



DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

ANNO 2016, NUMERO 2

FONDATA E DIRETTA DA

ALBERTO M. GAMBINO

COMITATO DI DIREZIONE

Valeria Falce, Giusella Finocchiaro, Oreste Pollicino, Giorgio Resta, Salvatore Sica

COMITATO SCIENTIFICO

**Guido Alpa, Giovanni Comandè, Gianluca Contaldi, Vincenzo Di Cataldo, Giorgio Florida,
Gianpiero Gamaleri, Gustavo Ghidini, Andrea Guaccero, Mario Libertini, Francesco Macario,
Roberto Mastroianni, Giorgio Meo, Cesare Mirabelli, Enrico Moscati, Alberto Musso,
Luca Nivarra, Gustavo Olivieri, Cristoforo Osti, Roberto Pardolesi, Giuliana Scognamiglio,
Giuseppe Sena, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini**

E

**Margarita Castilla Barea, Cristophe Geiger, Reto Hilty, Ian Kerr, Jay P. Kesan, David Lametti,
Fiona MacMillan, Maximiliano Marzetti, Ana Ramalho, Maria Pàz Garcia Rubio,
Patrick Van Eecke, Hong Xue**

ISSN (Online Edition): 2239 -7442

La rivista è stata fondata nel 2009 da Alberto M. Gambino ed è oggi pubblicata dall'Accademia Italiana del Codice di Internet (IAIC) sotto gli auspici del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo - Direzione generale biblioteche e istituti culturali (DGBIC) e dell'Università Europea di Roma con il Centro di Ricerca di Eccellenza del Diritto d'Autore (CREDA). Tutti i diritti sono dell'IAIC.

Comitato di Valutazione Scientifica

EMANUELA AREZZO (Un. Teramo), EMANUELE BILOTTI (Un. Europea di Roma), FERNANDO BOCCHINI (Un. Federico II), ROBERTO BOCCHINI (Un. Parthenope), ORESTE CALLIANO (Un. Torino), LOREDANA CARPENTIERI (Un. Parthenope), VIRGILIO D'ANTONIO (Un. Salerno), FRANCESCO DI CIOMMO (Luiss), PHILIPP FABBIO (Un. Reggio Calabria), MARILENA FILIPPELLI (Un. Tuscia), CESARE GALLI (Un. Parma), MARCO MAUGERI (Un. Europea di Roma), ENRICO MINERVINI (Seconda Un.), MARIA CECILIA PAGLIETTI (Un. Roma Tre), ANNA PAPA (Un. Parthenope), ANDREA RENDA (Un. Cattolica), ANNARITA RICCI (Un. Chieti), FRANCESCO RICCI (Un. LUM), GIOVANNI MARIA RICCIO (Un. Salerno), CRISTINA SCHEPISI (Un. Parthenope), BENEDETTA SIRGIOVANNI (Un. Tor Vergata), GIORGIO SPEDICATO (Un. Bologna), ANTONELLA TARTAGLIA POLCINI (Un. Sannio), RAFFAELE TREQUATRINI (Un. Cassino), DANIELA VALENTINO (Un. Salerno), FILIPPO VARI (Un. Europea di Roma), ALESSIO ZACCARIA (Un. Verona).

Norme di autodisciplina

1. La pubblicazione dei contributi sulla rivista "Diritto Mercato Tecnologia" è subordinata alla presentazione da parte di almeno un membro del Comitato di Direzione o del Comitato Scientifico e al giudizio positivo di almeno un membro del Comitato per la Valutazione Scientifica, scelto per rotazione all'interno del medesimo, tenuto conto dell'area tematica del contributo. I contributi in lingua diversa dall'italiano potranno essere affidati per il referaggio ai componenti del Comitato Scientifico Internazionale. In caso di pareri contrastanti il Comitato di Direzione assume la responsabilità circa la pubblicazione.

2. Il singolo contributo è inviato al valutatore senza notizia dell'identità dell'autore.

3. L'identità del valutatore è coperta da anonimato.

4. Nel caso che il valutatore esprima un giudizio positivo condizionato a revisione o modifica del contributo, il Comitato di Direzione autorizza la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del saggio.

La Rivista adotta un Codice etico e di buone prassi della pubblicazione scientifica conforme agli standard elaborati dal Committee on Publication Ethics (COPE): Best Practice Guidelines for Journal Editors.

Comitato di Redazione – www.dimt.it – dimt@unier.it

PIERPAOLO ARGANELLI, MARCO BASSINI, SIMONA CASTALDO, GIORGIO GIANNONE CODIGLIONE, FRANCESCA CORRADO, CATERINA ESPOSITO, MONICA LA PIETRA, GAETANO MARINO, SILVIA MARTINELLI, DAVIDE MULA (Coordinatore), ALESSIO PERSIANI, ROSARIA PETTI, MARTINA PROVENZANO (Vice-Coordinatore), MATILDE RATTI, VALENTINA ROSSI, SILVIA SCALZINI

Sede della Redazione

Accademia Italiana del Codice di Internet, Via dei Tre Orologi 14/a, 00197 Roma, tel. 06.80688355, fax 06.8070483, www.iaic.it, info@iaic.it

DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

INDICE DEL FASCICOLO N. 2

(maggio – agosto 2016)

*All data is (reasonably) equal:
open Internet v. Net neutrality*.....6
Paolo Damiani

*Dialogo virtuoso tra Corti: l'estensione del principio della
differente decorrenza degli effetti della notifica in tema di
prescrizione dell'azione revocatoria*.....72
Monica La Pietra

*Il diritto all'oblio tra vecchie e nuove forme
di comunicazione*105
Daniela Messina

FOCUS

E-GOVERNMENT E DIRITTI FONDAMENTALI NELLO STATO COSTITUZIONALE

Presentazione.....144
Filippo Vari

<i>Avete detto “diritti digitali”?</i>	145
Pasquale Costanzo	
<i>Cittadini e imprese di fronte all’amministrazione digitale</i>	165
Giuseppe Piperata	
<i>I principi dell’amministrazione aperta</i>	179
Enrico Carloni	
<i>Principio di trasparenza e gestione dei dati</i>	198
Alessandro Natalini	
<i>La reforma del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo en España</i>	207
Manuel Fernández Salmerón	
<i>Considerazioni critiche sull'e-Government</i>	247
Guido Corso	
<i>Diritti fondamentali e tecnologie informatiche: i profili problematici dell’e-Government</i>	251
Raffaele Guido Rodio	
<i>Il contributo dei dati pubblici alla libertà di informazione</i> ...	265
Anna Papa	

*La sorveglianza elettronica di massa e il conflitto regolatorio
USA/UE.....*292

Giorgio Resta

*Diritto all'oblio e principio dell'openness nelle procedure
giudiziarie: il caso delle pronunce della Corte di
Cassazione.....* 322

Marcello D'Ambrosio

*E-Government e tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento
francese.....* 344

Eleonora Paris

Open data e libertà di iniziativa economica 369

Davide Mula

*L'affermazione di e-Government ed e-Democracy nello Stato
costituzionale.....* 383

Filippo Vari

ALL DATA IS (REASONABLY) EQUAL:
OPEN INTERNET V. NET NEUTRALITY

Paolo Damiani
Università di Udine

SOMMARIO: Premessa. - Parte I: 1.1. Il BIAS. - 1.2. La ragionevolezza. - Parte II. 2.1. Elementi di *computer networking*. - 2.2. Il quadro giuridico. - Parte III - 3.1. I primi interventi regolativi della Commissione. - 3.2. Il *2010 Open Internet Order*. - 3.3. *Verizon v. FCC*. - 3.4. Il *2015 Open Internet Order*. - 4. Conclusioni.

Premessa

Nel corso del tempo la *Federal Communications Commission* (da questo momento in poi “Commissione”) ha adottato diversi e opposti approcci al *Broadband Internet Access Service* (servizio di accesso a Internet in banda larga, da ora in poi “BIAS”).

All’inizio dello scorso decennio, ritenendo che il mercato del BIAS dovesse funzionare «in a minimal regulatory environment», la Commissione decise di astenersi da qualunque intervento regolativo (*no-regulation*)¹.

Qualche anno dopo, la *Internet Policy Statement* dettava alcuni orientamenti in tema di BIAS (*non-legislative rules*)².

Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

¹ FCC, *Cable Modem Declaratory Ruling*, 2002, p. 5, https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-02-77A1.pdf.

² FCC, *Internet Policy Statement*, 2005, p. 3, <https://www.publicknowledge.org/pdf/FCC-05-151A1.pdf>.

In applicazione di quest'ultima, la Commissione adottava nel 2008 il *Comcast Order* che imponeva a Comcast di porre fine al blocco del traffico dati prodotto da applicazioni basate sull'architettura P2P (*adjudication*)³.

Infine, una prima volta nel 2010 e poi una seconda nel 2015, la Commissione ha stabilito una articolata e complessa regolazione del BIAS (*2010 Open Internet Order* e *2015 Open Internet Order*, da questo momento in poi “*Orders*”) finalizzata alla tutela della *open Internet* (*rulemaking*)⁴.

Da questo succinto resoconto emerge una tendenza progressivamente interventista della Commissione che, partita dalla anomia, è infine approdata alla formulazione di un ricco apparato regolativo che, nell'ultima e più recente versione del 2015, incorpora nel BIAS anche il servizio di interconnessione.

Il presente studio ha per oggetto gli *Orders*.

Il suo scopo, tuttavia, non è di analizzarne in modo esaustivo la disciplina, quanto piuttosto di conseguire tre risultati.

In primo luogo, metterne in luce il tratto qualificante comune a entrambi, costituito dall'uso pervasivo della ragionevolezza e, quindi, di svelare come dietro i diversi e molteplici divieti posti dai due provvedimenti si celi in realtà un unico e solo principio generale che tutti li comprende e li compendia, principio in forza del quale “tutti i dati sono ragionevolmente uguali” (*all data is reasonably equal*).

In secondo luogo, rivelare che “*open Internet*” e “*all data is reasonably equal*” sono distinte formulazioni del medesimo principio.

Infine, in terzo e ultimo luogo, tracciare una netta distinzione tra “*open Internet*” e “*Net neutrality*”.

La studio si divide in tre parti.

³ FCC, *Comcast Order*, 2008, p. 32, https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-08-183A1.pdf.

⁴ FCC, *2010 Open Internet Order*, 2010, https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-10-201A1_Rcd.pdf; FCC, *2015 Open Internet Order*, 2015, https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-15-24A1.pdf.

La prima esamina l'oggetto e la tecnica regolativa degli *Orders*, la seconda ne illustra i contesti ingegneristico e giuridico, la terza, infine, ne analizza le disposizioni rilevanti.

Parte I

1.1. Il *BIAS*

L'oggetto degli *Orders* è il *BIAS*, da entrambi definito come «*a mass-market retail service by wire or radio that provides the capability to transmit data to and receive data from all or substantially all Internet endpoints*»⁵.

Da questa definizione, tuttavia, il *2015 Open Internet Order* trae conseguenze diverse da quelle del *2010 Open Internet Order*.

Poiché però per illustrare queste differenze occorre prima analizzare le vicende giudiziarie che hanno condotto al parziale annullamento di quest'ultimo, per il momento è necessario limitarsi all'esame delle norme immutate nel passaggio dalla vecchia alla nuova disciplina.

“*Mass-market retail service*” è il servizio commercializzato e fornito dai *broadband providers* a clienti residenziali, piccole imprese, e altri utenti come, per esempio, scuole e biblioteche, attraverso clausole contrattuali *standard*, escluso pertanto il servizio fornito alle società e alle imprese di grandi dimensioni (*enterprise service*) sulla base di trattative e accordi contrattuali personalizzati⁶.

“*By wire or radio*” si riferisce al servizio fornito sulla base di qualunque mezzo trasmissivo (cavo coassiale, doppino in rame, fibra ottica, onde radio) da qualsiasi soggetto, indifferentemente, proprietario o affittuario della rete⁷.

Non sono qualificabili come fornitori di *BIAS* e non sono sottoposti alle regole sull'apertura di Internet i “*premises operators*”, ossia tutti i

⁵ FCC, *2015 Open Internet Order*, par. 25, p. 10; FCC, *2010 Open Internet Order*, par. 44, p. 17932.

⁶ ID., par. 26; ID., par. 45.

⁷ FCC, *2010 Open Internet Order*, par. 44, p. 17932.

soggetti che - come, per esempio, i ristoranti, gli alberghi, le librerie, le biblioteche, le università e, più in generale, qualunque esercizio commerciale o non commerciale - acquistano il servizio di accesso da un *broadband provider* al fine di consentire ai loro clienti o utenti di accedere a Internet negli spazi dell'attività. Poiché il servizio di accesso a Internet è accessorio rispetto allo svolgimento dell'attività principale, i *premises operators* sono equiparati agli utenti finali⁸.

Se uno di questi soggetti decidesse, per esempio, di bloccare l'accesso al sito web di uno o più concorrenti (la catena di alberghi x non consente l'accesso ai servizi web della catena di alberghi y) non incorrerebbe in alcuna sanzione (è assai improbabile però che la spiegazione della direzione dell'albergo sulla liceità della propria condotta varrebbe a sedare l'ira dei clienti!).

L'esenzione dal rispetto delle regole sulla *open Internet* non li sottrae però dal dovere di osservare il *Communications Act* del 1934 (da questo momento in poi "*Communications Act*").

La Commissione, per esempio, ha stabilito che la pratica del *Wi-Fi blocking* da parte di qualunque *premise operator* viola la *section 333* del *Communications Act*⁹ e, in particolare, che «nessun albergo, centro congressi o altro esercizio commerciale e nessun operatore di rete che fornisce il servizio di accesso presso i suddetti esercizi può bloccare o interferire con gli hot spots Wi-Fi personali al fine di costringere i clienti ad acquistare l'accesso alla rete Wi-Fi dell'esercizio commerciale»¹⁰.

⁸ FCC, *2015 Open Internet Order*, par. 26, p. 10; FCC, *2010 Open Internet Order*, par. 52, p. 17935.

⁹ La citata *section* stabilisce che «no person shall wilfully or maliciously interfere with or cause interference to any radio communications of any station licensed or authorized by or under this Act or operated by the United States Government».

¹⁰ FCC, *Warning: Wi-Fi Blocking is Prohibited, Public Notice, (Enforcement Bur. Jan. 27, 2015)*, https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DA-15-113A1.pdf; FCC, *FCC Fines Smart City \$750,000 for blocking WI-FI Company Used Wi-Fi Monitoring System to Block Mobile Hotspots at Convention Centers, (Enforcement Bur. Aug. 18, 2015)*, https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-334905A1.pdf.

Il BIAS consiste in qualunque “*service [...] that provides the capability to transmit data to and receive data from all or substantially all Internet endpoints*”.

Per assicurare la piena efficacia delle regole in tema di *open Internet* la definizione comprende qualunque servizio che la Commissione ritenga funzionalmente equivalente al BIAS o che serva a eludere l’applicazione delle regole sulla apertura di Internet: è questo il caso, per esempio, dei servizi che consentono solo alcuni utilizzi di Internet (per esempio, l’accesso al *Web* ma non alla *E-mail*) o di quelli del tipo “*Best of Web*” che permettono l’accesso, per esempio, ai cento *top websites*¹¹.

Non ricadono nella definizione di BIAS, e non sono sottoposti alla disciplina in tema di *open Internet*, i servizi specializzati (“*specialized services*” nella terminologia del *2010 Open Internet Order*¹² o “*non-BIAS data services*” in quella del *2015 Open Internet Order*¹³), ossia i servizi che sfruttano la stessa infrastruttura di rete *last mile* e la medesima capacità trasmissiva utilizzate dal BIAS, ma sono forniti dai *broadband providers* separatamente da quest’ultimo¹⁴. Si tratta, per esempio, dei servizi *Video on Demand* (VoD) e *Internet protocol Television* (IPTV). A differenza del BIAS, i servizi in oggetto non consentono all’utente finale di raggiungere qualunque punto terminale di Internet ma soltanto uno specifico *host* come, per rimanere nello stesso esempio, il server nel quale è conservato il contenuto audiovisivo desiderato.

L’esenzione è gravida di conseguenze, una delle quali, per esempio, è la sottrazione dei *non-BIAS data services* alla *no paid prioritization rule* che, come vedremo, vieta ai *broadband providers* qualunque forma di trattamento preferenziale del traffico allo scopo di beneficiare le società affiliate.

¹¹ FCC, *2010 Open Internet Order*, par. 46-47, p. 17933.

¹² ID., par. 112, p. 17965.

¹³ FCC, *2015 Open Internet Order*, par. 207, p. 96.

¹⁴ Trattandosi di servizi che, sebbene non forniti sulla Internet pubblica, condividono le medesime risorse di rete dei BIASs, la Commissione «controllerà da vicino la robustezza e la fruibilità del BIAS, prestando particolare attenzione a ogni indizio che possa rivelare che i servizi specializzati stiano in qualunque modo ritardando la crescita o restringendo la capacità disponibile per il BIAS» (FCC, *2010 Open Internet Order*, par. 114, p. 17966).

Sarebbe stata quindi preferibile una definizione più restrittiva dei *non-BIAS data services* che comprendesse solo i servizi *IP-based* che consentono di comunicare con uno specifico *host* e che, pur sfruttando la stessa infrastruttura di rete del BIAS, non ne condividono le risorse di rete¹⁵.

Analogamente il BIAS non comprende i servizi di *virtual private network* (VPN), di *content delivery network* (CDN), di *hosting* o *data storage* e di trasmissione nei livelli superiori a quello di accesso (*Internet backbone service*). Poiché sono spesso forniti a clienti di grandi dimensioni (si pensi soprattutto al servizio di *Internet backbone*), i servizi in questione si configurano frequentemente come *enterprise services* ovvero - in aggiunta o in alternativa - la loro natura differisce da quella del BIAS, trattandosi assai di frequente (si pensi specialmente al servizio di VPN) di servizi che non consentono di ricevere e trasmettere dati, rispettivamente, da o a tutti o sostanzialmente tutti i punti terminali di Internet¹⁶.

Le regole sulla *open Internet* devono invece essere applicate qualora i servizi in oggetto siano parti di un pacchetto più ampio nel quale è compreso il BIAS, come nel caso, per esempio, della fornitura unitaria dei servizi BIAS e *data storage*¹⁷.

¹⁵ Nello stesso senso J. M. Peha, *Appropriate Rules for Managed or Specialized Services, Before the Federal Communications Commission Washington, DC, 2015*, p. 7, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2549273: «*a communications service can be considered a specialized service under Open Internet rules if (i) the primary use of the service is not to access content, services, or systems that are accessible through an Internet access service, and (ii) the service does not share capacity with Internet access. Two services are said to share capacity if it is ever possible for utilization of one service to affect the performance of the other service*».

¹⁶ FCC, *2015 Open Internet Order*, par. 190, p. 84.

