cgue, sentenza 3 dicembre 2009, causa C-424/07, *Commissione c. Germania*, Racc. I-11431.

Conclusioni dell'Avvocato generale Capotorti dell'8 novembre 1979, nella causa 44/79, *Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, Racc. 3747.

Conclusioni dell'Avvocato generale Francis Jacobs del 28 maggio 1998, Causa C-6/97, *Oskar Bronner c. Mediaprint*, Racc. I-7791.

Tpg, sentenza 17 settembre, causa T-201/04, *Micrososoft c. Commissione*, Racc. II-601

Tpg, sentenza 15 settembre 1998, cause riunite T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94, *European Night Services e a. c. Commissione*, Racc. II-3141.

Tpg, sentenza 30 gennaio 2007, causa T-340/03, *France Télécom SA c. Commissione*, Racc. II-107.

Tpg, sentenza 10 aprile 2008, causa T-271/03, *Deutsche Telekom AG c. Commissione*, Racc. II-477.

Decisioni del Consiglio di Stato

Cons. Stato, sez. VI, decisione 16 novembre 2004, n. 7502.

Cons. Stato, Sez. VI, decisione 17 febbraio 2010, n. 898.

Cons. Stato, Sez. VI, decisione 27 dicembre 2010, n. 9404.

Cons. Stato, Sez. VI, decisione 23 febbraio 2011, n. 1121.

Sentenze della Corte di Cassazione

Cass. civ., sentenza 9 novembre 1960, n. 2986.

Cass. Civ., sentenza 21 aprile 2009, n. 9427.

Comunicazioni e raccomandazioni della Commissione europea

Commissione europea, *Comunicazione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza*, COM(1997) C 372/5.

Commissione europea, decisione 21 maggio 2003, n. 2003/707/Ce, *Deutsche Telekom AG*, L 263/9.

Commissione europea, decisione decisione 22 febbraio 2006, procedimento N 131/05, Regno Unito, *FibreSpeed Broadband Project Wales*, C(2006) 433 final.

Commissione europea, decisione 13 settembre 2006, procedimento N 222/2006, Italia, *Banda larga nelle aree rurali della Toscana*, C(2006) 3977 def.

Commissione europea, decisione 10 ottobre 2007, procedimento N 473/2007, Italia, *Messa a disposizione di connessioni a banda larga in Alto Adige*, C(2007) 4538 def.

Commissione europea, decisione 4 luglio 2007, caso COMP/38.784, *Wanadoo España* vs. *Telefónica.*

Commissione europea, *Raccomandazione della Commissione del 17 dicembre 2007 n. 2007/879/CE, relativa ai mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche*, (2007) L 344/65.

Commissione europea, decisione 11 dicembre 2007, caso C 53/2006, *Citynet Amsterdam – Investment by the city of Amsterdam in a fibre-to-the-home (FTTH) network*, 2008 L 247/27.

Commissione europea, decisione 30 settembre 2009, procedimento N 331/2008, Francia, *Compensation de charges pour une Délégation de Service Public (DSP) pour l'établissement et l'exploitation d'un réseau de communications électroniques à très haut débit dans le Département des Hauts-de-Seine*, C(2009) 7426 def.

Commissione europea, *Preparare il futuro digitale dell'Europa – Riesame intermedio dell'iniziativa i2010*, COM(2008) C 199 def.

Commissione europea, *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato Ce al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, COM(2009) C 45/02.

Commissione europea, *Orientamenti comunitari relativi all'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato in relazione allo sviluppo rapido di reti a banda larga*, COM(2009) C 235/04.

Commissione europea, *Un'agenda digitale europea*, COM(2010) C 245 def.

Commissione europea, decisione 28 giugno 2010, procedimento N 626/2009, *Italia, Nga per distretti industriali – Lucca*, C(2010) 4473.

Commissione europea, *La banda larga in Europa: investire nella crescita indotta dalla tecnologia digitale*, COM(2010) C 472 def.

Commissione europea, *Raccomandazione della Commissione del 20 settembre 2010 relativa all'accesso regolamentato alle reti di accesso di nuova generazione (NGA)*, (2010/572/UE) L 251/35.

Commissione europea, decisione 29 settembre 2010, caso COMP/39.315 — ENI, 2010/C 352/10.

