



IAIC



DGBIC



CREDA

DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

FONDATA E DIRETTA DA

Alberto M. Gambino

COMITATO DI DIREZIONE

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

20 marzo 2024

Il diritto di accesso a internet nelle zone rurali: la FCC boccia Starlink o Elon Musk?

Paolo Damiani

COMITATO SCIENTIFICO

Guido Alpa, Fernando Bocchini, Giovanni Comandè, Gianluca Contaldi,
Vincenzo Di Cataldo, Giorgio Floridia, 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 Páz Garcia Rubio, Patrick Van Eecke, Hong Xue



Nuova
Editrice
Universitaria

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 dei 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), LUCIANA D'ACUNTO (Un. Federico II), VIRGILIO D'ANTONIO (Un. Salerno), FRANCESCO DI CIOMMO (Luiss), MARILENA FILIPPELLI (Un. Toscana), CESARE GALLI (Un. Parma), MARCO MAUGERI (Un. Europea di Roma), ENRICO MINERVINI (Seconda Un.), GILBERTO NAVA (Un. Europea di Roma), 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 TREQUATTRINI (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

ANTONINA ASTONE, MARCO BASSINI, CHANTAL BOMPRESZI, VALENTINA DI GREGORIO, GIORGIO GIANNONE CODIGLIONE, FERNANDA FAINI, MASSIMO FARINA, SILVIA MARTINELLI, DAVIDE MULA (Coordinatore), ALESSIO PERSIANI, MARTINA PROVENZANO (Vice-Coordinatore), MARIA PIA PIGNALOSA, MATILDE RATTI, ANDREA STAZI (Coordinatore)

Sede della Redazione

Accademia Italiana del Codice di Internet, Via dei Tre Orologi 14/a, 00197 Roma, tel. 06.8083855, fax 06.8070483, www.iaic.it, info@iaic.it

IL DIRITTO DI ACCESSO A INTERNET NELLE AREE RURALI: LA FCC BOCCIA STARLINK O ELON MUSK?

Paolo Damiani

Università degli Studi di Udine

ABSTRACT: Il contributo analizza la decisione con la quale la Federal Communications Commission (FCC) ha revocato le risorse assegnate a Starlink sulla base del Rural Digital Opportunity Fund (RDOF). L'esame della decisione ne evidenzia la finalità politica che, tuttavia, non ne inficia la validità grazie al sapiente utilizzo da parte della Commissione del criterio della ragionevolezza.

ABSTRACT: *The paper analyzes the decision by which the Federal Communications Commission (FCC) revoked the resources allocated to Starlink based on the Rural Digital Opportunity Fund (RDOF). An examination of the decision highlights its political purpose, which, however, does not invalidate its validity due to the Commission's skillful use of the criterion of reasonableness.*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La cornice normativa: il *Rural Digital Opportunity Fund Order* – 3. Il quadro tecnologico: la rete Starlink – 4. La decisione della FCC – 5. Le opinioni dissenzienti dei Commissari Carr e Simington – 6. Conclusioni

1. Premessa

La nota distinzione tra uguaglianza formale e uguaglianza sostanziale esiste anche nel settore digitale.

La prima vieta le discriminazioni *on line*.

Tra il principio di eguaglianza in senso formale e il suo omologo digitale esiste però una differenza fondamentale.

Il primo è nato all'epoca delle rivoluzioni borghesi come strumento di tutela dell'individuo nei confronti del potere pubblico.

Il secondo si è affermato di recente come strumento di difesa del singolo contro il potere privato.

Il fenomeno della *private censorship* esercitata dagli *edge providers* ne costituisce un esempio emblematico¹.

Altrettanto pericolosi per l'eguaglianza digitale in senso formale sono i *broadband providers*.