¹⁷ Pur trattandosi di un servizio che presenta le caratteristiche del BIAS, l'accesso a Internet in modalità *dial-up* è escluso dall'applicazione degli *Orders*. L'esenzione si spiega con la facilità di cambiare fornitore. In presenza di discriminazioni ingiustificate, l'utente finale potrà agevolmente rivolgersi a un altro *provider*.

Gli *Orders*, dunque, contrariamente a quanto sostenuto da qualcuno¹⁸, hanno un oggetto circoscritto e lasciano «*untouched*» qualunque servizio *IP-based* diverso dal BIAS¹⁹.

1.2. La ragionevolezza

La transizione dallo Stato liberale-borghese monoclasse e monovaloriale allo Stato costituzionale pluriclasse e plurivaloriale ha decretato la centralità della ragionevolezza nei sistemi giuridici contemporanei, tanto di *civil law* che di *common law*.

Nei primi come nei secondi la sua importanza è tale che fra i teorici del diritto alcuni hanno elevato la ragionevolezza al rango di «principio architettonico del sistema»²⁰ e altri a quello di «keystone of the common law»²¹.

In entrambi i sistemi, gli ordinamenti hanno assistito all'irrompere di una pluralità di interessi, valori e principi che nello svolgimento concreto della vita di tutti i giorni vengono spesso in conflitto tra loro.

La ragionevolezza e il connesso test di bilanciamento servono a risolvere questi conflitti.

Ma cosa sono e come funzionano i principi oggetto del ragionevole bilanciamento ad opera dei legislatori, dei giudici, delle pubbliche amministrazioni, delle autorità di regolazione e, più in generale, di chiunque a qualunque titolo sia chiamato ad applicare o interpretare una certa disciplina?

In via di prima approssimazione, i principi possono essere definiti come interessi della più disparata specie e natura (individuale, collettiva, pubblica) che godono dello stesso livello di protezione giuridica, che

¹⁸ Questa è, per esempio, la tesi sostenuta dal commissario Ajit Pai secondo cui il *2015 Open Internet Order* «gives the FCC the power to micromanage virtually every aspect of how the Internet works» (*Dissenting Statement of Commissioner Ajit Pai*, p. 321).

¹⁹ FCC, *Order Denying Stay Petition*, 2015, p. 3, https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DA-15-562A1.pdf.

²⁰ L. D'Andrea, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, *passim*.

²¹ F. G. Sourgens, *Reason and Reasonableness in the Common Law*, 2013, p. 3, <http://ssrn.com/abstract=2335167>.

aspirano alla massima realizzazione, e che hanno un peso variabile con il mutare dei casi concreti²².

Nei sistemi giuridici contemporanei caratterizzati da una pluralità di principi eterogenei, la integrale soddisfazione di un principio è spesso ostacolata dalla contemporanea esigenza di realizzare uno o più principi antagonisti.

Il conflitto sorge quando la realizzazione di un principio comporta, in tutto o in parte, la non soddisfazione di un altro e la misura della realizzazione di un principio corrisponde alla misura del sacrificio dell'altro.

Il bilanciamento è la tecnica per quantificare la misura ragionevole della realizzazione e del sacrificio dei principi antagonisti e la quantificazione si deve considerare tale se il bilanciamento viene condotto in base al criterio in forza del quale quanto più elevato è il grado di non soddisfazione di un principio tanto maggiore deve essere il peso dell'altro²³.

Poiché però la variazione del peso di un principio con il mutare delle circostanze di fatto non è suscettibile di misurazione allo stesso modo di come si fa con gli oggetti materiali²⁴, la ragionevolezza è sempre fonte di incertezza e, talvolta, strumento per mascherare come giuridiche operazioni intellettive (rivestano queste, indifferentemente, la forma della disposizione legislativa, del provvedimento amministrativo o della pronuncia giurisprudenziale) governate unicamente dal buon senso o – peggio – dall'orientamento politico o - peggio ancora - dagli interessi particolari del loro artefice.

Se la ragionevolezza, da un lato, è foriera di incertezza, dall'altro lato, ha il grande pregio di essere una tecnica regolativa molto adatta a disciplinare i settori connotati da un elevato tasso di complessità e

²² R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, trad. ingl. *A Theory of Constitutional Rights*, New York, 2002, p. 47; R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, trad. it. *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, p. 96.

²³ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 102.

²⁴ N. MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford, 2005, p. 186.

caratterizzati da un accentuato dinamismo interno, vuoi perché nel loro seno emergono di continuo nuovi interessi meritevoli di tutela giuridica non previsti né prevedibili dalla legislazione vigente, vuoi perché nel loro ambito intervengono mutamenti, per esempio, di ordine tecnologico e/o economico che sovvertono i precedenti e consolidati equilibri assiologici.

Sono questi gli elementi che connotano, per esempio e in maniera emblematica, i settori economici caratterizzati da elevati contenuti tecnologici fra i quali spicca, in modo particolare, quello delle telecomunicazioni, settori nei quali le esigenze di adeguatezza del diritto alle peculiarità del caso concreto possono spesso prevalere su quelle della certezza giuridica.

E' dunque la natura dell'oggetto regolato dagli *Orders* - il BIAS - che spiega e giustifica il diffuso ricorso della Commissione alla ragionevolezza²⁵.

Come vedremo, quest'ultima è testualmente incorporata nella *no unreasonable discrimination rule*, nel *no unreasonable interference/disadvantage standard* e nella eccezione del *reasonable network management*. Essa, inoltre, è ricavabile per via interpretativa dalla *no blocking rule* e dalla *no throttling rule*.

I rischi per la certezza del diritto, invece, non sembrano avere impensierito più di tanto la Commissione, che anzi ha attaccato apertamente quanti hanno sostenuto che il canone della ragionevolezza sarebbe «*too vague to give broadband providers fair notice of what is expected of them*».

«*This is not so*», ha affermato in modo deciso la Commissione, secondo cui la «*“reasonableness” is a well established standard for regulatee conduct*»²⁶.

²⁵ FCC, 2010 *Open Internet Order*, par. 83, p. 17952: «*the novelty of Internet access [...], the complex nature of the Internet [...] weigh in favor of a case-by-case approach*». Approccio che consentirà tanto ai *broadband providers* che alla Commissione la necessaria flessibilità «*to adapt to changes in the market and in technology as the Internet continues to evolve*» (ID., par. 10, p. 17908).

²⁶ ID., par. 77, p. 17948. Il commissario Robert M. McDowell è uno dei destinatari dell'attacco, il quale, per tutta risposta, ha replicato che «*“reasonable” is a subjective term. Not only is it perhaps the most litigated word in American history, its definition*

Tuttavia, a questa recisa quanto rassicurante affermazione ha mostrato di non credere il suo stesso artefice che, conscio dei rischi per la certezza del diritto, ha approntato, a beneficio proprio e, soprattutto, dei *broadband providers*, alcuni ausili all'interpretazione che, nell'intenzione della Commissione, dovrebbero diminuire l'incertezza giuridica, ma che, come vedremo, tutto all'opposto contribuiscono non poco ad aumentarla.

Al fine di distinguere le discriminazioni ragionevoli da quelle irragionevoli, la Commissione ha fornito un nutrito elenco di fattori. Il *2010 Open Internet Order* ne ha indicati quattro (*transparency; end-user control; use-agnostic discrimination; standard practices*)²⁷, ai quali il *2015 Open Internet Order* ha aggiunto ulteriori quattro fattori (*competitive effects; free expression; consumer protection; effect on innovation, investment, or broadband deployment*)²⁸.

Come vedremo, si tratta di un elenco sovrabbondante, disordinato e non esaustivo che, lungi dal diminuire l'incertezza, ne è foriero²⁹.

Dopo avere illustrato l'oggetto e la tecnica regolativa degli *Orders*, occorre delimitarne i contesti tecnologico e giuridico.

Parte II

2.1. Elementi di computer networking.

Due sono i principi ingegneristici che regolano il funzionamento di Internet: quello del *protocol layering*, in forza del quale Internet è strutturata su più livelli (*layers*) nettamente separati e interconnessi, ciascuno caratterizzato da distinti protocolli che assolvono specifici servizi

varies radically from country to country» (Dissenting Statement of Commissioner Robert M. McDowell, p. 18050).

²⁷ ID., par. 69, p. 17944.

²⁸ FCC, *2015 Open Internet Order*, par. 138, p. 61.

²⁹ Nello stesso senso, l'opinione dissenziente del Commissario Ajit Pai (*Dissenting Statement of Commissioner Ajit Pai, 2015 Open Internet Order*, p. 323): «*these factors lead to more questions than they answer*».

di comunicazione; e quello *end-to-end* secondo cui, in un sistema a più livelli, i servizi di comunicazione debbono di preferenza essere collocati nei livelli superiori e più vicini alle applicazioni che li utilizzano³⁰.

Il modello più diffuso nei manuali di *computer networking* si articola in cinque livelli: 1) fisico; 2) collegamento; 3) rete; 4) trasporto; 5) applicazione³¹.

Ciascun livello genera un pacchetto che presenta due campi, quello di intestazione (*header*) e quello di carico utile (*payload*). All'interno di quest'ultimo è incapsulato il pacchetto del livello superiore. Il risultato finale del processo di incapsulamento è il *frame* - il pacchetto a livello di

³⁰ Il principio è stato enunciato da J.H. Saltzer; D.P. Reed; D.D. Clark, *End-to-End Arguments in System Design*, in *ACM Transactions on Computer Systems*, 1984, vol. 2, pp. 277 ss., <http://web.mit.edu/Saltzer/www/publications/>.

³¹ J. F. Kurose; K. W. Ross, *Computer Networking: a top-down approach*, 2013, trad. it., *Reti di calcolatori e Internet, un approccio top-down*, Milano - Torino, p. 47; A. S. Tanenbaum; D. J. Wetherall, *Computer Networks*, 2011, trad. it. *Reti di calcolatori*, Milano - Torino, 2011, p. 45. Al modello informatico si ispirano i giuristi, gli economisti e le autorità di regolazione per segmentare il mercato delle telecomunicazioni in Internet (sul tema C. S. Yoo, *Protocol Layering and Internet Policy*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2013, pp. 1707 ss., <http://ssrn.com/abstract=2278451>). Questi modelli sono assai più semplici e variegati di quello informatico. Alcuni fanno riferimento a quattro livelli - *physical layer, logical layer, applications layer, content layer* - (R. S. Whitt, *A Horizontal Leap Forward: Formulating a New Communications Public Policy Framework Based on the Network Layers Model*, in *Federal Communications Law Journal*, 2004, p. 624, <http://www.repository.law.indiana.edu/fclj/vol56/iss3/5>); altri a tre - *physical layer, logical layer, applications layer* - (R. Cannon, *The Legacy of the Federal Communications Commission's Computer Inquiries*, in *Federal Communications Law Journal*, 2003, vol. 55; p. 196; <http://www.repository.law.indiana.edu/fclj/vol55/iss2/2>); altri ancora a due livelli - *application layer e transport layer* - (T. Wu, *Why have a telecommunications law? Anti-discrimination norms in communications*, in *Journal on telecommunications & high technology law*, 2006, vol. 5, p. 23, <http://www.jthtl.org/content/articles/V5I1/JTHTLv5i1.pdf>). Se nel modello ingegneristico i livelli corrispondono ad altrettanti protocolli e servizi di trasmissione, in quelli giuridico-economici i livelli rappresentano diverse porzioni di mercato: il mercato delle applicazioni, il mercato dei contenuti, il mercato delle infrastrutture di rete.

collegamento - che incorpora tutti i pacchetti dei livelli superiori 5-4-3³² (denominati, rispettivamente, messaggio, segmento, datagramma) e che quindi è un po' come la bambola più grande di una *matrioska*.

Il centro di Internet - costituito principalmente dai *routers* - implementa solo i livelli più bassi (da 1 a 3), mentre la periferia - che comprende svariate centinaia di milioni di *host* - tutti i livelli.

Il livello che qui interessa è il livello di rete di Internet nel quale è incorporato il noto protocollo IP.

Questo livello offre un servizio di comunicazione *best effort* in forza del quale Internet non fornisce alcuna garanzia che i pacchetti giungano a destinazione o che vi arrivino integri, nel giusto ordine e in un tempo congruo.

Per capirne in concreto il funzionamento si può fare l'esempio di un *host* sorgente, di un *host* destinatario e di un *router* dal quale il pacchetto generato dall'*host* sorgente deve transitare per arrivare all'*host* destinatario.

Applicando la propria tabella di inoltra (*forwarding table*), il *router* metterà in relazione l'indirizzo di destinazione del pacchetto con un determinato collegamento in uscita, ma potrà inviarlo solo se non ci sono altri pacchetti in corso di trasmissione o in coda (*First-In-First-Out* o, più brevemente, FIFO), in caso contrario il nostro pacchetto subirà un ritardo di accodamento (*queuing delay*). Infine, poiché il *router* utilizza la trasmissione *store-and-forward* e la dimensione della coda non può essere infinita, può succedere che, a causa della congestione della coda di *output*, il pacchetto non possa essere memorizzato dal *router* il quale, di conseguenza, lo eliminerà (*buffer overflow*) e il pacchetto andrà perso (*packet loss*).

La ragione per la quale il livello di rete di Internet fornisce un servizio di comunicazione inaffidabile risiede nel formato dei datagrammi IP, vale a dire dei pacchetti a livello di rete di Internet.

³² Il livello fisico si limita a trasmettere bit grezzi su un canale di comunicazione che può essere, indifferentemente, un cavo in rame, un cavo coassiale, un cavo in fibra ottica, una onda radio.

Il *payload* di un datagramma IP contiene il pacchetto proveniente dal livello di trasporto, mentre lo *header* racchiude pochi altri campi, i più noti dei quali sono l'indirizzo IP dell'*host* sorgente e l'indirizzo IP dell'*host* destinazione.

Gli unici campi che il livello di rete di Internet può utilizzare per offrire il proprio servizio di comunicazione sono quelli dello *header*.

I datagrammi IP (ma la similitudine può essere applicata a qualunque tipo di pacchetto) somigliano quindi alla corrispondenza tradizionale: la parte esterna - la busta - è rappresentata dallo *header*, mentre la parte interna - il foglio di carta nel quale è incorporato il contenuto dell'informazione - è costituita dal *payload*.

Come al postino è vietato leggere il contenuto della corrispondenza, così al livello di rete di Internet è interdetto conoscere i dati racchiusi nel *payload* del datagramma IP nel quale sono contenute le informazioni dei livelli trasporto e applicazione quali, per esempio, la tipologia (un *browser*, una applicazione VoIP o di *audio streaming*, ecc.) o l'identità (quel particolare *browser* [Safari, Firefox, Internet Explorer, ecc.], quella specifica applicazione VoIP [Skype, QQ, Google Talk, ecc.] o di *audio streaming* [Spotify, Apple Music, Deezer, ecc.]) dell'applicazione che ha generato il messaggio o il suo contenuto (una pagina *Web*, una comunicazione VoIP, un brano musicale).

Non potendo accedere ad alcuna di queste informazioni, il livello di rete di Internet deve trattare tutti i datagrammi IP allo stesso modo: i datagrammi che racchiudono l'ennesimo video dell'ennesimo gattino pubblicato su YouTube saranno trasmessi nello stesso modo dei datagrammi che contengono il film di Netflix.

Poiché entrambi usufruiscono del servizio *best effort*, se i datagrammi del video giungono nel *router* prima di quelli del film, questi ultimi dovranno attendere nella coda di *output* prima di poter essere inviati, né potranno come i primi godere di alcuna garanzia di arrivare a destinazione o di giungervi integri e nella giusta sequenza (e questo anche se il film è un capolavoro cinematografico!).

In questo esempio i datagrammi trasportano dati generati da applicazioni multimediali dello stesso tipo (*streaming* audio e video

registrati) che presentano le medesime esigenze di servizio, ma il tipo di servizio offerto dal livello di rete di Internet non cambia neppure quando i datagrammi contengono dati prodotti da applicazioni con esigenze di servizio del tutto diverse: quelle di una applicazione Web, per esempio, sono diametralmente opposte a quelle di una applicazione multimediale VoIP.

La prima appartiene al genere delle applicazioni elastiche, che funzionano in maniera accettabile anche con poca banda ma non supportano la perdita di informazioni. La seconda rientra invece nelle categorie delle applicazioni anelastiche, sensibili alla banda (*bandwidth-sensitive*) ma tolleranti alle perdite (*loss-tolerant*).

Anche in questo caso, i datagrammi riceveranno il medesimo servizio di comunicazione *best effort*.

In forza del principio *end-to-end* il livello di rete di Internet non è dunque ottimizzato per funzionare con alcuna classe di applicazioni³³.

Se questa caratteristica può di primo acchito apparire un limite, ad una più attenta riflessione, invece, si rivela un pregio perché ha consentito la proliferazione di miriadi di applicazioni con esigenze di servizio eterogenee, ed è questa proliferazione all'origine dell'incredibile successo di Internet.

Oggi, però, il principio *end-to-end* è sotto pressione a causa della crescita vertiginosa della domanda di capacità trasmissiva; della diffusione delle applicazioni *delay-intolerant* (per esempio, la telefonia e la

³³ Nel dibattito sulla *Net neutrality* è frequente contrapporre la “stupidità” (termine oramai ideologicamente connotato che sarebbe meglio sostituire con “semplicità”) del centro di Internet alla “intelligenza” (che, per le stesse ragioni, sarebbe opportuno cambiare con “complessità”) della sua periferia (su questa contrapposizione, per esempio, C. S. Yoo, *Would Mandating Broadband Network Neutrality help or Hurt Competition? A Comment on the End-to-End Debate*, in *Vanderbilt University Law School Law & Economics Working Paper Number 04-04, Public Law & Legal Theory*, p. 41, <http://ssrn.com/abstract=495502>). Come è facile intuire, i sostenitori più convinti della *Net neutrality* difendono con forza questo tratto e sostengono senza tanti giri di parole che «*the network should be stupid and its edges should be smart*» (S. P. Crawford, *The Internet and the Project of Communications Law*, in *The Project of Communications Law*, 2007, p. 2, <http://ssrn.com/abstract=962594>).

videofonia VoIP e i giochi multiutente), *jitter-intolerant* (per esempio, oltre a quelle menzionate, le applicazioni multimediali come il *video streaming* e la IPTV) e *bandwidth-sensible* (per esempio talune applicazioni video e audio); dell'utilizzazione nelle famiglie di numerosi dispositivi (*desktop, laptop, smartphone, tablet, Internet of things*), ciascuno dotato di un indirizzo IP, contemporaneamente connessi ai rispettivi LANs (*Local Area Networks*); e del conseguente rischio di congestione del tratto di Internet - noto come tratto *last mile* o rete di accesso - gestito dai *broadband providers*³⁴.

Allo scopo di prevenire o risolvere la *net congestion*, i *broadband providers* possono adottare diverse soluzioni tecniche. Due, in particolare, sono quelle degne di menzione: il dimensionamento della capacità trasmissiva e il *network management*.