Commissione europea, decisione 16 novembre 2010, procedimento N 305/2010, *Italia, Riduzione del* digital divide *in trentino*, C(2010) 8153.

Commissione europea, *Europa 2020 Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, COM(2010) C 2020.

Commissione europea, *Commission decision concerning case ES/2010/1097: Implementation of remedies imposed in the markets for wholesale broadband access and call origination on the public telephone network provided at a fixed location in Spain. Article 7(3) of Directive 2002/21/EC: Comments*, COM(2010) C 5437.

Commissione europea, decisione 23 maggio 2011, procedimento N 436/2010, *Italia, Banda larga in Friuli Venezia Giulia (programma ERMES)*, C(2011) 3498.

Commissione europea, *Decisione della Commissione sui casi IT/2011/1230 e IT/2011/1231: Rimedi sul mercato dell'accesso (fisico) alle infrastrutture in postazione fissa e sul mercato dell'accesso alla banda larga all'ingrosso in Italia – Osservazioni ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 3, della direttiva 2002/21/CE*, 27 giugno 2011, COM(2011) C 4763.

Delibere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Agcom, delibera 16 marzo 2000, n. 2/00/CIR.

Agcom, delibera 21 giugno 2000, n. 388/00/CONS.

Agcom, delibera 17 gennaio 2001, n. 51/01/CONS, *Trasferimento di proprietà della Cecchi Gori Communications s.p.a. a Seat Pagine Gialle s.p.a.*.

Agcom, delibera 15 maggio 2002, n. 152/02/CONS.

Agcom, delibera 16 febbraio 2005, n. 117/05/CONS..

Agcom, delibera del 12 gennaio 2006, n. 4/06/CONS

Agcom, delibera 2 maggio 2007, n. 208/07/CONS.

Agcom, delibera 23 gennaio 2008, n. 58/08/CONS.

Agcom, delibera 16 dicembre 2009, n. 731/09/CONS.

Agcom, delibera 5 ottobre 2010, n. 510/10/CONS.

Agcom, delibera 18 maggio 2011, n. 301/11/CONS.

Agcom, delibera 22 novembre 2011, n. 622/11/CONS.

Agcom, delibera 11 gennaio 2012, n. 1/12/CONS.

Agcom, *Segnalazione al Governo in tema di liberalizzazione e crescita: Un'agenda digitale per l'Italia*, 12 gennaio 2012.

Provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Agcm, provvedimento 23 gennaio 2001, n. 9142, caso C4158, *SEAT Pagine Gialle/Cecchi Gori Communications*.

Agcm, provvedimento 16 novembre 2004, n. 13752, caso A351, *Comportamenti abusivi di Telecom Italia*.

Agcm, provvedimento 3 agosto 2007, n. 17131, caso A357, *Tim – Vodafone – Wind.*

Agcm, provvedimento 23 ottobre 2008, n. 19021, caso A 391 – *Servizi di soccorso autostradale*.

Agcm, parere AS774 – *Provincia Autonoma di Trento – Finanziamento per diffusione di servizi di connetività avanzate.*

Provvedimenti dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas

Aeeg, delibera 13 febbraio 2006, n. 28/06.

Delibere di Tribunali ed autorità straniere

U.S. Supreme Court, *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko,* 540 U.S. (2004).

U.S. Supreme Court, *Pacific Bell Telephone Co., dba AT&T California e.a. v. linkLine Communications Co e.a.*, 07-512 U.S. 555 (2009).

Conseil Constitutionnel, décision 10 giugno 2010, 2009-580.

Arcep, décision 22 dicembre 2009, n. 2009-1106.

Cmt, delibera 22 gennaio 2009, procedimento MTZ 2008-626.

Cmt, delibera 12 febbraio 2009, procedimento MTZ 2008-965.

Studi e rapporti

Arcep, *Lettre de l'Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes*, settembre/ottobre 2008.

Arcep, *L'intervention des collectivités territoriales dans les communications électroniques – Points de repère sur le déploiement du très haut débit (FTTH - fibre optique jusqu'à l'abonné)*, Maggio 2008.

Agcom (a cura di), *Programma di ricerca "Infrastrutture e servizi a banda larga e ultralarga" – Rapporto Finale*, Roma 2010.