¹Gli *edge providers* «like Google/YouTube, Facebook, Yahoo, and Twitter are in control of an enormous amount of expression on the Internet. More so than any individual country, these companies are responsible for making decisions with regard to a vast amount of Internet expression. They host billions of pages of Internet content, while responding on a daily basis to countless requests from countries and individuals around the world to take down content that is deemed objectionable or illegal. These powerful ICT companies have become the de facto sovereigns of cyberspace, with the power to balance freedom of expression against public and private interests on a day-to-day basis, as they make determinations about whether and when to accede to requests to censor speech» (D.C. Nunziato, *With Great Power Comes Great Responsibility: Proposed Principles of Digital Due Process for ICT Companies*, in *GW Law School Public Law and Legal Theory Paper No. 2017-53*, 2013, p. 1. Nello stesso senso A. Etzioni, *Should We Privatize Censorship?*, in *Issues in Science and Technology*, n. 1, 2019, p. 20).

Inoltre, fra le decine di migliaia di contenuti che vengono quotidianamente rimossi, «more posts seem to have been removed because of noncompliance with the companies' policies than due to illegality. Consequently when placing private companies at the front-line of law enforcement online, the risk may arise that our right to freedom of expression is merely guided by their terms of service» (E. Coche, *Privatized enforcement and the right to freedom of expression in a world confronted with terrorism propaganda online*, in *Internet Policy Review*, vol. 7, 2018, p. 2).

Utilizzando Facebook, per esempio, «users who leave a “cruel or insensitive” comment may face a “cruelty checkpoint” in which a moderator asks them to consider removing it; if they persist, their accounts may be closed. Users may face similar consequences for offending Facebook's often inconsistent policies on hate speech or sexual content» (K. Langvardt, *Regulating Online Content Moderation*, in *The Georgetown Law Journal*, 2018, p. 1355: «some of the overreach is relatively inconsequential, as in the case of the man who was suspended from Facebook for posting a picture of a cat in a tiny business suit, or of the strange decision to blacklist photos of the Little Mermaid statue in Copenhagen, Denmark. But the platform's erratic and opaque decision making can have more serious consequences: at the time of this writing, for instance, Facebook was busily suspending the accounts of Rohingya Muslim groups who were reporting on the ethnic cleansing of their people in Myanmar. When the girlfriend of Philando Castile went to Facebook Live to simulcast his shooting at the hands of the police, Facebook interrupted the video without explanation», ivi, pp.1355-1356).

Questi ultimi possono discriminare il traffico Internet che attraversa le reti di accesso bloccando, rallentando o velocizzando una determinata applicazione o una determinata classe di applicazioni².

L'eguaglianza digitale in senso sostanziale impone invece la rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano o impediscono l'accesso a Internet.

A causa della pandemia l'eliminazione del divario digitale è diventata un obiettivo fondamentale sia della UE³ che degli USA.

Con il termine divario digitale si intende comunemente la disparità tra coloro (individui, comunità e territori) che hanno accesso ai prodotti e ai servizi *on line* e coloro che invece ne sono privi.

Tra le molteplici cause all'origine del divario digitale, «la più importante è la mancanza di adeguate infrastrutture di banda larga»⁴.

Per colmare questo divario, la «transizione digitale» è stata inserita tra le finalità principali di Next Generation EU, ossia del più ingente programma di misure di stimolo mai finanziato dall'Unione europea⁵.

² Esistono tre diversi modi di interpretare il principio di non discriminazione tra applicazioni o tra classi di applicazioni.

La prima interpretazione tutela esclusivamente la libertà dalle discriminazioni del traffico Internet. Per questa interpretazione le pratiche discriminatorie sono tutte indistintamente nocive e come tali devono essere vietate, sempre e comunque.

La seconda bandisce solo le discriminazioni anticoncorrenziali.

La terza, infine, protegge allo stesso tempo la libertà dalle discriminazioni e la libertà di discriminare il traffico Internet.

Per approfondimenti sul principio di eguaglianza digitale in senso formale sia consentito rinviare a P. Damiani, *The open Internet vs. net neutrality and the free Internet*, in *Federalismi.it*, n. 8, 2019, *passim*.