Entrambe presentano pregi e difetti³⁵.

Cominciando dai primi, il dimensionamento della capacità della rete assicura il pieno rispetto del principio *end-to-end*, ma può risultare assai costoso e richiedere molto tempo (mesi o anni), specie se postula la realizzazione di canali di collegamento in fibra ottica (soprattutto nella

³⁴ Sulla congestione cfr. il report del Bitag, *Real time Network Management of Internet Congestion*, 2013, p. 9, <http://www.bitag.org/report-congestion-management.php>: «*congestion can occur on any link or router within the Internet. The link or router in a network path where demand is highest relative to capacity is called the bottleneck. Although congestion will occur on any link or router where demand exceeds capacity, it is likely that, when congestion occurs, the bottlenecks will be in relatively lower bandwidth parts of the network (access networks, for example) that connect to higher capacity parts of the network (the core ISP networks and the networks of ASPs). This follows from network design which attempts to optimize performance and cost, as capacity in access networks is generally the most expensive part of the network*».

³⁵ Le due soluzioni vanno in ogni caso viste «*as alternative approaches to deal with the problem of congestion*» (C. S. Yoo, *Network Neutrality, Consumers, and Innovation*, in *The University of Chicago Legal Forum*, 2008, pp. 189-190, <http://ssrn.com/abstract=1262845>). Nello stesso senso si è espressa la Commissione europea: *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni. Apertura e neutralità della rete Internet in Europa*; Bruxelles, 19.4.2011 COM (2011) 222 definitivo.

versione FTTH³⁶), e comunque pone il problema di determinare precisamente quanta capacità trasmissiva è necessario aggiungere ai collegamenti di rete per evitarne il congestionamento o, all'opposto, il sovradimensionamento (*bandwidth provisioning*).

Grazie alla utilizzazione di appositi protocolli di instradamento nei *routers*, il *network management* consente invece alla infrastruttura di rete esistente di prevenire o risolvere la congestione. Si tratta quindi di una soluzione più conveniente – sia in termini di tempo che di risorse finanziarie – del dimensionamento della rete.

La risoluzione della *net congestion* è però solo una delle molteplici finalità perseguibili con il *network management* che è concetto polisemico che comprende una estrema varietà di tecniche (*packet marking, traffic policing, deep packet inspection*³⁷) e scopi discriminatori, a volte certamente leciti (per esempio, il blocco di *malware* o di contenuti illeciti o indesiderati dall'utente finale e il già citato *congestion management*), altre volte sicuramente illeciti (per esempio, il blocco o il rallentamento dei contenuti e dei servizi concorrenti con quelli offerti dai *broadband providers*), altre volte ancora, e nella stragrande maggioranza dei casi, di dubbia legittimità (per esempio, *zero-rating* e *data-cap*)³⁸.

³⁶ Il termine “fibra ottica” è utilizzato per comodità espositiva. In realtà esistono diverse tipologie di collegamenti in fibra - FTTE (Fiber To The Exchange); FTTC (Fiber To The Cabinet); FTDP (Fiber To The Distribution Point); FTTB (Fiber To The Building); FTTH (Fiber To The Home) - le cui prestazioni aumentano via via che diminuisce la distanza della fibra dal punto di accesso a Internet dell'utente finale.

³⁷ Tra quelle menzionate, la *deep packet inspection* è certamente la tecnica più invasiva e pericolosa per la neutralità della Rete e per la libertà di espressione. Sul tema M. C. Riley; B. Scott, *Deep Packet Inspection: The end of Internet as we know it?*, in *Free Press*, 2009, p. 3, <http://www.freepress.net>; B. Wagner, *Deep Packet Inspection and Internet Censorship: International Convergence on an 'Integrated Technology of Control*, 2009, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2621410.

³⁸ Nello stesso senso S. Jordan; A. Ghosh, *How to Determine Whether a Traffic Management Practice is Reasonable*, in *TPRC*, 2009, p. 4, <http://ssrn.com/abstract=1999845>: «*traffic management is applied to implement a variety of functions, at a variety of layers, by a variety of actors, in a variety of manners, for a variety of purposes*».

Quale che sia la tecnica utilizzata e/o la finalità perseguita, le pratiche di *network management* hanno, sempre e comunque, un carattere discriminatorio e questo spiega la ragione del loro contrasto con il principio *end-to-end*.

Alla esigenza di una applicazione flessibile e ragionevole del principio *end-to-end* vengono incontro gli *Orders* che, come vedremo, al ricorrere di determinate condizioni, consentono ai *broadband providers* di fornire servizi differenziati o servizi QoS, servizi cioè che offrono una *Quality of Service* superiore a quella *best effort*³⁹.

2.2. Il quadro giuridico

Il principio della *Net neutrality* è la traduzione in termini giuridici del principio ingegneristico *end-to-end*.

Pressoché ignorata agli albori di Internet (a quanto pare, il termine “*network neutrality*” comparve per la prima volta nel 2003 in un saggio di Tim Wu⁴⁰), la neutralità della Rete è diventata uno dei temi più dibattuti e

Una rassegna delle diverse fattispecie di *traffic management*, alcune delle quali risalenti agli albori di Internet, si può leggere in C. S. Yoo, *Network Neutrality and the Need for a Technological Turn in Internet Scholarship*, in *Public Law and Legal Theory Research Paper Series Research, Paper No. 12-35*, 2012, <http://ssrn.com/abstract=2063994>.

³⁹ È bene non confondere i servizi differenziati o servizi QoS appena menzionati nel testo con i già citati servizi specializzati (“*specialized services*” nella terminologia del *2010 Open Internet Order* o “*non-BIAS data services*” in quella del *2015 Open Internet Order*). I primi sono servizi di comunicazione forniti nell’ambito del servizio di accesso a Internet. I secondi sono servizi diversi da quest’ultimo che, come tali, non consentono all’utente finale di raggiungere qualunque punto terminale di Internet e che, per questo motivo, non sono sottoposti alle regole sulla *open Internet*.

La ragione della possibile confusione tra i primi e i secondi nasce dal fatto che, pur trattandosi di servizi diversi, entrambi condividono la caratteristica di essere ottimizzati per particolari classi di applicazioni, servizi e contenuti.

⁴⁰ T. Wu, *Network Neutrality, Broadband discrimination*, in *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, 2003, vol. 2, pp. 141 ss., http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=388863##. Anche se la locuzione è di recente conio «*the idea behind the term has been a central focus of network theorists since the early 1980s. “Network Neutrality” builds upon a fundamental recognition about the relationship between a certain network design (what network architects Jerome*

controversi fra gli studiosi nordamericani del diritto delle telecomunicazioni⁴¹.

Saltzer, David Clark, and David Reed called the “end-to-end” principle) and economic innovation» (*Hearing before the Committee on Commerce, Science, and Transportation United States Senate, One Hundred Tenth Congress, Second Session April 22, 2008; Prepared Statement of Lawrence Lessig, C. Wendell and Edith M. Carlsmith Professor of Law, Stanford Law School*, p. 52, <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CHRG-110shrg74893/html/CHRG-110shrg74893.htm>).

⁴¹ A titolo esemplificativo: C. S. Yoo, *Is There a Role for Common Carriage in an Internet-Based World?*, in *Houston Law Review*, 2013, vol. 51, pp. 545 ss., <http://ssrn.com/abstract=2370068>; ID., *Network Neutrality after Comcast: Toward a Case-by-Case Approach To Reasonable Network Management*, in *New directions in communications policy*, 2009, <http://ssrn.com/abstract=1511892>; ID., *Network Neutrality and the Economics of Congestion*, in *Georgetown Law Journal*, 2006, vol. 94, pp. 1947 ss., <http://ssrn.com/abstract=825669>; ID., *Beyond Network Neutrality*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 2005, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=742404; T. Wu; C. S. Yoo, “*Keeping the Internet Neutral?: Tim Wu and Christopher Yoo Debate*”, in *Federal Communications Law Journal*, 2007, <http://www.repository.law.indiana.edu/fclj/vol59/iss3/6>; T. Wu; L. Lessig, *Re: Ex Parte Submission in CS Docket No. 02-52*, p. 2, http://www.timwu.org/wu_lessig_fcc.pdf; B. van Schewick, *Towards an Economic Framework for Network Neutrality Regulation*, in *Journal on Telecommunications & High Technology Law*, 2007, pp. 328 ss., <http://ssrn.com/abstract=812991>; B. M. Frischmann; B. van Schewick, *Network Neutrality and the Economics of an Information Superhighway: a Reply to Professor Yoo*, in *Jurimetrics Journal*, 2007, p. 47, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1014691; D. A. Hass, *The Never-Was-Neutral Net and Why Informed End Users Can End the Net Neutrality Debates*, in *Berkely Technology Law Journal*, 2007, <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1717&context=btlj>; P. Ganley; B. Allgrove, *Net neutrality: A user’s guide*, in *Computer, Law & Security Report*, 2006, vol. 22, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=925693; A. Thierer; M. Wendy, *The Constructive Alternative to Net Neutrality Regulation and Title II Reclassification Wars*, in *Progress on Point*, 2010, vol. 17, pp. 1 ss., <http://ssrn.com/abstract=1614884>; P. Weiser, *The Future of Internet Regulation*, in *University of Colorado Law Legal Studies Research Paper*, 2009, pp. 529 ss., <http://ssrn.com/abstract=1344757>; A. Thierer, *Are “Dumb Pipe” Mandates Smart Public Policy? Vertical Integration, Net neutrality, and the Network Layers Model*, in *Journal On Telecommunications & High Technology Law*, 2005, pp. 275 ss., http://www.jthtl.org/content/articles/V3I2/JTHTLv3i2_Thierer.PDF; T. Wu, *The Broadband Debate: A User’s Guide*, in *Journal of Telecommunications and High*

Le numerose definizioni formulate tanto in ambito scientifico che istituzionale oscillano tra l'interesse degli *edge providers* a distribuire i loro servizi e contenuti senza restrizioni di sorta da parte dei *broadband providers*, e quello degli utenti finali a fare liberamente uso di Internet⁴².

Technology Law, 2004, vol. 3, pp. 69 ss., <http://ssrn.com/abstract=557330>; A. Neill, *How the FCC Can Preserve the Open Internet & Net Neutrality Through Title II Reclassification: The case for reclassifying broadband internet access under Title II, and adopting rules that protect the Open Internet*, 2014, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2550431; H. Guo; S. Bandyopadhyay; A. Lim; Yu-Chen Ben Yang; H. Kenneth Cheng, *Effects of Competition Among Internet Service Providers and Content Providers on the Net Neutrality Debate*, 2015, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2529693; O. Sylvain, *Network Equality*, in *Hastings Law Journal*, 2016, pp. 443 ss., http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2588053; R. Frieden, *Network Neutrality and Consumer Demand for 'Better than Best Efforts' Traffic Management*, 2015, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2611689.

⁴² Fra le prime si può menzionare, per esempio, quella secondo la quale «*net neutrality means simply that all like Internet content must be treated alike and move at the same speed over the network*» (L. Lessig; R. W. McChesney, *No Tolls on The Internet*, in *The Washington Post*, 8 giugno, 2006, <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/06/07/AR2006060702108.html>) o quella del Parlamento brasiliano secondo il quale la *neutralidade de Rede* è il principio in forza del quale «*o responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação*» (art. 9 della legge 12.965 del 23 aprile 2014) Lei n° 12.965. de 23 de abril de 2014; Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil; https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm) o, ancora, quella del BEREC secondo cui la neutralità di Internet è il principio in virtù del quale «*all electronic communication passing through a network is treated equally*» (Body of European Regulators for Electronic Communications, *BEREC Response to the European Commissions consultation on the open Internet and net neutrality in Europe*, in BoR, 2010; http://berec.europa.eu/doc/berec/bor_10_42.pdf). Alle seconde può essere ascritta, per esempio, quella dettata dall'art. 4 della Dichiarazione dei diritti in Internet elaborata dalla Commissione per i diritti e i doveri in Internet che qualifica la neutralità della Rete come il principio in forza del quale «ogni persona ha il diritto che i dati trasmessi e ricevuti in Internet non subiscano discriminazioni, restrizioni o interferenze in relazione al mittente, ricevente, tipo o contenuto dei dati, dispositivo utilizzato, applicazioni o, in generale, legittime scelte delle persone» (Dichiarazione dei

Le definizioni del primo tipo non sono soddisfacenti perché trattano il problema della *Net neutrality* come una questione nella quale gli interessi coinvolti sarebbero tutti e solo di carattere economico che, come tale, dovrebbe essere affrontata e risolta con gli strumenti del diritto della concorrenza e/o dei consumatori.

Nel focalizzare l'attenzione sui contenuti e sui servizi *online* e/o sui rispettivi fornitori e consumatori, queste definizioni offrono una visione impoverita e incompleta di Internet la cui assoluta novità risiede nella capacità di consentire una costante e persistente comunicazione umana *online* in grado di creare «new ideas and new ways of making a living. This has never happened before at the same rate, with the same directness, or with similarly persistent results». Secondo questa impostazione, la neutralità di Internet non mira a tutelare la concorrenza o i consumatori, quanto piuttosto a proteggere un interesse di natura non economica nel cui seno è racchiuso «il valore umano» di Internet⁴³.

Più esaustive sono quindi le definizioni del secondo tipo, imperniate sull'interesse degli utenti finali a fare liberamente uso di Internet e sulla necessità di garantire l'eguale trattamento delle comunicazioni *on line*. Secondo questa impostazione, la decisione di un *broadband provider* di bloccare, di rallentare o di accelerare alcune comunicazioni *online* rispetto ad altre conduce, in misura variabile ma sempre e comunque, a diminuire il flusso delle informazioni che circolano all'interno di Internet, rendendo

diritti in Internet del 28 luglio 2015, http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/commissione_internet/TESTO_ITALIANO_DEFINITVO_2015.pdf).

⁴³ S. P. Crawford, *The Internet and the Project of Communications Law*, cit., pp. 3-4, 18. In senso analogo Y. Benkler, *From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation Toward Sustainable Commons and User Access*, in *Federal Communications Law Journal*, 2000, vol. 52, p. 565, <http://www.repository.law.indiana.edu/fclj/vol52/iss3/9/>: «today, as the Internet and the digitally networked environment present us with a new set of regulatory choices, it is important to set our eyes on the right prize. That prize is not the Great Shopping Mall in Cyberspace. That prize is the Great Agora—the unmediated conversation of the many with the many».

quest'ultima meno appetibile e rallentandone di conseguenza la diffusione⁴⁴.

Gli *Orders* si discostano da entrambe le definizioni.

La Commissione ha bollato le prime come «unduly narrow»⁴⁵ e ha tutelato la *open Internet* che, come vedremo, è un principio molto diverso dalla *Net neutrality* patrocinata dalle seconde⁴⁶.

Parte III

3.1. I primi interventi regolativi della Commissione

Correva l'anno 2004 quando, in occasione di un discorso presso l'Università del Colorado, l'ex Presidente della Commissione - Michael Powell - individuò per la prima volta alcuni principi in tema di apertura della Rete e abbozzò la teoria del “circolo virtuoso”, in forza della quale la domanda di contenuti, applicazioni e dispositivi accelera la diffusione della banda larga e questa, a sua volta, alimenta la produzione di nuovi contenuti e servizi che accresce ulteriormente la domanda dei consumatori.

Alla luce di questa impostazione, qualunque pratica dei *broadband providers* che minacci di restringere o falsare la concorrenza nel mercato dei contenuti e delle applicazioni produce l'effetto di eliminare gli incentivi alla diffusione della banda larga, con l'ulteriore ed esiziale

⁴⁴ Persino coloro che si oppongono alla regolazione della *Net neutrality* rimarcano il rapporto di causa-effetto tra questa e l'impetuoso e rapido successo di Internet. C. S. Yoo, *Would Mandating Broadband Network Neutrality help or Hurt Competition? A Comment on the End-to-End Debate*, in *Vanderbilt University Law School Law & Economics Working Paper Number 04-04, Public Law & Legal Theory*, 2004, p. 26, <http://ssrn.com/abstract=495502>: «*there can be no question that the widespread acceptance of the end-to-end argument has played a key role in fostering the Internet's meteoric success and remains a central tenet guiding decisions with respect to network design*».

⁴⁵ FCC, 2010 *Open Internet Order*, par. 78, p. 17949.

⁴⁶ Il reg. UE 2015/2120 del 25 novembre 2015 (art. 3 «salvaguardia dell'accesso a un'Internet aperta») detta una disciplina per taluni aspetti simile a quella degli *Orders*.

duplice effetto di ridurre la concorrenza nel mercato dei BIASs e di rallentare la diffusione di Internet⁴⁷.

Un anno più tardi la Commissione approvava all'unanimità la *Internet Policy Statement* con la quale venivano ribadite le linee guida in precedenza tracciate da Powell e venivano stabiliti alcuni principi generali volti a incoraggiare lo sviluppo della banda larga e a tutelare e promuovere l'apertura di Internet.

Trattandosi di una *Policy Statement*, i suddetti principi costituivano meri orientamenti - ossia regole non giuridiche (*non-legislative rules*) - circa il modo in cui la Commissione avrebbe utilizzato i propri poteri discrezionali⁴⁸.

Nel 2007 la Commissione riceveva numerosi reclami da parte dei clienti di Comcast che denunciavano il blocco del traffico generato da applicazioni basate sull'architettura P2P. A tali accuse Comcast replicava sostenendo che il blocco serviva a prevenire la congestione della rete causata dall'elevato consumo di banda da parte del *file sharing*.

Ritenendo di essere competente a decidere la controversia⁴⁹, la Commissione respingeva la difesa della società e stabiliva che, impedendo agli utenti di accedere ai contenuti e alle applicazioni scelte, Comcast aveva contravvenuto alla *Internet Policy Statement*. La Commissione

⁴⁷ In senso analogo, *Testimony of Lawrence Lessig C. Wendell and Edith M. Carlsmith Professor of Law Stanford Law School Senate Committee on Commerce, Science and Transportation Hearing on "Network Neutrality" February 7, 2006*, p. 3, <https://cyberlaw.stanford.edu/files/publication/files/lessig-020706.pdf>.

⁴⁸ A. K. Brauer-Rieke, *The FCC Tackles Net Neutrality: Agency Jurisdiction and the Comcast Order*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2009, p. 601, <http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol24/iss1/24>: «agency-issued policy statements typically serve to inform regulated entities and the public how an agency will carry out its administrative mandate or proceed under certain factual circumstances. Policy statements generally do not carry procedural requirements for their promulgation and are not legally binding. Agencies may not decide adjudicatory procedures based on a policy statement, but a policy statement can influence an agency decision within the scope of that agency's discretion. Accordingly, policy statements are among the most informal of an agency's official regulatory tools».

⁴⁹ Sul punto cfr. le osservazioni di A.K. Brauer-Rieke, *The FCC Tackles Net Neutrality: Agency Jurisdiction and the Comcast Order*, cit., pp. 594 ss. e, soprattutto, pp. 614-615.

adottava quindi il *Comcast Order* che imponeva l'immediata cessazione del blocco.