Agcom, *Le garanzie nel sistema locale delle comunicazioni: funzioni delegate ai Co.re.com.*, Napoli 2010.

Agcom, *Relazione annuale 2011 sull'attività svolta e sui programmi di lavoro, presentazione del Presidente Corrado Calabrò*, Roma 2011.

Agcom, *Segnalazione al Governo in tema di liberalizzazione e crescita: Un'agenda digitale per l'Italia*, Roma, 12 gennaio 2012.

Banca d'Italia, *Relazione annuale sul 2010*, Roma, 31 maggio 2011.

F. Caio, *Final Report – The Next Phase of Broadband UK: Action now for long term competitiveness – Review of Barriers to Investment in Next Generation Access*, 2008.

F. Caio, *Portare l'Italia verso la leadership europea nella banda larga Considerazioni sulle opzioni di politica industriale – Presentazione sulle conclusioni del progetto al Ministero dello Sviluppo Economico – Comunicazioni*, 12 Marzo 2009.

Audizione del Presidente dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni Corrado Calabrò alla Camera dei deputati, IX Commissione permanente, Trasporti poste e telecomunicazioni, Roma 16 settembre 2008, in *Giorn. Dir. Amm.* 11/08, 1075 ss..

Audizione del Presidente dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni Corrado Calabrò alla Camera dei deputati, I Commissione permanente, *Affari Costituzionali*, Roma 26 ottobre 2010.

Confindustria, *Servizi e Infrastrutture per l'Innovazione Digitale del Paese*, 15 giugno 2009.

Conseil Général des Ponts et des Chaussés – Conseil Général des technologies de l'information, *Mission d'étude sur le développement du très haut débit – Rapport final*, Rapporti nn. 005083-01 e II-2.5.2007, 2007, 15).

Corte dei conti, Sezione centrale di controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato – Ufficio di controllo sui Ministeri delle attività produttive, *Interventi per infrastrutture a "banda larga" nelle aree depresse*, Roma 2007.

Department for Business, Innovation and Skills – Department for Culture, Media and Sport, *Building Britain's Future, Digital Britain – Final Report,* Giugno 2009.

ERDF, *Contribution à l'Internet haut débit – Offre d'ERDF*, Giugno 2008, disponibile su www.erdfdistribution.fr.

FTTH Council, *Regulatory barriers to fibre deployment*, 2008.

Mc Kinsey Analysis*, Broadband: Commission consults on regulatory strategy to promote high-speed Next Generation Access networks in Europe – frequently asked* questions, 2008.

Ministero dello Sviluppo Economico – Dipartimento per le Comunicazioni, *Piano Italia Digitale*, Roma 2010.

Ministero dello Sviluppo Economico – Dipartimento per le Comunicazioni, *Progetto strategico Agenda digitale italiana: Implementare le infrastrutture di rete. Caratteristiche e modalità attuative*, Roma, 15 dicembre 2011.

Nomisma (a cura di), *Le reti per lo sviluppo, lo sviluppo per le reti – Rapporto Nomisma sulla politica industriale*, Roma 2003.

Oecd, *Infrastructure to 2030: Mapping Policy for Electricity, Water and Transport*, 2007.

Oecd*, Principles for Private Sector Participation in Infrastructure*, 2007.

Oecd – Working Party on Communication Infrastructures and Services Policy, *Public rights of way for fibre deployment to the home*, DSTI/ICCP/CISP(2007)5/FINAL, 9.

Oecd*, Public Private Partnerships: in Pursuit of Risk Sharing and Value of Money*, 2008.

Ofcom, *Next Generation New Build: Delivering super-fast broadband in new build housing developments*, 23 settembre 2008.

Ofcom, *Delivering super-fast broadband in the UK – Promoting investment and competition*, 3 marzo 2009.

Premier Ministre, Secrétariat d'Etat chargé de la prospective, de l'évaluation des politiques publiques et du développement de l'économie numérique Eric Besson, Octobre 2008, *France Numérique 2012 – plan de développement de l'économie*.

Telecom Italia, *Corporate profile di Telecom Italia S.p.a.*, disponibile su http://www.telecomitalia.com/tit/it/corporate/about_us/profile.html.

Tlc: Fastweb, Vodafone e Wind presentano proposta per Trentino Ngn, disponibile su http://www.borsaitaliana.it.