³ «La pandemia e le sue conseguenze sulle nostre vite e sulle nostre economie hanno messo in luce l'importanza della digitalizzazione in tutti i settori dell'economia e della società dell'UE» (Commissione europea, *Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni*, 27.5.2020 COM(2020), p. 9).

⁴ Commissione europea, *Orientamenti dell'Unione Europea per l'applicazione delle norme in materia di aiuti di stato in relazione allo sviluppo rapido di reti a banda larga (2013/c 25/01)*, par. 5, nt. 7.

⁵ Commissione europea, *Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione*, cit., p. 1.

La «trasformazione digitale» è uno dei sei pilastri del Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza⁶.

I Piani Nazionali di Ripresa e Resilienza (PNRR) elaborati dagli Stati membri sulla base del Dispositivo devono prevedere «misure che contribuiscono efficacemente alla transizione digitale». Tali misure devono rappresentare «un importo pari ad almeno il 20 % della dotazione totale del piano per la ripresa e la resilienza» (art. 19, comma 3, lett. f), e le riforme e gli investimenti in tecnologie digitali devono promuovere «lo sviluppo di infrastrutture digitali» (considerando 12).

Per quanto in particolare concerne l'Italia, il Governo ha predisposto cinque piani di investimento pubblico per la infrastrutturazione digitale finanziati dal PNRR: Italia a 1 Giga, Italia 5G, Scuole connesse, Sanità connessa, Isole Minori.

Negli USA il servizio universale è lo strumento attraverso il quale l'amministrazione americana persegue l'uguaglianza digitale in senso sostanziale, al fine di rendere «available ... to all the people of the United States ... a rapid, efficient, Nationwide, and world-wide wire and radio communication service with adequate facilities at reasonable charges» (*Communications Act* del 1934, sec. 1).

Il *Telecommunications Act* del 1996 ha incluso nel servizio universale l'accesso a Internet in banda larga per i consumatori a basso reddito, le scuole, le biblioteche, le strutture sanitarie e le aree rurali.

Per quanto concerne in particolare queste ultime, la *Federal Communications Commission* (FCC) ha istituito nell'arco del tempo numerosi fondi, il più recente dei quali è il *Rural Digital Opportunity Fund* (RDOF).

La FCC ha prima concesso e poi negato a Starlink l'utilizzo delle risorse del RDOF.

Il contributo in esame analizza la decisione della FCC.

⁶ Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021.

2. La cornice normativa: il *Rural Digital Opportunity Fund Order*

«Without access to broadband, rural communities cannot connect to the digital economy and the opportunities for better education, employment, healthcare, and civic and social engagement it provides»⁷.

Per colmare il divario digitale delle aree rurali la FCC ha adottato nel 2020 il *Rural Digital Opportunity Fund Order* che mette a disposizione «up to \$20.4 billion over the next decade to support up to gigabit speed broadband networks in rural America»⁸.

Le risorse del RDOF sono assegnate attraverso una procedura competitiva che prevede quattro livelli di performance (*Minimum* $\geq 25/3$ Mbps; *Baseline* $\geq 50/5$ Mbps; *Above Baseline* $\geq 100/20$ Mbps; *Gigabit* ≥ 1 Gbps/500 Mbps) e due livelli di latenza (*Low Latency* ≤ 100 ms; *High Latency* ≤ 750 ms).

Nell'assegnazione delle risorse sono preferiti gli offerenti che si impegnano a fornire «faster services with lower latency».

Per partecipare all'asta gli offerenti devono presentare una *short-form application*.

Per ottenere il finanziamento i vincitori dell'asta devono presentare una *long-form application*.

In particolare, nella *short-form application* l'offerente «will be required to establish its eligibility to participate in the auction by providing, among other things, basic ownership information and certifying to its qualifications to receive support».

Se la valutazione della FCC ha esito positivo l'offerente può partecipare all'asta.