L'*Order* fu impugnato da Comcast e successivamente annullato per vizio di incompetenza nell'aprile del 2010 da *Comcast v. FCC*⁵⁰.

In pendenza del giudizio, forse preconizzandone l'esito, la Commissione avviò un procedimento di *rulemaking* che si concludeva con l'adozione del *2010 Open Internet Order*.

3.2. Il 2010 Open Internet Order

L'intero impianto regolatorio del *2010 Open Internet Order* ruota intorno all'assioma che il successo di Internet non sia merito di coloro che realizzano e gestiscono le reti, bensì degli *edge providers*, ossia di coloro che operano ai "margini" di Internet attraverso l'offerta di servizi e contenuti.

Su questa premessa la Commissione ha elaborato la teoria del "circolo virtuoso".

Il punto di partenza del circolo è costituito dalla offerta di nuovi e innovativi contenuti, applicazioni, servizi e dispositivi.

La domanda dei nuovi prodotti ha come conseguenza l'aumento della domanda di capacità trasmissiva da parte degli *end users*.

Per soddisfare la "fame di banda larga", i *broadband providers* sono incentivati ad aumentare l'efficienza e le dimensioni delle reti.

Il conseguente aumento della capacità trasmissiva stimola a sua volta - e così si torna al punto di partenza del circolo - la produzione di nuovi

⁵⁰ Per un commento a *Comcast v. FCC*, A. Reicher, *Redefining Net Neutrality after Comcast v. FCC*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2011, p. 733, <http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol26/iss1/2>. Più in generale, sulla impossibilità di fondare la competenza della Commissione a regolare il servizio di accesso a Internet facendo leva sulla "ancillary jurisdiction" di cui alla *section 4 (i), Title I*, del *Communications Act*, J. B. Speta, *FCC Authority to Regulate the Internet: Creating It and Limiting It*, in *Loyola University Chicago Law Journal*, 2003, pp. 22 ss., <http://lawecommons.luc.edu/luclj/vol35/iss1/3>.

contenuti, applicazioni, servizi e dispositivi che innesca un ulteriore «virtuous circle of innovation»⁵¹.

La teoria è condivisa tanto dalla giurisprudenza⁵² che dalla dottrina nordamericana⁵³.

Affinché il circolo virtuoso possa attivarsi e incessantemente rinnovarsi è però necessario prevenire il rischio che i *broadband providers* restringano o impediscano la libertà degli *edge providers* di fornire i rispettivi servizi e contenuti, così come quella degli *end users* di scegliere i contenuti, le applicazioni e i servizi di loro scelta⁵⁴.

⁵¹ FCC, 2010 *Open Internet Order*, par. 14, p. 17910.

⁵² DC Court, *Verizon v. FCC*, 11-1355 (1-15-2014), pp. 34-35, https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-325156A1.pdf: «*the Commission has more than adequately supported and explained its conclusion that edge-provider innovation leads to the expansion and improvement of broadband infrastructure*»; «*the Commission's emphasis on this connection between edge-provider innovation and infrastructure development is uncontroversial*».

⁵³ E' incontrovertibile che l'innovazione in Internet «*has come primarily from the "edge" or "end" of the network through application competition*» (*Testimony of Lawrence Lessig*, cit., pp. 3-4). A sostegno di questa affermazione, l'autore adduce alcuni esempi: «*indeed, if you consider some of the most important innovations in this history of the Internet — from the development of the World Wide Web by a Swiss researcher at CERN, to the first peer-to-peer instant messaging chat service, ICQ, developed by a young Israeli, to the first web based (or HTML-based) email, HoTMaiL, developed by an Indian immigrant — these are all innovations by kids or non-Americans: outsiders to the network owners*». In senso analogo, M.A. Lemley; L. Lessig, *The End of End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era*, in *U.C. Berkeley Public Law and Legal Theory, Research Paper No. 36*, 2000, p. 8, http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=247737. Ancora nello stesso senso, S. P. Crawford, *Network Rules*, in *Benjamin N. Cardozo School of Law Jacob Burns Institute for Advanced Legal Studies Working Paper No. 159*, 2006, p. 21, <http://ssrn.com/abstract=885583>, secondo cui «*the telcos and cablecos have not created successful online businesses or any notable innovations associated with online life*».

⁵⁴ Non si tratta di un rischio astratto. Le indagini condotte tanto dalla Commissione che dal BEREC (*BEREC Response to the European Commissions consultation on the open Internet and net neutrality in Europe*, in *BoR (10) 42 30* settembre 2010; http://berec.europa.eu/doc/berec/bor_10_42.pdf). Si veda anche il più recente documento pubblicato dalla Commissione europea «*1 in 4 European internet users still experience blocking of internet content, study shows*»; http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-

Muovendo dal presupposto che la tutela della libertà degli *edge providers* e degli *end users* è strumentale alla crescita di Internet, la Commissione ha individuato la base legale del *2010 Open Internet Order* nella *section 706* del *Telecommunications Act* del 1996 (da questo momento in poi “*Telecommunications Act*”)⁵⁵.

La lettera (a) della citata *section* prevede che «*the Commission [...] shall encourage the deployment on a reasonable and timely basis of advanced telecommunications capability to all Americans [...] by utilizing [...] measures that promote competition in the local telecommunications market, or other regulating methods that remove barriers to infrastructure investment*».

La lettera (b) della stessa *section* attribuisce alla Commissione il compito di svolgere indagini annuali al fine di verificare l’effettiva disponibilità della citata “*advanced telecommunications capability*” e le impone, nell’eventualità che quest’ultima non si stia diffondendo secondo velocità e tempi ragionevoli, di agire immediatamente.

La lettera (c) della medesima *section*, infine, definisce la nozione di “*advanced telecommunications capability*” in termini così ampi che la Commissione non ha avuto alcuna difficoltà a ricondurvi il BIAS.

Avendo ritenuto nel giugno del 2010 che la diffusione della banda larga non stesse avvenendo secondo velocità e tempi ragionevoli⁵⁶, la

14-136_en.htm) hanno evidenziato che, al fine di avvantaggiare le proprie offerte, alcuni *broadband providers* hanno bloccato o degradato il traffico degli *edge providers* concorrenti.

I casi più frequenti di *blocking* e di *throttling* hanno riguardato i servizi VoIP, VoD e IPTV, offerti da alcuni *edge providers* come, per esempio, Skype, Vonage, Netflix, Hulu, YouTube e iTunes, in concorrenza con i servizi *triple play* o *quadruple play* offerti dalle *telcos* e dalle *cablecos*.

⁵⁵FCC, *2010 Open Internet Order*, par. 117, p. 17968. Sul tema B. Boliek, *The FCC’s Evidentiary Problem*, in *Journal of Law and Policy for the Information Society*, 2015, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2686396

⁵⁶FCC, *Inquiry Concerning the Deployment of Advanced Telecommunications Capability to All Americans in a Reasonable and Timely Fashion, and Possible Steps to Accelerate Such Deployment Pursuant to Section 706 of the Telecommunications Act of 1996*, GN Docket No. 09-137, *Sixth Broadband Deployment Report*, 25 FCC Rcd. 9,556, 9,558, 2–3 (2010).

Commissione ha ritenuto che si fossero realizzate le condizioni previste dalla lettera (b) della *section 706* e ha quindi adottato il *2010 Open Internet Order*⁵⁷.

Per tutelare l'apertura della Rete, la Commissione ha formulato tre regole: a) la *transparency rule*; b) la *no blocking rule*; c) la *no unreasonable discrimination rule*. Entrambi i divieti sono soggetti alla eccezione del d) *reasonable network management*.

a) La *transparency rule* è di fondamentale importanza per tutelare l'apertura di Internet ma, poiché la disciplina delle informazioni concernenti le condizioni tecniche ed economiche della fornitura del BIAS non chiama in causa la ragionevolezza, non ne verrà fatta ulteriore menzione.

b) La *no blocking rule* vieta ai *broadband providers* su rete fissa di bloccare contenuti, applicazioni e servizi leciti, e i dispositivi che non minacciano la sicurezza e l'integrità della rete, salvo che il blocco ricada nella eccezione del *reasonable network management*⁵⁸.

Più circoscritto è il divieto per i *broadband providers* su rete mobile che non possono bloccare l'accesso a siti web leciti o l'utilizzo di applicazioni concorrenti con i rispettivi servizi di telefonia e videofonia, salvo che il blocco ricada nella eccezione del *reasonable network management*⁵⁹.

Poiché il *2015 Open Internet Order* ha equiparato i *broadband providers* su rete fissa e su rete mobile, è inutile indugiare sulle ragioni tecniche ed economiche del diverso trattamento.

Dal divieto di blocco la Commissione ricava per via interpretativa due ulteriori divieti: la *no throttling rule* e la *no charging edge providers rule*.

La prima vieta ai *broadband providers* di degradare la velocità di trasmissione di particolari contenuti, applicazioni, o servizi ovvero di diminuire le prestazioni dei dispositivi connessi alla rete al punto da

⁵⁷ FCC, *2010 Open Internet Order*, par. 123, p. 17972.

⁵⁸ID., par. 63, p. 17942.

⁵⁹ ID., par. 99, p. 17959.

renderli di fatto inutilizzabili. In taluni casi, peggiorare la qualità del servizio oltre una certa misura può infatti equivalere a un blocco totale. Emblematico è l'esempio dei servizi *time sensitive* come, per esempio, le comunicazioni VoIP per le quali latenze anche lievi impediscono la fruibilità del servizio e sono equivalenti a un blocco totale⁶⁰.

Come la *no blocking rule*, anche la *no throttling rule* è soggetta alla eccezione del *reasonable network management*.

La seconda regola vieta ai *broadband providers* di esigere dagli *edge providers* il pagamento di una tariffa per evitare il blocco, ossia «*for delivering traffic to or carrying traffic from the broadband provider's end-user customers*»⁶¹.

Come tutte le pratiche commerciali (questo profilo sarà trattato con la dovuta attenzione più avanti), la *no charging edge providers rule* non è soggetta alla eccezione del *reasonable network management*.

c) La *no unreasonable discrimination rule* vieta ai *broadband providers* su rete fissa di discriminare in modo irragionevole il traffico dati. Non costituiscono discriminazioni irragionevoli le pratiche di *network management* ragionevoli⁶².

Il divieto non si applica ai *broadband providers* su rete mobile e, per gli stessi motivi illustrati a proposito della *no blocking rule*, è inutile analizzarne le ragioni.

Per la sua portata residuale, che le deriva dall'aver per oggetto «any form of differential treatment that falls short of blocking»⁶³, il divieto di discriminazioni irragionevoli rappresenta la regola più importante dell'*Order*.

La regola non vieta tutte le discriminazioni, ma solo quelle irragionevoli. Dei *pro* e dei *contra* della ragionevolezza si è già detto nella prima parte, laddove si è pure accennato al fatto che, allo scopo di mitigare l'incertezza insita nella adozione del canone della ragionevolezza, la

⁶⁰ ID., par. 66, p. 17943.

⁶¹ ID., par. 67, p. 17943.

⁶² ID., par. 68, p. 17944.

⁶³ B. van Schewick, *Network Neutrality and Quality of Service: What a Non-Discrimination Rule Should Look Like*, in *Stanford Law Review*, 2015, v. 67, pp. 2-3.

Commissione ha tracciato a beneficio proprio e, soprattutto, dei *broadband providers* una guida utile a distinguere le discriminazioni ragionevoli da quelle irragionevoli basata su quattro fattori: *transparency*, *end-user control*, *use-agnostic discrimination*, *standard practices*.

L'Order, tuttavia, non ha tracciato una gerarchia tra loro e l'omissione è foriera di incertezza, poiché non è chiaro come la Commissione giudicherà «una pratica conforme ad alcuni, ma non a tutti i fattori menzionati nell'order»⁶⁴.

Venendo al primo dei quattro fattori, la Commissione afferma che «*differential treatment of traffic is more likely to be reasonable the more transparent to the end user that treatment is*»⁶⁵, e la spiegazione è abbastanza banale: è improbabile che un *broadband provider* renda di pubblico dominio le pratiche discriminatorie che sono, a giudizio dello stesso *broadband provider*, sicuramente o probabilmente irragionevoli.

Il giudizio sulla sicura o probabile irragionevolezza di una pratica discriminatoria è, dunque, interamente rimesso ai *broadband providers* e, pertanto, questo fattore non è di grande aiuto ai *broadband providers* nel decidere se porre in essere o meno una pratica discriminatoria.

Molto più interessanti sono i fattori *end-user control* e *use-agnostic discrimination*.

In base al primo criterio è improbabile che siano irragionevoli le pratiche discriminatorie attraverso le quali i *broadband providers* forniscono servizi differenziati ai clienti che ne fanno richiesta⁶⁶.

Si tratta di una disposizione in grado di modificare in maniera radicale il modo in cui ha funzionato fino ad oggi Internet ma, per poterne apprezzare in pieno la portata rivoluzionaria, occorre analizzarla insieme alle regole in tema di i) *pay for priority* e di ii) *use-agnostic discrimination*.

i) Chi deve pagare il costo extra per la fornitura del servizio differenziato? Gli *edge providers* o gli utenti finali?

⁶⁴ ID., *Network Neutrality and Quality of Service: What a Non-Discrimination Rule Should Look Like*, cit., p. 122.

⁶⁵ FCC, *2010 Open Internet Order*, par. 70, p. 17944.

⁶⁶ ID., par. 71, p. 17944.

La risposta dell' *Order* è che se il costo della fornitura è a carico degli *edge providers* piuttosto che degli *end users* la discriminazione, che altrimenti sarebbe probabilmente ragionevole, è probabilmente irragionevole: «*as a general matter, it is unlikely that pay for priority would satisfy the “no unreasonable discrimination” standard*»⁶⁷.

ii) In forza del fattore *use-agnostic discrimination*, talora denominato *application-agnostic discrimination* (sia “*use*” che “*application*” sono abbreviazioni che stanno entrambe per applicazione, contenuto, servizio, uso, dispositivo) sono probabilmente ragionevoli le pratiche dei *broadband providers* che non discriminano fra specifici contenuti, servizi, usi o dispositivi o classi di contenuti, servizi, usi o dispositivi⁶⁸.

Tale è, per esempio, la discriminazione a vantaggio di un certo traffico quando i servizi di comunicazione con una QoS superiore a quella *best effort* sono messi a disposizione di tutte indiscriminatamente le applicazioni.

La norma che si ricava dalle disposizioni in tema di *end-user control*, *use-agnostic discrimination* e *pay for priority* consente, dunque, di qualificare come probabilmente ragionevoli le discriminazioni che consistono nella fornitura di servizi differenziati a condizione che: «(1) *the different classes of service are available equally to all applications and classes of applications*; (2) *the user is able to choose whether, when and for which application to use which class of service*; (3) *the network*

⁶⁷ ID., par. 76, p. 17947.

La spiegazione della probabile irragionevolezza è fornita dalla stessa Commissione che la riconduce a un triplice ordine di ragioni. Innanzitutto, perché gli accordi di prioritizzazione rappresentano un significativo allontanamento dalle pratiche commerciali consolidate. In secondo luogo, perché gli alti costi connessi alla conclusione di tali accordi potrebbero rappresentare una barriera all'ingresso o alla permanenza in Internet per molti *edge providers*. In terzo, e ultimo luogo, perché gli accordi di prioritizzazione aumentano il rischio che i *broadband providers*, allo scopo di raggiungere e mantenere la qualità del servizio pattuita, migliorino le prestazioni dei servizi differenziati a discapito di quello *best effort*.

⁶⁸ ID., par. 73, p. 17945.

provider is allowed to charge only its own Internet service customers for the use of the different classes of service»⁶⁹.

Analizziamo nel dettaglio ciascuna delle tre condizioni.

In base alla prima, i *broadband providers* possono offrire, per esempio, un servizio *low-delay* a condizione che tale servizio sia disponibile per tutte le applicazioni e per tutte le classi di applicazione (applicazione è, ancora una volta, una abbreviazione che sta per applicazione, contenuto, servizio, uso, dispositivo). Ne consegue che sarebbe probabilmente irragionevole la fornitura del servizio *low-delay* solo a una specifica applicazione VoIP (per esempio, Skype) o a una classe di applicazioni (per esempio, tutte e solo le applicazioni VoIP).

In forza della seconda condizione, e sempre per restare nello stesso esempio, l'unica opzione rimessa ai *broadband providers* è la decisione se offrire o meno il servizio *low-delay* ai propri clienti, ma la scelta se, quando e per quale applicazione utilizzarlo spetta a questi ultimi. Ne consegue quindi che sarebbe probabilmente irragionevole, per esempio, una modalità di fornitura del servizio che ne prevedesse l'esclusione durante una determinata fascia oraria come la *peak hour Internet traffic* che va, grosso modo, dalle ore 19 alle ore 22. L'irragionevolezza risiederebbe in questo caso nella circostanza che alcune applicazioni *time sensitive*, come - per esempio - il *video streaming* di Netflix, sono in prevalenza utilizzate durante le ore di picco del traffico e che, pertanto, sarebbero gravemente svantaggiate dalla scelta dei *broadband providers* di non fornire il servizio *low-delay* in questa fascia oraria⁷⁰.

Alla luce della terza ed ultima condizione, un *broadband provider* può fornire, sempre per rimanere nello stesso esempio, il servizio *low-*

⁶⁹ B. van Schewick, *Network Neutrality and Quality of Service: What a Non-Discrimination Rule Should Look Like*, cit., pp. 98-99.

⁷⁰ Recenti dati rivelano che nel Nord America, durante i periodi di picco, Netflix è responsabile del 37.1% (ossia più di un terzo!) del traffico *downstream* negli accessi a Internet da postazione fissa (Sandvine, dicembre 2015, *Global Internet Phenomena, Africa, Middle east & North America*, <https://www.sandvine.com/downloads/general/global-internet-phenomena/2015/global-internet-phenomena-africa-middle-east-and-north-america.pdf>).

delay solo se i costi della fornitura sono posti a carico dei propri clienti. Ne deriva che sarebbe probabilmente irragionevole una modalità di fornitura del servizio nella quale un *edge provider*, per esempio Netflix piuttosto che Skype, corrispondesse una tariffa per il trattamento preferenziale del proprio traffico.

Sfruttando la facoltà concessa dall'*Order* di erogare servizi con una QoS superiore a quella *best effort*, i *broadband providers* potrebbero differenziare le proprie offerte commerciali. Non è da escludere inoltre che, grazie a questa facoltà, possano in futuro nascere *broadband providers* specialistici che non forniscono il servizio *best effort* ma solo uno o più servizi con una QoS superiore.

Una volta chiarite le condizioni della liceità della fornitura di servizi differenziati occorre interrogarsi sulla sua fattibilità tecnica.