Dopo l'asta e prima di ricevere il finanziamento i vincitori devono presentare una *long-form application*.

In particolare, i vincitori dell'asta «must file more extensive information for the long-form application, demonstrating to the Commission that they are legally, technically and financially qualified to receive support».

La FCC valuta «whether an applicant is reasonably capable of meeting its Rural Digital Opportunity Fund auction obligations in the specific areas

⁷ FCC, *Rural Digital Opportunity Fund Order* 2020, p. 2.

⁸ ID., p. 3.

where it has winning bids. “Reasonably capable” refers to the Commission staff’s reasonable expectation that the applicant can meet those obligations»⁹.

Trattandosi di una semplice delibazione, «a determination at the short-form stage that an applicant is eligible to bid for a performance tier and latency combination would not preclude a determination at the long-form application stage that an applicant does not meet the technical qualifications for the performance tier and latency combination and thus will not be authorized to receive Rural Digital Opportunity Fund support»¹⁰.

I vincitori la cui *long-form application* non supera lo scrutinio della FCC sono esclusi dal finanziamento.

3. Il quadro tecnologico: la rete Starlink

Nelle telecomunicazioni vengono utilizzati principalmente due generi di satelliti: quelli geostazionari (GEO, *Geostationary Earth Orbit*) e quelli in orbita bassa (LEO, *Low Earth-Orbiting*).

I satelliti geostazionari orbitano a una altitudine di circa 36.000 chilometri che ne consente la sincronizzazione con il moto di rotazione della Terra. La grande distanza che il segnale di andata e di ritorno deve percorrere tra la *groundstation* e il satellite provoca un ritardo di circa 280 millisecondi nella trasmissione del segnale¹¹.

I satelliti a bassa quota orbitano ad una altitudine di qualche centinaio di chilometri. Da un lato, poiché si spostano rapidamente (il loro periodo orbitale può essere di soli 90 minuti), la realizzazione di un sistema completo richiede l’utilizzo di molti satelliti, dall’altro lato, poiché i satelliti sono molto vicini alla superficie terrestre, la latenza è di pochi millisecondi¹².

⁹ FCC, *Auction 904 Procedures Public Notice*, par. 64.

¹⁰ ID., par. 64.

¹¹ J.F. Kurose, K.W. Ross, *Computer Networking: A Top-Down Approach*, Pearson, 7th edition, New Jersey, 2017, p. 20.

¹² A.S. Tanenbaum, D.J. Wetherall, *Computer Networks*, Pearson, 5th edition, Edinburgh, 2011, p. 114.

L'elevato ritardo di trasmissione del segnale che contraddistingue i satelliti geostazionari li rende inadatti a soddisfare le esigenze di servizio delle moderne applicazioni *bandwidth hungry* e *delay intolerant*.

Assai diverso è il discorso per i satelliti LEO¹³.

Starlink è una costellazione di satelliti in orbita bassa che fornisce un servizio di accesso a Internet in grado di soddisfare le esigenze delle moderne applicazioni *on line*¹⁴.

Starlink è in fase di realizzazione ad opera di SpaceX ed è in grado di fornire prestazioni equiparabili a quelle del 5G FWA¹⁵.

La costruzione di Starlink si svilupperà in varie tappe¹⁶.

Al momento in cui si scrive i satelliti in orbita sono più di cinquemila, gli Stati raggiunti dal servizio sono poco più di settanta e gli utenti sono poco meno di tre milioni.

Il *data rate* di Starlink oscilla tra 100 Mbps e 200 Mbps in *download* e la latenza si aggira intorno ai 20 ms nella maggior parte delle località.

Queste prestazioni sono inoltre destinate a migliorare rapidamente.

Una delle caratteristiche salienti di Starlink è infatti la scalabilità.

Grazie alla messa in orbita di ulteriori satelliti, all'installazione di nuove *ground stations* e al miglioramento del *software* di rete «data speed, latency and uptime will improve dramatically»¹⁷.

Dal 2021, inoltre, SpaceX ha incominciato a mettere in orbita i satelliti V1.5 dotati, a differenza della precedente generazione, di connettività laser. I collegamenti laser tra satelliti riducono drasticamente la latenza, grazie alla

¹³ Maggiori informazioni tecniche sui satelliti LEO sono disponibili in S. Yang, H. Li, Z. Lai, J. Liu, *A Synergic Architecture for Content Distribution in Integrated Satellite and Terrestrial Networks*, in *2020 IEEE/CIC International Conference on Communications in China (ICCC)*, p. 97.

¹⁴ Starlink non è l'unica rete satellitare in orbita LEO. Tuttavia, OneWeb non fornisce un servizio per gli utenti *retail*, mentre IRIS 2 è ancora in una fase di sviluppo iniziale.

¹⁵ A. Sayin, M. Cherniakov, M. Antoniou, *Passive radar using Starlink transmissions: A theoretical study*, in *The International Radar Symposium IRS 2019*, June 26-28, 2019, Ulm, Germany, p. 1.

¹⁶ FCC, *FCC Authorizes SpaceX To Provide Broadband Service Via Satellite Constellation*, testo consultabile sul sito della FCC, <https://www.fcc.gov/document/fcc-authorizes-spacex-provide-broadband-satellite-services-0>.

¹⁷ Testo consultabile sul sito di Starlink, <https://www.fcc.gov/document/fcc-authorizes-spacex-provide-broadband-satellite-services-0>.

maggiore velocità della luce nel vuoto e al percorso più breve rispetto a quello seguito dai dati nelle dorsali sottomarine.

Starlink inoltre «is ideally suited for areas of the globe where connectivity has typically been a challenge. Unbounded by traditional ground infrastructure, Starlink can deliver high-speed broadband internet to locations where access has been unreliable or completely unavailable»¹⁸.

Per comprendere l'importanza di Starlink per le aree rurali è sufficiente citare l'esempio della Pikangikum First Nation - una piccola comunità del Canada di circa duemila residenti ubicata nel Northwestern Ontario - tanto remota che il mezzo di trasporto principale per raggiungerla è l'aereo.

La possibilità di accedere a Internet grazie a Starlink ha consentito a questa comunità di partecipare attivamente alla vita sociale¹⁹.

¹⁸ ID.

¹⁹ Il toccante video che documenta la vicenda descritta nel testo è reperibile al seguente *link* di YouTube, <https://www.rural-areas/internet-access/fcc/SpaceX/> Starlink.

Tutte le rivoluzioni tecnologiche hanno dei risvolti negativi e Starlink non fa eccezione. L'inquinamento luminoso e i detriti spaziali sono i due principali. Sul punto v. R.J. Ryan, *The Fault in Our Stars: Challenging the FCC's Treatment of Commercial Satellites as Categorically Excluded from Review Under the National Environmental Policy Act*, in *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, vol. 22, n. 4, 2020, p. 949: «mega satellite constellations, such as SpaceX's Starlink, have the ability to connect humans anywhere on the globe with each other in a way never before possible. To accomplish this feat, however, requires the unprecedented deployment of tens of thousands of satellites into orbit around Earth. With this comes the risk of altering the night sky for astronomers and the public for decades to come, as well as the risk of polluting the environment through the use of toxic satellite components»; T. Pultarova, *SpaceX Starlink satellites responsible for over half of close encounters in orbit, scientist says*, (testo disponibile presso <https://www.space.com/spacex-starlink-satellite-collision-alerts-on-the-rise>): «operators of satellite constellations are constantly forced to move their satellites because of encounters with other spacecraft and pieces of space junk. And, thanks to SpaceX's Starlink satellites, the number of such dangerous approaches will continue to grow, according to estimates based on available data».