A differenza di quanto si potrebbe di primo acchito pensare, la possibilità di erogare servizi differenziati esiste sin dagli albori di Internet.

Sia il protocollo IPv4 che il protocollo IPv6 consentono la marcatura dei pacchetti (*packet marking*) attraverso, rispettivamente, i campi “tipo di servizio” (*Type of Service, ToS*) e “classe di traffico”⁷¹.

È in questi campi che dovrebbe essere inserita la richiesta al *broadband provider* di fornitura del tipo di servizio.

Un ulteriore e connesso problema riguarda l'individuazione del soggetto deputato alla marcatura dei pacchetti.

Il traffico *upstream* (quello cioè immesso nella Rete dall'utente finale) non presenta particolari problemi: sarà l'applicazione dell'utente finale - lo *user agent* - a contrassegnare i pacchetti indicando nel campo ToS il tipo di servizio desiderato.

Più complicata è la soluzione per il traffico *downstream* (quello cioè proveniente da Internet e diretto all'utente finale).

⁷¹L'importanza del campo ToS è stata sottolineata da C. S. Yoo, *Network Neutrality and the Need for a Technological Turn in Internet Scholarship*, cit., p. 4: «*the type of service field was designed to allow networks to attach different levels of priority to particular packets*».

In questo caso, l'individuazione dei pacchetti ai quali fornire il servizio con la QoS desiderata non potrà che essere effettuata dal *broadband provider*.

Ciò, tuttavia, dovrà comunque avvenire nel rispetto dei fattori *use-agnostic discrimination* e *end-user control*.

A questo scopo sarà necessario che lo *user agent* segnali al *broadband provider* che tutto il traffico indirizzato a una applicazione o a un dispositivo dell'utente finale proveniente da un dato indirizzo IP e con un certo numero di porta (*port number*) dovrà ricevere il servizio con la QoS desiderata.

Come dimostra un recente studio di *computer networking*, gli *user-driven networks* – ossia i *networks* in cui «*the user [...] define which traffic gets what type of service, and when this happens; while the ISP figures out how and where in the network, provisioning is implemented*» - sono tecnicamente fattibili e sono in grado di migliorare notevolmente la *performance* delle applicazioni che richiedono un servizio di qualità superiore a quella *best effort*⁷².

Se da un lato, la fornitura di servizi differenziati è giuridicamente e tecnicamente fattibile, dall'altro lato, non è economicamente praticabile, o almeno non lo è nelle odierne condizioni di mercato del BIAS.

Allo stato attuale, infatti, i *broadband providers* non possono fornire alcuna garanzia che i pacchetti per i quali i clienti hanno richiesto un servizio QoS continueranno a ricevere questo servizio una volta usciti dal tratto *last mile*.

Un cliente, per esempio, ha inviato un flusso di pacchetti per il quale richiede al proprio *broadband provider* A) il servizio *low-delay*. I pacchetti riceveranno il servizio fintanto che si muovono all'interno del tratto gestito dal *broadband provider* A) ma, una volta usciti, non esiste alcuna garanzia che i pacchetti continuino a beneficiare dello stesso servizio.

⁷² Y. Yiakoumis; Te-Yuan Huang; Kok-Kiong Yap; Sachin Katti; N. McKeown; Ramesh Johari, *Putting Home Users in Charge of their Network*, 2012, p. 2, <https://www.eecs.berkeley.edu/~sylvia/papers/homenets2.pdf>

L'indirizzo IP di destinazione dei pacchetti potrebbe essere, per esempio, quello di un cliente del *broadband provider* B) che fornisce solo il servizio *best effort* e che, di conseguenza, tratterà i pacchetti alla stregua di tutti gli altri.

Se si dovesse verificare una congestione in uno dei suoi *routers*, il *broadband provider* B) applicherà il criterio FIFO e i pacchetti per i quali il cliente del *broadband provider* A) ha richiesto il servizio *low-delay* riceveranno in luogo di quest'ultimo il servizio *best effort* e potranno essere inoltrati solo dopo quelli che sono arrivati per primi nella coda.

Ne consegue che la condizione indispensabile affinché possa nascere il mercato dei servizi differenziati è che i *broadband providers* siano in grado di garantire ai propri clienti che il servizio richiesto sarà fornito *end to end*.

Una condizione difficile - anche se non impossibile - da soddisfare perché, allo scopo di essere realizzata, saranno necessarie «*the harmonization and cooperation of a large number, if not all, of the relevant network operators*»⁷³.

L'ultimo dei fattori indicati dalla Commissione per distinguere le discriminazioni ragionevoli da quelle irragionevoli consiste, infine, nel rispetto da parte dei *broadband providers* delle “*standard practices*”, ossia nella conformità o meno del trattamento discriminatorio ai *technical standards* e alle *best practices* stabilite da organizzazioni indipendenti⁷⁴.

d) Il *reasonable network management* non è una quarta regola, ma una eccezione alla *no blocking rule* e alla *no unreasonable discrimination rule*, in forza della quale le pratiche di blocco e/o di discriminazione del traffico sono lecite se strumentali alla gestione ragionevole della rete.

Il *network management* è un concetto polisemico che comprende una estrema molteplicità sia di tecniche che di finalità, lecite, illecite, e di dubbia legittimità. Chi pensasse però di trovare nell'*Order* una netta e

⁷³BITAG, *Differentiated Treatment of Internet Traffic*, 2015, p. 1, http://www.bitag.org/documents/BITAG_-_Differentiated_Treatment_of_Internet_Traffic.pdf.

⁷⁴ FCC, *2010 Open Internet Order*, par. 74, p. 17946.

chiara distinzione tra pratiche di *network management* consentite e vietate resterebbe deluso.

Ancora una volta la Commissione ha utilizzato la ragionevolezza come metro per valutare la legittimità delle condotte dei *broadband providers* e ha stabilito che sono lecite solo le pratiche di *network management* ragionevoli.

Il quadro di incertezza è peraltro mitigato dalla definizione di *reasonable network management* e dalla guida, a questa allegata, per distinguere le pratiche di *network management* ragionevoli da quelle irragionevoli.

La definizione, apparentemente tautologica, secondo cui «*a network management practice is reasonable if it is appropriate and tailored to achieving a legitimate network management purpose*»⁷⁵, è corredata da un elenco di *legitimate network purposes* che include le seguenti finalità: i) la garanzia della sicurezza e dell'integrità della rete; ii) il blocco del traffico indesiderato dagli *end users*; iii) la riduzione degli effetti della congestione della rete.

i) Sono pratiche di *reasonable network management* quelle finalizzate a garantire la “*network security or integrity*”⁷⁶.

Per evitare il rischio che i *broadband providers* invochino le esigenze di sicurezza e di integrità della rete per violare l'apertura di Internet, la Commissione ha sottolineato che il blocco o la degradazione di una specifica applicazione per presunte finalità di sicurezza o di integrità della rete è una pratica di *reasonable network management* solo se il *broadband provider* è in grado di provare in modo circostanziato che quel particolare traffico è dannoso per la rete come, per esempio, nel caso di un flusso di traffico utilizzato per porre in essere un attacco *denial-of-service*⁷⁷.

⁷⁵ ID., par. 82, p. 17952.

⁷⁶ ID., par. 88, p. 17954.

⁷⁷ ID.

ii) Sono altresì pratiche di *reasonable network management* quelle che mirano a bloccare il “*traffic unwanted by end users*”, come nel caso dell’attivazione del servizio di *parental control*⁷⁸.

iii) Infine, sono da considerare pratiche di *reasonable network management* le misure di *congestion management*, in quanto giustificate dalla finalità di “*network congestion*”⁷⁹.

Le finalità illustrate non sono di per sé sole idonee a rendere ragionevole una pratica di *network management*, essendo a questo scopo necessario considerare anche le tecniche utilizzate e, in particolare, occorre valutare se queste ultime siano o meno conformi ai fattori, in precedenza illustrati, *transparency, end-user control, use or application agnostic treatment*.

In base a questi tre fattori sono da considerare ragionevoli le pratiche di *network management* trasparenti, ovvero in tutto o in parte controllate dagli *end users*, o che sono *application agnostic*⁸⁰.

In sintesi, la guida per distinguere le pratiche di *network management* ragionevoli da quelle irragionevoli comprende sei fattori: i primi tre (*transparency, end-user control, use or application agnostic treatment*) servono a individuare le “tecniche” di *network management* che sono da giudicare ragionevoli. Gli ulteriori tre criteri (*network security or integrity, traffic unwanted by end users, network congestion*), individuano invece i “fini” che possono legittimamente essere perseguiti attraverso il *network management*.

Ne consegue, per esempio, che sono ragionevoli le pratiche di *congestion management* qualificabili come *application agnostic*. E’ questo il caso di un *broadband provider* che per fronteggiare la congestione riduce la banda utilizzabile da tutti i clienti che sfruttano il nodo nel quale si è verificata la congestione o, ancora meglio, dai soli *heavy users* del nodo congestionato.

Per converso è irragionevole una pratica di *network congestion* che si connota come *application specific*. E’ questo il caso che ha dato origine al

⁷⁸ ID., par. 89, p. 17954.

⁷⁹ ID., par. 91, p. 17955.

⁸⁰ ID., par. 87, p. 17954

Comcast Order con il quale la Commissione ha imposto a Comcast di porre fine al blocco del traffico prodotto da applicazioni basate sull'architettura P2P.

In conclusione, affinché una pratica di *network management* possa essere considerata ragionevole, è necessario il concorso di un duplice ordine di fattori. Il primo attiene alla tecnica utilizzata, il secondo alla finalità perseguita.

Ne deriva pertanto che se, per esempio, lo scopo è legittimo (*net congestion*) ma la tecnica non lo è (*application specific*), la pratica di *network management* è irragionevole.

3.3. Verizon v. FCC

Verizon v. FCC ha annullato la *no blocking rule* e la *no unreasonable discrimination rule*⁸¹.

Nel prevedere i due divieti, la Commissione avrebbe infatti assoggettato i *broadband providers* allo status di *common carrier* di cui al Titolo II del *Communications Act* malgrado, a partire dal 2002, in una serie di atti ritenuti dalla *United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit* (da questo momento "la Corte") «still-binding»⁸², la Commissione avesse espressamente qualificato i BIASs, indifferentemente dal mezzo trasmissivo utilizzato (cavo coassiale, rame), come *information service* piuttosto che come *telecommunications service*.

⁸¹ DC Court, *Verizon v. FCC*, 11-1355 (1-15-2014), p. 63. La pronuncia «ha raggiunto due fondamentali conclusioni che rappresentano insieme una parziale vittoria e una parziale sconfitta per i sostenitori e per gli oppositori della *network neutrality*. In primo luogo, la Corte ha stabilito che la *section 706* del *Telecommunications Act* del 1996 conferisce alla FCC il potere di regolare il trattamento del traffico Internet posto in essere dai *broadband access providers*. In secondo luogo, la Corte ha stabilito che le *nondiscrimination* e *antiblocking rules* rappresentano un illegittimo esercizio di tale potere poiché violano alcune espresse disposizioni statutarie» (C. S. Yoo, *Wickard for the Internet? Network Neutrality After Verizon v. FCC*, in *Federal Communications Law Journal*, 2014, p. 417, <http://ssrn.com/abstract=2511266>).

⁸² DC Court, *Verizon v. FCC*, 11-1355 (1-15-2014), p. 45.

La giustificazione a sostegno di questa qualificazione riposava sulla circostanza che il BIAS non consiste nella mera trasmissione di comunicazioni – che costituisce il tratto distintivo dei *telecommunications services* - ma comprende alcuni servizi aggiuntivi ed essenziali – come, per esempio, quelli di assegnazione di un indirizzo IP temporaneo e di *Domain Name System* (DNS) senza i quali, come noto, sono impossibili l'accesso a Internet e la navigazione Web - che ne postulano la qualificazione come *information service*.

La Commissione avrebbe così violato la *section 3* (44) del *Communications Act* secondo cui «a telecommunications carrier shall be treated as a common carrier under this Act only to the extent that it is engaged in providing telecommunications services».

Analogamente, avendo qualificato i *broadband providers* su rete mobile come fornitori di *private mobile service* e non come fornitori di *commercial mobile service*, la Commissione avrebbe violato la *section 332* (C) dello stesso *Act* in forza della quale «a person engaged in the provision of a service that is a private mobile service shall not, insofar as such person is so engaged, be treated as a common carrier for any purpose under this Act ».

La questione della sottoposizione dei *broadband providers* allo *status* di *common carrier*, per quanto di fondamentale importanza, è marginale in questo studio. Tuttavia, per comprendere le ragioni dell'annullamento che - come vedremo - ha fortemente condizionato il contenuto del *2015 Open Internet Order*, ad essa occorre sia pure brevemente accennare.

Il punto di partenza è il termine “*common carrier*” del quale la *section 3* (10) del *Communications Act* fornisce una definizione circolare: «the term “common carrier” [...] means any person engaged as a common carrier for hire»⁸³.

⁸³K. Werbach, *Only Connect*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2007, vol. 22, p. 1247, <http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol22/iss4/2/>; E. M. Noam, *Beyond Liberalization II: The Impending Doom of Common Carriage*, in *Telecommunications Policy*, 1994, <http://www.columbia.edu/dlc/wp/citi/citinoam11.html>.

Il significato del termine è stato chiarito dalla giurisprudenza, dalla quale si ricava una nozione che non è poi molto distante da quella - più intellegibile al giurista europeo - di servizio di interesse economico generale di cui al TFUE⁸⁴.

NARUC I (*National Association of Regulatory Utility Commissioners v. FCC*, 1976) ha identificato il carattere distintivo dei *common carriers* nella circostanza che questi ultimi si presentano al pubblico come soggetti che soddisfano le richieste degli utenti «indiscriminately», laddove invece i *private carriers* effettuano negoziazioni individuali che pervengono a decisioni caso per caso sul se e sul come - tanto sotto il profilo tariffario che qualitativo - della fornitura del servizio. La coeva NARUC II (*National Association of Regulatory Utility Commissioners v. FCC*) ha aggiunto che «the primary *sine qua non* of common carrier status is a quasi-public character, which arises out of the undertaking to carry for all people indifferently»⁸⁵.

Ciò premesso, la Commissione ha basato una delle proprie linee difensive sul postulato che i *broadband providers* non sono *carriers* degli *edge providers*, poiché può non esistere alcuna relazione giuridica tra i primi e i secondi, come nel caso assai frequente in cui un *edge provider* abbia acquistato il servizio di accesso a Internet da un *provider* diverso da quello che fornisce il BIAS al cliente del medesimo *edge provider*.

Se i *broadband providers* sono *carriers* solo degli *end users* e non degli *edge providers*, ne consegue, secondo la Commissione, che è inutile indagare se, nel formulare la *no blocking rule* e la *no unreasonable*

⁸⁴ Come noto, il TFUE non fornisce alcuna definizione di servizio di interesse economico generale, ma dalle discipline di settore, ossia dalle direttive e dai regolamenti che disciplinano taluni specifici servizi di interesse economico generale, si ricava che tale servizio consiste in qualunque attività economica la cui prestazione, in ragione della salvaguardia di superiori interessi generali, è considerata doverosa dall'ordinamento comunitario che può assoggettarla ad obblighi di servizio pubblico e di servizio universale.

⁸⁵ Una esaustiva ricostruzione storica della nozione di “*common carriage*” si può leggere in S.P. Crawford, *Transporting Communications*, in *Boston University Law Review*, 2009, pp. 878 ss.

discrimination rule, il *2010 Open Internet Order* abbia o meno assoggettato i *broadband providers* allo status di *common carrier*.

La Corte replica, innanzitutto, che «it is true, generally speaking, that the “customers” of broadband providers are end users. But that hardly means that broadband providers could not also be carriers with respect to edge providers»⁸⁶.

Poiché i *broadband providers* forniscono un servizio di trasmissione, non solo agli *end users*, ma anche agli *edge providers*, essi operano indubbiamente come *carriers* di questi ultimi.

Sulla base di questa premessa, la Corte affronta il problema se i divieti posti dal *2010 Open Internet Order* abbiano o meno assoggettato i *broadband providers* allo status di *common carrier*.

Quanto alla *no unreasonable discrimination rule*, la Corte afferma di avere «little hesitation in concluding that [...] in requiring [fixed] broadband providers to serve all edge providers without “unreasonable discrimination,” this rule by its very terms compels those providers to hold themselves out “to serve the public indiscriminately”»⁸⁷.

La questione se la *no blocking rule* assoggetti i *broadband providers* allo status di *common carrier* è invece «somewhat less clear»⁸⁸. Secondo la Corte, la regola in esame «establish a minimum level of service»⁸⁹ che i *broadband providers* devono fornire gratuitamente a tutti gli *edge providers*. La conclusione della Corte è che, «in requiring that all edge providers receive this minimum level of access for free»⁹⁰, la *no blocking rule* ha assoggettato i *broadband providers* su rete fissa e su rete mobile allo status di *common carrier*⁹¹.

⁸⁶ DC Court, *Verizon v. FCC*, 11-1355 (1-15-2014), p. 51.

⁸⁷ ID., p. 56.

⁸⁸ ID., p. 60.

⁸⁹ ID.

⁹⁰ ID.

⁹¹ ID. *Verizon v. FCC* traccia, a ben vedere, «una *roadmap* attraverso la quale ristabilire le *nondiscrimination* e *anti-blocking rules* in modo da consentire di superare positivamente ogni possibile successivo scrutinio giudiziale» (C. S. Yoo, *Wickard for the Internet? Network Neutrality After Verizon v. FCC*, cit., p. 417).

3.4. Il 2015 Open Internet Order

Sconosciuta agli albori di Internet, oggetto di discussione fra addetti ai lavori dall'inizio dello scorso decennio⁹² e di una organica regolazione solo dal 2010, la neutralità della Rete è caduta vittima di un dibattito non neutrale che ha avuto il proprio culmine nella dichiarazione del Presidente Obama sulla *Net neutrality*. Con questa dichiarazione, che costituisce una sorta di manifesto politico su Internet, il Presidente ha sollecitato la Commissione a formulare «the strongest possible rules to protect net neutrality»⁹³.

⁹² K. Zhu, *Bringing Neutrality to Network Neutrality*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2007, p. 615, <http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol22/iss1/32>.