Per maggiori dettagli sulla rete satellitare Starlink sia consentito rinviare a P. Damiani, *A Star(link) Is Born: What Consequences for the Right to Broadband Internet Access in Rural Areas of the EU?*, in *Federalismi.it*, 2021, *passim*.

4. La decisione della FCC

Dopo la presentazione della *short-form application* Starlink è stata ammessa a partecipare alla gara per l'assegnazione delle risorse del RDOF.

Nel 2020, all'epoca in cui la FCC era a guida repubblicana, Starlink ha vinto una gara di circa 800 milioni di dollari per la fornitura a 642.925 aree in 35 Stati di un servizio di accesso a Internet in grado di assicurare velocità di connessione eguale o superiore a 100 Mbps in *download* e 20 Mbps in *upload* (*above baseline*) con latenza eguale o inferiore a 100 ms (*low-latency*).

Nel 2021 Starlink ha presentato la *long-form application* che, come in precedenza illustrato, è l'atto che ciascun vincitore dell'asta deve compiere per ricevere le risorse del RDOF.

Nel 2022 la *long-form application* di Starlink è stata valutata negativamente da un ufficio interno della FCC (nel frattempo diventata a guida democratica) - il *Wireline Competition Bureau* (WCB) - il quale ha concluso che «Starlink had not shown that it was reasonably capable of fulfilling RDOF's requirements to deploy a network of the scope, scale, and size required to serve the 642,925 model locations in 35 states for which it was the winning bidder».

Contro la decisione del suddetto ufficio Starlink ha presentato ricorso alla FCC che lo ha respinto per una serie di motivi (*Order on Review* del 12 dicembre 2023).

Il principale argomento utilizzato dal WCB è il risultato degli *speed test* effettuati da Ookla tra il 2021 e il 2022 dai quali è emerso che «Starlink's performance had been declined for download speed, upload speed, and jitter test performance». Il WCB ha utilizzato il risultato di questi *speed test* «to predict what Starlink's service offerings would have been in 2025, when it would have been required to start offering service in the areas where it won RDOF support».

La FCC ha avallato l'operato del WCB e ha ritenuto corretta tanto l'utilizzazione degli *speed test*, quanto la previsione basata su di essi che Starlink non sarebbe stata ragionevolmente in grado di assolvere gli impegni derivanti dal RDOF²⁰.

²⁰ FCC, *Order on Review 2023*, p. 6.

5. Le opinioni dissenzienti dei Commissari Carr e Simington

L'opinione dissenziente del Commissario Carr inizia con una pesante accusa: «last year, after Elon Musk acquired Twitter and used it to voice his own political and ideological views without a filter, President Biden gave federal agencies a greenlight to go after him. During a press conference at the White House, President Biden stood at a podium adorned with the official seal of the President of the United States, and expressed his view that Elon Musk “is worth being looked at.” When pressed by a reporter to explain how the government would look into Elon Musk, President Biden remarked: “There’s a lot of ways.” There certainly are. The Department of Justice, the Federal Aviation Administration, the Federal Trade Commission, the National Labor Relations Board, the U.S. Attorney for the Southern District of New York, and the U.S. Fish and Wildlife Service have all initiated investigations into Elon Musk or his businesses.

Today, the Federal Communications Commission adds itself to the growing list of administrative agencies that are taking action against Elon Musk’s businesses»²¹.

L'opinione dissenziente prosegue con un nutrito elenco di critiche di natura ingegneristica e giuridica.

La più importante, a mio avviso, ha per oggetto l'utilizzazione dei citati *speed test* per prevedere che Starlink non sarà ragionevolmente in grado di assolvere gli impegni del RDOF nel 2025: «the speed test evidence the agency relies on to make its prediction about how Starlink’s LEO system will perform at the end of 2025 is flawed. Indeed, the FCC is not applying a standard that makes any sense for Starlink’s LEO system.