⁹³ La dichiarazione (<http://www.whitehouse.gov/net-neutrality#section-read-the-presidents-statement>) ha ulteriormente infiammato il clima politico. Ad essa ha immediatamente fatto seguito una dichiarazione del Presidente della Commissione (*FCC Chairman Tom Wheeler's Statement on President Barack Obama's Statement regarding open internet*; <http://www.fcc.gov/document/chairman-wheeler-stmt-president-obamas-stmt-open-internet>) che aderisce in larga parte alle opinioni e ai suggerimenti del Presidente Obama. Le posizioni della maggioranza della Commissione e la politica presidenziale in tema di *Net neutrality* sono state invece fortemente contrastate dai commissari Ajit Pai e Michael O' Rielly: *Statement of FCC Commissioner Ajit Pai on President Obama's plan to regulate the internet*; <http://www.fcc.gov/document/comm-pais-stmt-president-obamas-plan-regulate-internet>; *Press Statement of FCC Commissioner Ajit Pai on President Obama's plan to regulate the internet*; <http://www.fcc.gov/document/comm-pai-press-stmt-president-obamas-plan-regulate-internet>; *Statement of FCC Commissioner Ajit Pai on the latest evidence that regulating the internet will reduce broadband deployment and competition*; <http://www.fcc.gov/document/comm-pai-stmt-latest-evidence-against-regulating-internet>; *What people are saying about President Obama's plan to regulate the internet*; <http://www.fcc.gov/document/what-people-are-saying-about-presidents-plan-regulate-internet>; *The american people oppose President Obama's plan to regulate the internet and support FCC transparency*; http://transition.fcc.gov/Daily_Releases/Daily_Business/2015/db0220/DOC-332151A1.pdf; *Statement of Commissioner Michael O'Rielly on Internet regulation and fauxbearance*; <http://www.fcc.gov/document/orielly-statement-internet-regulation-and-fauxbearance>; *Remarks of FCC Commissioner Michael O'Rielly The Free State Foundation's Policy Seminar: "Thinking the Unthinkable: Imposing the 'Utility Model' on Internet Providers"*; <http://www.fcc.gov/document/commissioner-oriellys-remarks-free-state-foundation>; *Statement of FCC Commissioners Ajit Pai and Mike O'Rielly*

È opinione di molti che le pressioni della Casa Bianca abbiano pesantemente condizionato le scelte della Commissione⁹⁴. È invece opinione di scrive che quest'ultima non abbia abdicato al ruolo di autorità indipendente di regolazione e che il *2015 Open Internet Order* rappresenti il frutto di un equilibrato bilanciamento tra il punto di vista di chi vorrebbe affidare al mercato il compito di regolare le discriminazioni operate dai *broadband providers* e quello di chi all'opposto vorrebbe vietare a questi ultimi qualsiasi pratica discriminatoria.

La parte più consistente dell'*Order* è dedicata alla *reclassification* e alla *forbearance*.

La Commissione ha profuso un enorme sforzo sia nel riqualificare i BIASs su rete fissa come *telecommunication service* e quelli su rete mobile

requesting public release of internet regulation plan and temporary delay of vote; http://transition.fcc.gov/Daily_Releases/Daily_Business/2015/db0223/DOC-332168A1.pdf. Come prevedibile, la dichiarazione del Presidente Obama ha provocato l'immediata reazione dei membri repubblicani del Congresso che hanno prontamente indirizzato una lettera di replica assai critica al Presidente della Commissione: <http://www.coats.senate.gov/newsroom/press/release/coats-obamas-net-neutrality-regulations-would-stifle-innovation>. Una voce fuori dal coro è stata quella del repubblicano Waxman che in una lettera inviata alla Commissione, fra le altre cose, sollecita quest'ultima ad adottare la "*No Paid Prioritization*" Rule, https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-329779A1.pdf.

Il dibattito pubblico *on line* che ha preceduto l'adozione del *2015 Open internet Order* è analizzato da R. Faris; H. Roberts; B. Etling; D. Othman; Y. Benkler, *Score Another One for the Internet? The Role of the Networked Public Sphere in the U.S. Net Neutrality Policy Debate*, in *The Berkman Center for Internet & Society Research Publication Series*, 2015, https://cyber.law.harvard.edu/sites/cyber.law.harvard.edu/files/2015_02_10_Score_Another_One. Lo studio evidenzia, in particolare, che *«unlike earlier instances of successful online mobilization, which focused on the easier task of stopping a proposed action in a veto-rich environment, the net neutrality debate is the first major example of a successful campaign to achieve an affirmative rule change in the teeth of well-organized lobbying opposition»* (p. 4).

⁹⁴ A titolo esemplificativo cfr. *Regulating The Internet: How The White House Bowled Over FCC Independence, A Majority Staff Report of the Committee on Homeland Security and Governmental Affairs United States Senate*, <https://www.hsgac.senate.gov/media/majority-media/chairman-johnson-releases-report-on-how-the-white-house-bowled-over-fcc-independence>.

come *commercial mobile service*, che nell'esentare (*forbear*) i *broadband providers* da una serie di obblighi e divieti che il Titolo II del *Communications Act* pone a carico dei *common carriers*.

La *reclassification* accoglie l'implicito suggerimento di *Verizon v. FCC*. La *forbearance* serve a evitare la sottoposizione dei *broadband providers* a un nutrito gruppo di disposizioni obsolete e inadeguate a regolare il BIAS⁹⁵.

Pur costituendo una parte fondamentale dell'*Order*, le disposizioni sulla *reclassification* e sulla *forbearance* fuoriescono dall'ambito e dalle finalità di questo studio e, pertanto, non ne verrà dato ulteriore conto.

Sulla scorta della ovvia e scontata riaffermazione della propria autorità a regolare i BIASs conferitale dalla *section 706* del *Telecommunications Act*, la Commissione ha stabilito tre tassativi divieti volti a sanzionare altrettante specifiche pratiche discriminatorie che confliggono con l'apertura di Internet: la *no blocking rule*, la *no throttling rule* e la *no paid prioritization rule*.

Il *no unreasonable interference/disadvantage standard* vieta, invece, le ulteriori pratiche discriminatorie non individuabili *a priori* attraverso le quali i *broadband providers* minacciano l'apertura di Internet.

Lo schema del nuovo *Order* ricalca, dunque, quello del vecchio: alcuni divieti di specifiche pratiche, e un divieto residuale che ha per oggetto condotte presenti e future, non predeterminate e non predeterminabili, la cui contrarietà alla apertura di Internet dovrà essere valutata caso per caso alla luce del canone della ragionevolezza.

I divieti – a) *no blocking*, b) *no throttling*, c) *no paid prioritization*,

⁹⁵ A sostegno della *reclassification* si è pronunciato il Presidente Obama il quale, nella già citata dichiarazione sulla *Net neutrality*, ha sostenuto che «*the FCC should reclassify consumer broadband service under Title II of the Telecommunications Act*», e lo stesso ideatore del termine “*Net neutrality*”, Tim Wu, secondo il quale «*the obvious alternative would have been to do what the FCC should have done and — in the future tense — now should do, which is to reclassify broadband under Title II authority*» (*A FEMA-level fail': The law professor who coined 'net neutrality' lashes out at the FCC's legal strategy*; <http://www.washingtonpost.com/blogs/the-switch/wp/2014/01/14/a-fema-level-fail-the-law-professor-who-coined-net-neutrality-lashes-out-at-the-fccs-legal-strategy/>).

d) *no unreasonable interference/disadvantage* – e l’eccezione - e) *reasonable network management* - posti dal *2015 Open Internet Order* coincidono in larga parte con quelli del *2010 Open Internet Order*.

a) La nuova *no blocking rule* vieta le medesime condotte oggetto della vecchia *no blocking rule*⁹⁶.

b) La *no throttling rule* fa divieto ai *broadband providers* di rallentare o degradare il traffico Internet che ha per oggetto particolari contenuti, applicazioni o servizi o particolari classi di contenuti, applicazioni o servizi, ovvero di rallentare o degradare il traffico Internet lecito che utilizza un dispositivo non pericoloso per l’integrità della rete.

La regola, come ammette la stessa Commissione, si limita a «enfaticizzare»⁹⁷ l’importanza di una norma già ricavata per via interpretativa dalla *no blocking rule* del 2010.

c) Anche la *no paid prioritization rule* non è una novità assoluta. Già nel 2010 la Commissione aveva dichiarato che assai difficilmente - verrebbe da dire giammai - avrebbe consentito la stipulazione di accordi di prioritizzazione.

Le sole differenze rispetto al previgente quadro normativo risiedono nella maggiore stabilità nel tempo del divieto, ora in grado di sopravvivere (salva ovviamente la possibilità di una sua abrogazione) al futuro cambiamento degli equilibri politici interni alla Commissione che, al momento in cui si scrive, è in maggioranza composta da membri di ispirazione democratica, oltre che in una più accurata formulazione del suo oggetto che si riferisce «*to the management of a broadband provider’s network to directly or indirectly favor some traffic over other traffic, including through use of techniques such as traffic shaping, prioritization, resource reservation, or other forms of preferential traffic management, either (a) in exchange for consideration (monetary or otherwise) from a third party, or (b) to benefit an affiliated entity*»⁹⁸.

Ma le differenze si assottigliano ulteriormente se si considera che il divieto in esame non è assoluto come sembra.

⁹⁶ FCC, *2015 Open Internet Order*, par. 112, p. 48.

⁹⁷ ID., par. 106, p. 46.

⁹⁸ ID., par. 125., p. 53.

La Commissione, infatti, «*may waive the ban on paid prioritization [...] if the petitioner demonstrates that the practice would provide some significant public interest benefit and would not harm the open nature of the Internet*»⁹⁹.

Ma è soprattutto il trattamento riservato a due pratiche commerciali molto diffuse - gli *sponsored data plans* (meglio noti come *zero-rating*) e *usage allowances* (anche questi meglio noti come *data-caps*) - che relativizza il divieto.

Entrambe fissano un limite al volume di dati scaricabili dai clienti in un determinato periodo di tempo. Gli *sponsored data plans*, inoltre, consentono di escludere dal calcolo dei *downloads* i contenuti degli *edge providers* selezionati dai *broadband providers* o quelli delle società affiliate.

Di primo acchito sembrerebbe trattarsi - specie nel primo caso - di pratiche commerciali vietate dalla *no paid prioritization rule*.

A una più attenta riflessione, tuttavia, le pratiche discriminatorie in oggetto, se da un lato, privilegiano «*some traffic over other traffic*», dall'altro lato, non consistono nella fornitura di servizi differenziati. Pertanto, secondo la Commissione, esse non costituiscono una forma di «*technical prioritization*»¹⁰⁰ e, come tali, devono essere valutate alla luce del *no unreasonable interference/disadvantage standard*¹⁰¹.

Pur discostandosi in misura consistente dalla lettera della disposizione che vieta qualsiasi trattamento preferenziale del traffico a beneficio delle società affiliate o degli *edge providers* che corrispondono una tariffa, questa lettura è pur sempre una delle possibili interpretazioni della *no paid prioritization rule*.

Il profilo più interessante è però un altro.

Dalla disciplina in tema di *sponsored data plans* e di *usage allowances* si ricava che la Commissione si è riservata un ampio potere discrezionale che le consentirà di decidere di volta in volta quali pratiche

⁹⁹ ID., par. 130, p. 58.

¹⁰⁰ ID., par. 151, p. 66.

¹⁰¹ ID., par. 153, p. 69.

finalizzate a favorire «*some traffic over other traffic*» consistono in una prioritizzazione in senso tecnico e sono soggette alla *no paid prioritization rule*, e quali, invece, non presentano tale caratteristica e sono da valutare alla luce del *no unreasonable interference/disadvantage standard*.

d) Il *no unreasonable interference/disadvantage standard* impedisce ai *broadband providers* di interferire con o di svantaggiare irragionevolmente gli utenti finali per come questi decidono di utilizzare il BIAS o per la scelta di contenuti, servizi, applicazioni e dispositivi leciti. Esso vieta inoltre ai *broadband providers* di interferire con o di svantaggiare irragionevolmente la capacità degli *edge providers* di fornire agli utenti finali contenuti, servizi, applicazioni e dispositivi leciti¹⁰².

A dispetto della diversa e più articolata formulazione, il *no unreasonable interference/disadvantage standard* non differisce nella sostanza dalla *no unreasonable discrimination rule*. Come questa, è una «*general conduct rule*»¹⁰³, ovvero è un «*catch-all standard*»¹⁰⁴ che ha per oggetto qualunque pratica discriminatoria, presente e futura, dei *broadband providers* che viola l'apertura di Internet, ma non consiste in una discriminazione espressamente vietata: *blocking*, *throttling* e *pay for priority*.

In forza del suo carattere residuale e generale, il *no unreasonable interference/disadvantage standard* rappresenta, quindi, il divieto più importante del *2015 Open Internet Order*.

Come nel 2010, la Commissione fornisce un elenco di fattori che dovrebbe fungere da guida per distinguere le pratiche irragionevoli da quelle ragionevoli che però, anziché diminuire il grado incertezza, contribuisce non poco ad aumentarlo.

Innanzitutto perché l'elenco è «non-exhaustive»¹⁰⁵, in secondo luogo perché il numero dei fattori aumenta da quattro a sette, in terzo luogo perché non esiste alcuna gerarchia tra loro, infine, in quarto e ultimo luogo, perché tra i nuovi fattori figura il fumosissimo *effect on innovation*,

¹⁰² ID., par. 21, p. 9.

¹⁰³ *Statement of Chairman Tom Wheeler*, p. 315.

¹⁰⁴ FCC, *2015 Open Internet Order*, par. 21, p. 9.

¹⁰⁵ ID., par. 138, p. 61.

investment, or broadband deployment, in forza del quale le pratiche dei *broadband providers* che incidono negativamente sul *virtuous cycle* probabilmente ricadono del divieto di interferenze e/o trattamenti svantaggiosi irragionevoli¹⁰⁶.

Il quadro di incertezza non è per nulla mitigato dalla possibilità per i *broadband providers* di chiedere alla Commissione *advisory opinions* riguardo la compatibilità di una pratica discriminatoria con le regole sulla apertura di Internet. Trattandosi di pareri «not binding on any party»¹⁰⁷, le *advisory opinions* possono in qualunque momento essere ribaltate dalla Commissione.

Eliminato l'inutile riferimento alla *transparency*, la Commissione ha aggiunto agli originari tre fattori (*end-user control, application agnostic, standard practices*) i seguenti nuovi fattori: *competitive effects; free expression; consumer protection; effect on innovation, investment, or broadband deployment*.

Della vaghezza di quest'ultimo è stato detto. L'inutilità è il carattere che accomuna gli altri.

Il fattore “*competitive effects*” si basa sull'ovvio presupposto che i «*broadband providers have incentives to interfere with and disadvantage the operation of third-party Internet-based services that compete with the providers' own services*», e da questo presupposto trae la altrettanto ovvia conclusione che «*practices that have anti-competitive effects in the market for applications, services, content, or devices would likely unreasonably interfere with or unreasonably disadvantage edge providers' ability to reach consumers*»¹⁰⁸.

Dal lato del consumatore opera invece il fattore “*consumer protection*” che proibisce ai «*broadband providers from employing any deceptive or unfair practice that will unreasonably interfere with or disadvantage end-user consumers' ability to select, access, or use*

¹⁰⁶ ID., par. 142, p. 63.

¹⁰⁷ FCC, *Enforcement Bureau, Open Internet Advisory Opinion Procedures*, 2 luglio 2015, p. 4, https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DA-15-692A1.pdf.

¹⁰⁸ ID., par. 140, p. 62.

broadband services, applications, or content»¹⁰⁹.

Infine, per il fattore *free expression* sono interferenze e/o trattamenti svantaggiosi probabilmente irragionevoli alcune fra le violazioni più gravi dell'apertura di Internet, ossia le pratiche dei *broadband providers* «that threaten the use of the Internet as a platform for free expression»¹¹⁰.

e) La definizione di *reasonable network management* ricalca, come sottolinea la stessa Commissione, «with slight modifications»¹¹¹ quella del *2010 Open Internet Order*.

Fra le “leggere modificazioni” vi è l'importante sottolineatura che l'eccezione non include «le pratiche commerciali»¹¹², e questo comporta, in primo luogo, che essa ha per oggetto la *no blocking rule*, la *no throttling rule* e il *no unreasonable interference/disadvantage standard*, ma non la *no paid prioritization rule* poiché, «unlike conduct implicating the no-blocking, no-throttling, or no-unreasonable interference/disadvantage standard, paid prioritization is not a network management practice»¹¹³ e, in secondo luogo, che l'eccezione non è invocabile rispetto alle discriminazioni di qualunque genere – blocco, degradazione e pratiche discriminatorie non espressamente vietate - motivate da finalità commerciali.

Le differenze tra i due *Orders* riguardano, quindi, non tanto il contenuto precettivo delle disposizioni, quanto piuttosto il loro oggetto e il linguaggio nel quale sono formulate.

Cominciando dalle differenze terminologiche, è agevole constatare una maggiore precisione rispetto al passato.

Mentre nel 2010 la Commissione utilizzava la locuzione “*rule*” indifferentemente per indicare il divieto di blocco e quello di discriminazioni irragionevoli, nel 2015 ha adottato due distinti termini rispettivamente per i divieti di specifiche pratiche e per quello volto a sanzionare condotte non predeterminabili.

¹⁰⁹ ID.

¹¹⁰ ID., par. 143, p. 63.

¹¹¹ ID., par. 215, p. 100.

¹¹² ID.

¹¹³ ID., par. 217, p. 100.

Mentre per i primi ha utilizzato la locuzione “*rule*” e ha ricompreso la *no blocking rule*, la *no throttling rule* e la *no paid prioritization rule* sotto la comune etichetta di “*clear, bright line rules*”¹¹⁴, per il secondo ha adoperato il termine “*standard*”¹¹⁵.

Le differenze più importanti riguardano, però, i fornitori e il contenuto del BIAS.

Quanto ai primi, la Commissione non distingue più tra *broadband providers* su rete fissa e *broadband providers* su rete mobile: a questi ultimi il *2015 Open Internet Order* si applica integralmente¹¹⁶.

Quanto al secondo, le differenze rispetto al previgente quadro normativo sono il frutto di una interpretazione estensiva.

Come noto, la definizione del BIAS è immutata, ma da un suo frammento - «*service [...] that provides the capability to transmit data to and receive data from all or substantially all Internet endpoints*» - il *2015 Open Internet Order* ricava due conseguenze del tutto nuove. Il BIAS comprende: sia a) il servizio di trasmissione fornito agli *edge providers* che, b) il servizio di interconnessione.

a) La Commissione fa propria (e non si vede come sarebbe potuto essere altrimenti) l’opinione della Corte secondo cui «*in addition to the retail service provided to consumers, “broadband providers furnish a service to edge providers, thus undoubtedly functioning as edge providers ‘carriers.’ ”*»¹¹⁷.

La Commissione riconosce il proprio errore e l’esistenza di un distinto «*so-called “edge service”*»¹¹⁸ ma, allo stesso tempo, dichiara «*that the failure of the Commission’s analysis was a failure to explain that the “service to edge providers” is subsumed within the promise made to the retail customer of the BIAS service [...]. In other words, the Commission agrees that a two-sided market exists and that the beneficiaries of the non-*

¹¹⁴ ID., par. 14, p. 7.

¹¹⁵ ID., par. 4, p. 3.

¹¹⁶ ID., par. 25, p. 9.

¹¹⁷ ID., par. 338, p. 147.

¹¹⁸ ID., par. 339, p. 148.

consumer side either are or potentially could be all edge providers»¹¹⁹.

L'impegno (*the promise*) al quale allude la Commissione consiste nell'offerta agli *end users* «to go anywhere (lawful) on the Internet»¹²⁰. L'impegno dei *broadband providers* di trasmettere e di ricevere dati – rispettivamente - a o da tutti o sostanzialmente tutti i punti terminali di Internet «*includes the promise to transmit traffic to and from those Internet endpoints back to the user*» (corsivo aggiunto)¹²¹.

Alla luce di questa impostazione, la Commissione conclude che «because our reclassification decision treats BIAS as a Title II service, Title II applies, as well, to the second side of the market, which is always a part of, and subsidiary to, the BIAS service»¹²².

La Commissione ha pertanto respinto il - saggio e condivisibile - suggerimento di separare il servizio di trasmissione fornito dai *broadband providers* in due parti: la *side A* o *caller side* - il servizio erogato agli *end users* (*local delivery service*) – e la *side B* o *sender side* – il servizio fornito agli *edge providers* (*remote delivery service*) - allo scopo di evitare le difficoltà e le insidie connesse alla *reclassification* del BIAS e di procedere alla *classification* come *telecommunications service* della sola *side B*¹²³.

¹¹⁹ ID., par. 338, p. 147.

¹²⁰ ID., par. 27, p. 10.

¹²¹ ID.

¹²² ID., par. 338, p. 147.

¹²³ Il suggerimento rimane saggio e condivisibile anche dopo che *USTA v. FCC* ha dichiarato valide le disposizioni sulla *reclassification*. Il suggerimento proviene dalla “*Petition to Recognize Remote Delivery Services in Terminating Access Networks and Classify Such Services as Telecommunications Services Under Title II of the Communications Act*”, *GN Docket Nos. 09-91, 14-28 (Mozilla Petition)*; <http://apps.fcc.gov/ecfs/comment/view?id=6017623832>. Secondo la petizione, all'interno del *multi-sided market* esisterebbero due servizi di comunicazione forniti dai *broadband providers* - logicamente e giuridicamente distinti - che utilizzano la medesima porzione della rete: il *local delivery service* (*side A*); ed il *remote delivery service* (*side B*).

I *remote delivery services* (*side B*), allo stesso modo dei *local delivery services* (*side A*), includono la trasmissione di informazioni ma, a differenza di questi ultimi, consistono esclusivamente nella suddetta trasmissione senza la fornitura di servizi aggiuntivi, fornitura che, come evidenziato nel testo, è stata all'origine della qualificazione da parte della Commissione dei *local delivery services* (*side A*) come *information service*.

b) La seconda e più importante novità riguarda l'inclusione nel BIAS del servizio di interconnessione e il ragionamento della Commissione è identico a quello appena illustrato: «*the representation to retail customers that they will be able to reach "all or substantially all Internet endpoints" necessarily includes the promise to make the interconnection arrangements necessary to allow that access*»¹²⁴.

L'inclusione mira a prevenire le discriminazioni irragionevoli che i *broadband providers* potrebbero mettere in atto nel servizio di interconnessione.

Per comprendere come questo possa avvenire è necessario un breve *excursus* sulla interconnessione in Internet.

Il termine interconnessione «*refers to the various means by which network providers attach and move traffic between one another*»¹²⁵ e la sua importanza deriva dal fatto che ciascun *broadband provider* gestisce solo il rispettivo tratto di rete *last mile*, con la conseguenza che la qualità del servizio che essi forniscono «*is thus as much a function of how networks deal with each other as how they operate internally*»¹²⁶.

In principio, l'interconnessione presentava una struttura di tipo

La classificazione dei *remote delivery services (side B)* come *telecommunications service* soggetti al Titolo II del *Communications Act* non costituirebbe una riclassificazione poiché da essa non deriverebbe alcun mutamento nella natura delle relazioni commerciali tra *broadband providers* ed *end-users* che rimarrebbe quella propria di un *information service* soggetto al Titolo I del *Communications Act*. Le due opzioni a disposizione della Commissione – la *reclassification* del BIAS come *telecommunication service* e la *classification* della sola *sender side* come *telecommunication service* – sono compiutamente analizzate da T. N. Narechania; T. Wu, *Sender Side Transmission Rules for the Internet*, in *Federal Communications Law Journal*; 2014, pp. 467 ss., <http://ssrn.com/abstract=2447107>.

¹²⁴ FCC, *2015 Open Internet Order*, par. 28, p. 10.

¹²⁵ Bitag, *Interconnection and Traffic Exchange on the Internet*, 2014, p. 1, <http://www.bitag.org/documents/Interconnection-and-Traffic-Exchange-on-the-Internet.pdf>.

¹²⁶ K. Werbach, *Only Connect*, cit., p. 1251. Sul tema della interconnessione cfr. anche J. B. Speta, *A Common Carrier Approach to Internet Interconnection*, in *Federal Communications Law Journal*, 2002, pp. 225 ss., <http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1295&context=fclj>.

gerarchico che si articolava su tre livelli di *Internet Server Providers* (ISPs): nel livello più basso si trovavano gli ISPs di accesso (*broadband providers*), in quello intermedio gli ISPs regionali (*Internet backbone providers*) e, infine, in quello più elevato gli ISPs di primo livello (*tier-1 ISP*).

Fra questi ISPs potevano intercorrere due tipi di relazioni commerciali: il *transit* ed il *peering*.

Per connettere il tratto di rete *last mile* a qualunque punto terminale di Internet, i *broadband providers* stipulavano accordi *transit* con uno o più ISPs regionali.

Questi ultimi, a loro volta, negoziavano il *transit* con un ISP di primo livello, ossia con uno dei gestori delle grandi dorsali di Internet, il quale, a propria volta, contrattava l'interconnessione a titolo gratuito (*settlement-free peering*) con un ISP del medesimo livello.

Il costo del *transit* riflette principalmente il volume del traffico che l'ISP cliente scambia con l'ISP fornitore. Ne consegue che quando gli ISPs appartengono al medesimo livello (per esempio due ISPs regionali o due ISPs di primo livello), il volume del traffico scambiato è sostanzialmente identico ed è quindi inutile oltre che economicamente svantaggioso misurarlo, mentre è più conveniente concludere un accordo di *settlement-free peering* nel quale nessuno dei due ISPs paga l'altro.

In sintesi, il *transit* è una relazione commerciale nella quale un ISP fornisce a titolo oneroso connessione a Internet ad un altro ISP.

Il *peering* è invece una relazione commerciale, di regola a titolo gratuito, in forza della quale due ISPs forniscono reciprocamente connessione ai clienti della controparte, con la conseguenza che il *peering*, a differenza del *transit*, non offre connessione all'intera Internet (*full Internet*). In altri termini, il *peering* non ha natura transitiva: se A fa *peering* con B e quest'ultimo fa *peering* con C, A sarà connesso ai clienti di B ma non a quelli di C¹²⁷.

¹²⁷ Maggiori dettagli sul *transit* e sul *peering* si possono reperire in BEREC, *An assessment of IP interconnection in the context of Net Neutrality*, BEREC Report 6 December 2012; http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/reports/1130-an-assessment-of-ip-interconnection-in-the-context-of-net-neutrality.

L'avvento degli *Internet eXchange Points* (IXPs) e dei *Content Delivery Networks* (CDNs) ha demolito (*flattening*) questa rigida struttura gerarchica e l'appiattimento è stato in larga parte determinato dalla esplosione della domanda di contenuti audio e video e, in particolare, del *video streaming*¹²⁸.

Gli IXPs non sono altro che luoghi presso i quali svariate centinaia di *broadband providers*, *edge providers* e CDNs si interconnettono e possono fare *peering* allo scopo di eliminare i costi del *transit* e di migliorare la qualità del servizio grazie all'assenza di intermediari.

Un CDN è una rete di server di proprietà di società terze (Akamai, Limelight, ecc.), o, più raramente, di un *edge provider* (Google, per esempio, ha una propria rete CDN per la distribuzione dei video di YouTube), nei quali è conservata una copia dei contenuti dei server degli *edge providers*. Quando un utente finale richiede un contenuto, la sua richiesta, invece di essere soddisfatta dal server dell'*edge provider* che può essere ubicato all'altro capo del mondo, viene reindirizzata automaticamente al server CDN più vicino. Gli CDNs consentono quindi agli *edge providers* di accelerare il proprio traffico.

Le reti dei CDNs e dei *broadband providers* sono di norma tra loro interconnesse tramite un IXP (*public peering*) o direttamente (*private peering*), di regola sulla base di un *settlement-free peering*. Facendo *settlement-free peering*, sia i primi che i secondi traggono il duplice vantaggio di abbattere i costi del *transit* e di migliorare la qualità del servizio fornito ai loro clienti - ossia, rispettivamente, gli *edge providers* e gli *end users* - grazie all'eliminazione degli ISPs intermediari di livello superiore.

Il panorama della interconnessione in Internet è nuovamente cambiato da quando i principali *broadband providers* - AT&T, Comcast, Time Warner Cable, e Verizon - grazie alla realizzazione e/o all'acquisto di porzioni di rete di livello 2, sono diventati ISPs «vertically integrated, functioning as ISPs by selling Internet access directly to end users, as well

¹²⁸ Bitag, *Interconnection and Traffic Exchange on the Internet*, cit., p. 8.

as having ISPs as customers»¹²⁹.

La possibilità di interconnettersi *settlement-free peering* a livello 2 ha significato per questi *broadband providers*, da un lato, il venire meno dell'incentivo economico a concludere accordi *settlement-free peering* con gli *edge providers* e/o con i CDNs e, dall'altro lato, il sorgere di un diverso e opposto incentivo a non aumentare la capacità di interconnessione e/o a creare artificialmente situazioni di congestione nei punti di interconnessione allo scopo di indurre i CDNs e/o gli *edge providers* a concludere accordi di interconnessione a titolo oneroso (*paid peering arrangements*) che consentano a questi ultimi di bypassare i punti di interconnessione congestionati¹³⁰.

Secondo la Commissione, i *paid peering arrangements* rischiano di diventare l'equivalente degli accordi di *paid prioritization* e, dunque, al pari di questi ultimi e per le stesse ragioni a suo tempo illustrate, di condurre alla creazione di corsie preferenziali e alla interruzione del *virtuous circle of innovation*.

Nonostante l'interconnessione sia parte integrante del BIAS, la Commissione esclude «questa porzione del servizio di accesso a Internet in banda larga [...] dalla applicazione delle regole sulla Internet aperta»¹³¹.

L'inapplicabilità del *2015 Open Internet Order*, tuttavia, non priva la Commissione della possibilità di sanzionare le pratiche dei *broadband providers* in grado di compromettere l'apertura di Internet.

In questo caso, il fondamento legale dei provvedimenti della Commissione volti a sanzionare le pratiche discriminatorie irragionevoli dei *broadband providers* riposa nella qualificazione del BIAS come *telecommunications service* e nella conseguente utilizzabilità delle *sections*

¹²⁹ M. Kende, *The Digital Handshake: Connecting Internet Backbones*, in *CommLaw Conspectus*, 2003, p. 46, <http://scholarship.law.edu/commlaw/vol11/iss1/5>.

¹³⁰ Comcast e Verizon, per esempio, hanno di recente concluso accordi di questo tipo con Netflix (<http://arstechnica.com/tech-policy/2014/06/fcc-gets-comcast-verizon-to-reveal-netflixs-paid-peering-deals/>; <http://time.com/80192/netflix-verizon-paid-peering-agreement/>; http://www.nytimes.com/2014/02/24/business/media/comcast-and-netflix-reach-a-streaming-agreement.html?_r=0).

¹³¹ FCC, *2015 Open Internet Order*, par. 193, p. 86.

201 e 202 del *Communications Act*¹³².

In particolare, mentre la *section* 201 del *Communications Act* recita che «it shall be the duty of every common carrier engaged in interstate or foreign communication by wire or radio to furnish such communication service upon *reasonable request therefor*» (corsivo aggiunto) e che «*all charges, practices, classifications, and regulations for and in connection with such communication service, shall be just and reasonable*» (corsivo aggiunto), la *section* 202 del *Communications Act* (a) stabilisce che «*it shall be unlawful for any common carrier to make any unjust or unreasonable discrimination*» (corsivo aggiunto).

Le ragioni addotte dalla Commissione per spiegare l'esclusione delle regole sulla apertura di Internet equivalgono a una sorta di professione di umiltà: «*while we have more than a decade's worth of experience with last-mile practices, we lack a similar depth of background in the Internet traffic exchange context. Thus, we find that the best approach is to watch, learn, and act as required, but not intervene now, especially not with prescriptive rules*»¹³³.

La *no paid peering arrangements rule* è una delle «prescriptive rules» che la Commissione avrebbe certamente “dovuto” adottare se avesse optato per la sottoposizione del servizio di interconnessione alle regole sulla *open Internet*, ed è proprio nella volontà di sottrarsi a questo “obbligo”, unita a quella di esercitare comunque un controllo su questa porzione del BIAS, che risiede la ragione della esenzione.

Ne consegue, dunque, che i *paid peering arrangements* sono legittimi, ma la Commissione potrà sindacare la ragionevolezza delle condizioni tecniche ed economiche stabilite dai *broadband providers* per consentire agli *edge providers*, ai CDNs e ai *backbone providers* di interconnettersi direttamente con il tratto di rete *last mile*.

4. Conclusioni

¹³² ID., par. 193, p. 86.

¹³³ ID., par. 31, p. 11.

Le informazioni acquisite attraverso l'analisi degli *Orders* convergono verso tre risultati: a) il tratto qualificante comune ai due atti normativi è rappresentato dall'uso pervasivo della ragionevolezza. Dietro i numerosi ed eterogenei divieti posti da entrambi si nasconde in realtà un unico e solo principio generale che tutti li comprende e li compendia, principio in forza del quale *all data is reasonably equal*; b) *open Internet* e *all data is reasonably equal* sono distinte formulazioni del medesimo principio; c) *open Internet* e *Net neutrality* non sono termini sinonimi, ma locuzioni che indicano due principi tra loro molto diversi.

a) Oltre a essere testualmente incorporato nei divieti generali del 2010 (*no unreasonable discrimination rule*) e del 2015 (*no unreasonable interference/disadvantage standard*), il principio “tutti i dati sono ragionevolmente uguali” (*all data is reasonably equal*) è ricavabile per via interpretativa dalle *no blocking rules* del 2010 e del 2015, e dalla *no throttling rule*.

Il blocco e il rallentamento del traffico sono due specifiche pratiche discriminatorie che, in forza della *no blocking rule* e della *no throttling rule*, dovrebbero essere sempre e comunque vietate.

Sembrirebbe quindi che le due regole non possano essere ricondotte al principio *all data is reasonably equal* e che anzi debbano essere considerate come manifestazioni particolari di un diverso principio generale in forza del quale, quando costituiscono l'oggetto di blocco o di rallentamento, *all data is equal*.

Si tratta però di una tesi errata.

Il primo passo per confutarla consiste nel ricavare induttivamente un unico precetto dalla *no blocking rule*, dalla *no throttling rule* e dalla eccezione del *reasonable network management*.

Questo precetto è caratterizzato da una struttura nomologica complessa, costituita da due regole (*no blocking rule* e *no throttling rule*) e una eccezione (*reasonable network management*), e può essere così formulato: tutte le discriminazioni che consistono nel blocco o nel rallentamento del traffico sono vietate, fatta eccezione per quelle qualificabili come attività di gestione ragionevole della rete.

Non è dunque esatto affermare che tutti i dati sono eguali quando sono oggetto di pratiche di blocco o di rallentamento e non è di conseguenza inducibile dalla *no blocking rule* e dalla *no throttling rule* il principio *all data is equal*.

Il secondo passo richiede di stabilire se e come il principio *all data is reasonably equal* sia riferibile ai divieti di blocco e di rallentamento, e per compierlo è necessario ancora una volta procedere in modo induttivo, dal particolare al generale.

Il particolare è costituito dal precetto “tutte le discriminazioni che consistono nel blocco o nel rallentamento del traffico sono vietate, fatta eccezione per quelle qualificabili come attività di gestione ragionevole della rete”.

In questo precetto la ragionevolezza non opera sul piano della regola – come nella *no unreasonable discrimination rule* e nel *no unreasonable interference/disadvantage standard* – bensì su quello della eccezione, ma il principio inducibile è sempre lo stesso: in tutte le disposizioni menzionate la ragionevolezza è lo strumento che consente di distinguere le discriminazioni vietate da quelle consentite e, di conseguenza, tutte indistintamente vanno considerate alla stregua di altrettante manifestazioni particolari del principio generale *all data is reasonably equal*.

Il principio in oggetto è, dunque, il tratto qualificante del *2010 Open Internet Order* e, per le ragioni di seguito esposte, soprattutto del *2015 Open Internet Order*.

La prima riguarda il traffico dati su rete mobile che nel 2010 era soggetto a un divieto di blocco diverso e più circoscritto di quello del traffico dati su rete fissa e sottratto alla *no unreasonable discrimination rule*.

Il *2010 Open Internet Order* era quindi fonte di due discriminazioni: quella stabilita dallo stesso *Order* tra traffico dati su rete fissa e traffico dati su rete mobile (discriminazione che si potrebbe definire “giuridica o formale”), e quella messa in atto dai *broadband providers* su rete mobile rispetto al traffico veicolato all’interno dei rispettivi *networks* grazie alla sottoposizione a una più circoscritta *no blocking rule* e alla esenzione dalla

no unreasonable discrimination rule (discriminazione che si potrebbe per contrasto qualificare “di fatto o sostanziale”).

Entrambe sono venute meno con il *2015 Open Internet Order* che sottopone i *broadband providers* su rete fissa e mobile alle medesime regole e, quindi, al principio *all data is reasonably equal*.

La seconda ragione concerne l'applicazione del medesimo principio anche al traffico dati scambiato tra le reti *last mile* dei *broadband providers* e quelle dei CDNs, degli *edge providers* e dei *backbone providers*.

Il servizio di interconnessione non è soggetto alle regole del *2015 Open Internet Order*. Tuttavia, nel vietare ai *broadband providers* di porre in essere discriminazioni irragionevoli in sede di interconnessione, le *sections* 201 e 202 del *Communications Act* sono testualmente espressive del principio *all data is reasonably equal*.

L'unico divieto posto dal *2015 Open Internet Order* non sussumibile nel principio generale è, dunque, la *no paid prioritization rule*.

b) I principi *all data is reasonably equal*, *open Internet* e *Net neutrality* vietano le discriminazioni del traffico dati.

Si tratta allora di tre diverse formulazioni dello stesso principio?

La risposta è affermativa per i primi due: *open Internet* e *all data is reasonably equal* sono distinte formulazioni del medesimo principio. La prima caratterizzata da una forte valenza filosofica e politica. La seconda espressiva del modo in cui il principio della Internet aperta vive e opera in concreto.

L'esempio forse migliore e più illuminante su come il principio della *open Internet* opera in concreto è fornito dai conflitti che possono insorgere tra questo e l'interesse economico dei *broadband providers*, conflitti dai quali emerge che l'apertura di Internet, lungi dall'essere un principio assoluto da salvaguardare sempre e comunque, deve essere ragionevolmente bilanciato con l'aspirazione al profitto dei *broadband providers*.

Per semplicità e per maggiore chiarezza espositiva, le osservazioni di seguito sviluppate sono circoscritte alla regolazione dei conflitti in oggetto

nel *2015 Open Internet Order*, ma molte di queste possono essere estese al *2010 Open Internet Order*.

I divieti posti dal *2015 Open Internet Order* (*no blocking, no throttling, no unreasonable interference/disadvantage*) sono soggetti all'eccezione del *reasonable network management* che però, come si è visto, non è possibile invocare per le discriminazioni motivate da finalità commerciali.

Ne consegue pertanto che: i) lo scopo commerciale rende di per sé illegittimo il blocco o il rallentamento del traffico; ii) lo stesso scopo invece non rende di per sé illegittima la prioritizzazione.

i) Si consideri a titolo di esempio il blocco della pubblicità messo in pratica dai *broadband providers* (*network based ad blocking*).

Trattandosi di blocco del traffico, la *no blocking rule* vieta le pratiche di *ad blocking* da parte dei *broadband providers*.

La *no blocking rule* è però soggetta alla eccezione del *reasonable network management*. I *broadband providers* potrebbero quindi evitare l'applicazione della regola se dimostrassero che il blocco della pubblicità è attuato per volontà dei propri clienti (*traffic unwanted by end users*) e da questi integralmente controllato (*end-user control*).

Se però i *broadband providers* consentissero agli *edge providers* di superare il blocco della pubblicità attraverso la corresponsione di una tariffa, la pratica discriminatoria sarebbe motivata da finalità commerciali e ciò renderebbe inutilizzabile l'eccezione del *reasonable network management*. L'impossibilità di invocare l'eccezione renderebbe automaticamente illegittimo il blocco.

ii) Per comprendere perché lo scopo di lucro dei *broadband providers* non rende di per sé illegittima la prioritizzazione del traffico occorre tenere presente che il *no unreasonable interference/disadvantage standard* consente di ricorrere al canone della ragionevolezza anche quando, per la natura commerciale della finalità, non è possibile invocare l'eccezione del *reasonable network management*.

Si immagini, per esempio, che un *broadband provider* fornisca servizi differenziati con una QoS migliore di quella *best effort* a favore di una determinata applicazione o di una data classe di applicazioni.

La legittimità della discriminazione deve essere valutata alla luce del *no unreasonable interference/disadvantage standard*.

Se il trattamento più vantaggioso consiste in una pratica commerciale non sarà applicabile l'eccezione del *reasonable network management* ma ciò, a differenza di quanto osservato a proposito delle discriminazioni che consistono nel blocco e nel rallentamento del traffico, non conduce automaticamente a bollare la pratica discriminatoria come illegittima.

Occorrerà infatti bilanciare l'interesse economico dei *broadband providers* con il principio della *open Internet*.

Se il costo della fornitura dei servizi differenziati è a carico degli *end users* ed è rispettosa dei fattori stabiliti dal *2015 Open Internet Order*, la pratica discriminatoria è da considerare probabilmente ragionevole e ciò, in ultima analisi, significa che l'interesse economico dei *broadband providers* prevale probabilmente sulla *open Internet*.

Se invece il costo della fornitura è posto a carico degli *edge providers*, verrebbe da concludere che non si applica il *no unreasonable interference/disadvantage standard*, bensì la *no paid prioritization rule*.

Come nelle fattispecie di blocco e di rallentamento, il fine di lucro renderebbe quindi automaticamente illegittima la prioritizzazione del traffico e l'interesse economico dei *broadband providers* sarebbe destinato, sempre e comunque, a soccombere rispetto al principio della *open Internet*.

Senonché, come si è visto, la Commissione può valutare di volta in volta quali pratiche discriminatorie finalizzate a favorire «some traffic over other traffic» consistono in una prioritizzazione in senso tecnico e sono quindi soggette alla *no paid prioritization rule*, e quali, invece, non presentano tale caratteristica e sono da valutare alla luce del *no unreasonable interference/disadvantage standard*.

Ciò significa che, se il costo della fornitura del servizio differenziato fosse a carico degli *edge providers* e la Commissione ritenesse (eventualità assai improbabile, ma non per questo da escludere *a priori*) che la suddetta fornitura non costituisce prioritizzazione in senso tecnico, il bilanciamento tra lo scopo di lucro dei *broadband providers* e la *open Internet* non avrebbe un risultato predeterminato e potrebbe condurre alla prevalenza del primo sul secondo.

Se, infine, come nel caso dei *data caps* e degli *zero rating*, il trattamento preferenziale non consiste nella fornitura di un servizio differenziato, è pacifico che la legittimità della pratica discriminatoria di favore debba essere vagliata alla luce del *no unreasonable interference/disadvantage standard* piuttosto che della *no paid prioritization rule*, con la conseguenza, anche in questo caso, che il bilanciamento tra lo scopo di lucro dei *broadband providers* e la *open Internet* non ha un esito scontato, e può portare alla prevalenza del primo sul secondo.

Un ulteriore ambito nel quale l'interesse economico dei *broadband providers* deve essere ragionevolmente bilanciato con il principio della *open Internet* è, infine, quello degli accordi di interconnessione. Come si è appena visto, il carattere oneroso degli accordi di *peering* tra *broadband providers* ed *edge providers* non rende nullo il contratto, che deve invece essere sottoposto al vaglio della Commissione al fine di valutare la ragionevolezza delle condizioni tecniche ed economiche alle quali i *broadband providers* subordinano l'interconnessione diretta tra i propri *networks* e quelli degli *edge providers* e/o dei loro intermediari.

In conclusione, il *2015 Open Internet Order* qualifica l'interesse economico dei *broadband providers* come un principio meritevole di tutela giuridica - allo stesso modo e in eguale misura - della *open Internet*.

Mentre l'esito del bilanciamento tra il primo e il secondo è predeterminato quando si tratta di *blocking*, *throttling* e *paid prioritization*, poiché «*each of these practices is inherently unjust and unreasonable*»¹³⁴, in tutti gli ulteriori possibili conflitti il risultato del bilanciamento è lungi dall'essere scontato e può condurre alla prevalenza dell'interesse economico dei *broadband providers* rispetto all'apertura di Internet.

L'importanza dell'interesse economico dei *broadband providers* e la necessità di bilanciare quest'ultimo con il principio della *open Internet* sono state rimarcate dal Presidente della Commissione, Tom Wheeler: «*for the past several years, the alpha and omega of America's communications policy debate has been Net Neutrality. But all the focus on Net Neutrality*

¹³⁴ ID., par. 110, p. 47.

overshadows the reality that today's Net is not something that stands on its own; it is the product of broadband connectivity. The terms "Internet" and "broadband" are too often used synonymously – but they are not the same. The way the Internet works today is a result of broadband infrastructure (...). Our challenge is to achieve the legitimate goal of economic return as an incentive for investment in broadband infrastructure, and the equally important goal of networks that are fast, fair and open for all Americans (...) As I said earlier, we need to balance the goals of openness with the needs of network operators to receive a return on their investment» (corsivo aggiunto)¹³⁵.

Quello del conflitto tra l'interesse economico dei *broadband providers* e la *open Internet* - per quanto importante e illuminante - è però solo un esempio di come il principio dell'apertura di Internet opera in concreto. Lungi dall'essere un valore assoluto, il principio in esame deve essere ragionevolmente bilanciato con tutti i possibili principi antagonisti e quindi non solo, come si è appena visto, con l'interesse economico dei *broadband providers* ma anche, per esempio, con l'interesse alla sicurezza e alla integrità della rete o con quello alla prevenzione dei rischi di congestione, ecc.

c) Sebbene generalmente considerati sinonimi, *Open Internet* e *Net neutrality* sono in realtà principi diversi.

Mentre quest'ultima è frutto di una ideologia egualitarista che aspira a una Internet perfettamente neutrale nella quale i *broadband providers* sono privi di autonomia, il principio della *open Internet* rimanda al concetto popperiano di *open society*¹³⁶.

Come nella società aperta la via giusta non è predeterminata e i comportamenti dei consociati rappresentano il frutto di decisioni personali e razionali, così nella Internet aperta le soluzioni corrette su come gestire le reti non sono tutte predefinite ed esiste uno spazio di libertà al cui interno i

¹³⁵ *Remarks of FCC Chairman Tom Wheeler Silicon Flatirons Center Boulder, Colorado February 9, 2015*; <http://www.fcc.gov/document/chairman-wheeler-silicon-flatirons-center-boulder-colorado>.

¹³⁶ K. R. Popper, *The Open Society and Its Enemies, The Spell of Plato*, trad. it. *La società aperta e i suoi nemici, Platone totalitario*, vol. I, Roma, 1996, pp. 215-216.

broadband providers possono legittimamente discriminare il traffico dati, salvo il sindacato della Commissione sulla ragionevolezza delle discriminazioni operate.

Per rendere concretamente fruibile questo spazio di libertà occorre, tuttavia, che ai *broadband providers* sia data la possibilità di prevedere con sufficiente grado di probabilità quali discriminazioni, fra quelle non espressamente vietate dal 2015 *Open Internet Order*, saranno giudicate ragionevoli e quali no.

L'elenco non esaustivo di sette fattori non ordinati gerarchicamente, che dovrebbe servire a distinguere le discriminazioni ragionevoli da quelle irragionevoli, ha invece lasciato alla Commissione un margine di discrezionalità troppo ampio, creando così un quadro di grave incertezza che di fatto elimina o fortemente comprime la libertà dei *broadband providers*.

Nella assoluta incapacità di prevedere gli esiti dei futuri procedimenti davanti alla Commissione, è assai probabile che i *broadband providers* si asterranno dal porre in essere qualunque pratica discriminatoria, e non solo quelle esplicitamente vietate dal 2015 *Open Internet Order*.

Questa situazione è l'esatto contrario di ciò che postula il principio della *open Internet*, che richiede di tutelare la capacità dei *broadband providers* «to experiment, innovate, and reasonably manage their networks»¹³⁷.

Il 2015 *Open Internet Order* vanifica questa capacità e disincentiva l'ampliamento della infrastruttura di rete a banda larga.

Paradossalmente, dunque, il divieto di discriminazioni irragionevoli è esso stesso irragionevole.

Il *no unreasonable interference/disadvantage standard* è frutto, infatti, di un non corretto bilanciamento tra due interessi generali, peraltro chiaramente individuati dalla Commissione: «[r]estricting edge providers' ability to reach end users, and limiting end users' ability to choose which edge providers to patronize, would reduce the rate of innovation at the edge and, in turn, the likely rate of improvements to network infrastructure.

¹³⁷ FCC, 2010 *Open Internet Order*, par. 92, p. 17956.

Similarly, restricting the ability of broadband providers to put the network to innovative uses may reduce the rate of improvements to network infrastructure» (corsivo aggiunto)¹³⁸.

La vaghezza della *general conduct rule* e l'incertezza che ne consegue sono talmente gravi da essere state denunciate non solo, come era prevedibile, dagli oppositori della *open Internet*¹³⁹, ma anche da alcuni fra i più convinti e strenui sostenitori del *2015 Open Internet Order*¹⁴⁰.

Il *no unreasonable interference/disadvantage standard* contrasta, dunque, con la *due process clause* di cui al quinto emendamento della Costituzione il quale, secondo la consolidata giurisprudenza della *U.S. Supreme Court*, «requires the invalidation of impermissibly vague laws»¹⁴¹.

Tali sono, secondo la citata giurisprudenza, gli atti normativi che difettano dei requisiti di «precision and guidance [...] necessary so that those enforcing the law do not act in an arbitrary or discriminatory way»¹⁴².

A causa della eccessiva vaghezza, lo standard viola inoltre il primo emendamento della Costituzione.

Poiché infatti l'accesso al BIAS è ormai una condizione fondamentale per l'effettivo esercizio delle libertà costituzionali di parola e di stampa, l'ostacolo posto dal *no unreasonable interference/disadvantage*

¹³⁸ FCC, *2015 Open Internet Order*, par. 137, p. 60. In senso identico si è espresso il giudice Williams: «the Order itself acknowledges that vague rules threaten to “stymie” innovation, but then proceeds to adopt vague rules» (DC Court, *USTA v. FCC*, 15-1063 (6-14-2016), *Opinion concurring in part and dissenting in part filed by Senior Circuit Judge Williams*, p. 21).

¹³⁹ FCC, *2015 Open Internet Order, Dissenting Statement of Commissioner Ajit Pai*, p. 323.

¹⁴⁰ *USTA v. FCC, Brief of Amici Curiae Electronic Frontier Foundation, American Civil Liberties Union, and the American Civil Liberties Union of the Nation's Capital in Support of the Respondents*, p. 28, https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-335407A1.pdf.

¹⁴¹ U.S. Supreme Court, *Federal Communications Commission et Al. v. Fox Television Stations, Inc., et Al.*, 10-1293 (6-21-2012), p. 12; <http://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/10-1293f3e5.pdf>.

¹⁴² ID.

standard alla crescita della infrastruttura di rete a banda larga è, allo stesso tempo, un ostacolo al pieno godimento delle libertà tutelate dal primo emendamento della Costituzione¹⁴³.

L'accusa di eccessiva vaghezza mossa nei confronti dello standard è stata tuttavia respinta da *USTA v. FCC*¹⁴⁴.

In linea però con la tesi qui sostenuta si è espresso il giudice Williams il quale nella propria opinione dissenziente ha sottolineato che «a major source of uncertainty is the Internet Conduct Standard»¹⁴⁵.

Assai nutrito è l'elenco dei motivi che a giudizio della Corte consente di respingere l'accusa di eccessiva vaghezza.

In breve sintesi, il primo motivo risiede nella ovvia considerazione che «*the degree of vagueness tolerable in a given statutory provision varies based on "the nature of the enactment." Thus, "the Constitution is most demanding of a criminal statute that limits First Amendment rights". The General Conduct Rule does not implicate that form of review because it regulates business conduct and imposes civil penalties*»¹⁴⁶.

Tuttavia, la Corte non considera la particolare rilevanza che la certezza del diritto assume in un settore economico come il servizio di accesso a Internet, nel quale «certainty regarding the regulatory framework and its stability over time may be more important for network investment than the substance of the regulatory decision»¹⁴⁷.

Il secondo motivo addotto dalla Corte riposa sul fatto che «*the Commission set forth seven factors that will guide the determination of*

¹⁴³ *USTA v. FCC, Brief of Amici Curiae*, cit., pp. 27-28.

¹⁴⁴ DC Court, *USTA v. FCC*, 15-1063 (6-14-2016); <https://www.fcc.gov/document/court-opinion-usta-v-fcc-usa>.

¹⁴⁵ DC Court, *USTA v. FCC*, 15-1063 (6-14-2016), *Opinion concurring in part and dissenting in part filed by Senior Circuit Judge Williams*, p. 21.

¹⁴⁶ *ID.*, p. 100.

¹⁴⁷ B. van Schewick, *Network Neutrality and Quality of Service: What a Non-Discrimination Rule Should Look Like*, cit., p. 50. Nello stesso senso, DC Court, *USTA v. FCC*, 15-1063 (6-14-2016), *Opinion concurring in part and dissenting in part filed by Senior Circuit Judge Williams*, p. 22: «*the Order increases uncertainty in policy, which both reason and the most recent rigorous econometric evidence suggest reduce investment*».

what constitutes unreasonable interference with, or disadvantaging of, end-user or edge-provider access»¹⁴⁸.

È evidente che la Corte ha completamente travisato la questione sottopostale: lungi dal rappresentare un elemento di certezza dello standard, la sovrabbondanza dei fattori che dovrebbero guidare le scelte dei *broadband providers* è una delle cause principali della sua vaghezza.

Il terzo motivo si basa sul rilievo che «*the Commission did not merely set forth the factors; it also included a description of how each factor will be interpreted»¹⁴⁹.*

Ma questo rilievo è riferibile solo ai sette fattori espressamente elencati nel *2015 Open Internet Order*, e non agli ulteriori fattori che la Commissione si è riservata di individuare in futuro. Nel valutare il grado di vaghezza dello standard, la Corte ha quindi omesso di considerare le conseguenze che sul piano della certezza del diritto discendono dal carattere non esaustivo dell'elenco.

Il quarto motivo si fonda sulla circostanza che «*the Commission did not merely set forth the factors; it also included a description of how each factor will be [...] applied»¹⁵⁰.*

Senonché, il *2015 Open Internet Order* non ha tracciato alcuna gerarchia tra i fattori elencati e l'omissione - come in precedenza sottolineato - è foriera di incertezza, poiché non è chiaro come la Commissione giudicherà «una pratica conforme ad alcuni, ma non a tutti i fattori menzionati nell'*order»¹⁵¹.*

Infine, il quinto e ultimo motivo addotto dalla Corte per respingere le accuse di eccessiva vaghezza è costituito dalle già citate *advisory opinions*¹⁵².

La Corte, tuttavia, sottostima le conseguenze che derivano dal carattere non vincolante di queste ultime. Come ha puntualmente

¹⁴⁸ DC Court, *USTA v. FCC*, 15-1063 (6-14-2016), p. 101.

¹⁴⁹ ID.

¹⁵⁰ ID.

¹⁵¹ B. van Schewick, *Network Neutrality and Quality of Service: What a Non-Discrimination Rule Should Look Like*, cit., p. 122.

¹⁵² DC Court, *USTA v. FCC*, 15-1063 (6-14-2016), p. 104.

sottolineato il giudice Williams, «*any advice given will not provide a basis for longterm commitments of resources: the Bureau is free to change its mind at will*»¹⁵³.

In conclusione, se da un lato, come in precedenza sottolineato, il *2015 Open Internet Order* rappresenta il frutto di un equilibrato bilanciamento tra il punto di vista di chi vorrebbe affidare al mercato il compito di regolare le discriminazioni messe in atto dai *broadband providers* e quello di chi vorrebbe vietare a questi ultimi qualsiasi trattamento discriminatorio, dall'altro lato, la formulazione del *no unreasonable interference/disadvantage standard* costituisce il portato di un non corretto bilanciamento tra l'interesse degli *edge providers* a raggiungere gli *end users* e quello di questi ultimi a scegliere gli *edge providers* che preferiscono, da una parte, e quello dei *broadband providers* a gestire in modo innovativo i *networks*, dall'altra.

Per tale motivo è opinione di chi scrive che la *general conduct rule* sia da considerare costituzionalmente illegittima per la violazione del primo e del quinto emendamento della Costituzione.

¹⁵³ DC Court, *USTA v. FCC*, 15-1063 (6-14-2016), *Opinion concurring in part and dissenting in part filed by Senior Circuit Judge Williams*, p. 22.