This is an important point. The FCC is purporting to make a prediction about the trajectory that Starlink’s LEO system is on, but it is not using any evidence that is tailored to making such a prediction. I am not saying that this is an easy task for the agency—it does involve rocket science after all. But comparing speed test snapshots from two, cherry-picked moments in time and using those to predict how Starlink would likely perform years

²¹ FCC, *Order on Review 2023, Dissenting Statement of Commissioner Brendan Carr*, p. 14.

down the road and at particular U.S. locations is not a credible methodology [...]. In the case of technologies like Starlink's LEO system, progress is not measured in a straight line, particularly not one that can be plotted by drawing an arrow through two speed test measures. The FCC knows this. It is more accurate to think about technological progress in this context as a saw-toothed, hockey curve—there are ups and downs, breakthroughs and setbacks, but the curve moves steadily up and to the right over any considerable period of time»²².

L'opinione dissenziente del Commissario Simington è molto più breve e si limita a rinnovare le critiche formulate dal collega Carr.

6. Conclusioni

Gli *speed test* effettuati da Ookla tra il quarto trimestre del 2021 e il secondo trimestre del 2022 non sono affidabili per prevedere le prestazioni di Starlink nelle aree nelle quali si è impegnata a fornire nel 2025 il servizio di accesso a Internet *above baseline e low-latency*.

In primo luogo, come giustamente rilevato da Starlink nel ricorso contro la decisione del WCB, «the Bureau relied on Ookla speed test data for the United States as a whole, not SpaceX's winning bid areas»²³.

Le reti satellitari in orbita bassa sono particolarmente adattate a servire le zone rurali.

Nelle zone urbane e densamente abitate la capacità trasmissiva di ciascun satellite è sfruttata da una percentuale molto elevata di utenti.

Al contrario, nelle zone rurali e scarsamente popolate la capacità trasmissiva di ciascun satellite è utilizzata da un numero assai ridotto di utenti ed è di conseguenza impossibile che questa venga saturata²⁴.

Anche questo punto è stato evidenziato nel ricorso: «the Bureau relied on current nationwide speed tests that have no bearing on future speeds in

²² ID., p. 15.

²³ *Application for review of Starlink, LLC*, p. 12.

²⁴ Per ulteriori approfondimenti sia consentito rinviare a P. Damiani, *Repubblica digitale, fallimenti di mercato e diritto di accesso a Internet delle generazioni future. Italia a 1 Giga, Italia 5G, Scuole connesse, Sanità connessa, Isole Minori*, Intra, Pesaro, 2023, p. 51.

RDOF territories [...] when the Starlink Network is fully deployed, less than [...] % of its capacity in the United States will generally be needed to serve customers living in SpaceX's winning bid areas with broadband service meeting SpaceX's performance obligations, with the capacity requirement never exceeding [...] % at peak hour»²⁵.

In secondo luogo, gli *speed test* di Ookla sono una istantanea che non consente di apprezzare una ulteriore e fondamentale caratteristica di Starlink evidenziata in precedenza, ossia la sua scalabilità.

In terzo e ultimo luogo, la FCC non ha preso in alcuna considerazione la rapidità con la quale SpaceX sta costruendo la rete di Starlink: solo per fare un esempio, nel mese di marzo del 2024 SpaceX ha effettuato 8 lanci, con una cadenza quindi di circa un lancio ogni 4 giorni.

Sembrirebbe scontato concludere, dunque, che la decisione in commento sia invalida.

Non vi è alcun dubbio, infatti, che essa abbia completamente travisato le circostanze di fatto e che, dunque, siano giustificate le critiche dei Commissari Carr e Simington che individuano la spiegazione della decisione di revoca del finanziamento a Starlink nella sudditanza politica della FCC²⁶.

L'esistenza di errori di fatto nella decisione non è però in grado di inficiarne la validità e la spiegazione di quanto appena affermato risiede nella utilizzazione del criterio della ragionevolezza, ossia dello strumento adoperato dalla

²⁵ *Application for review of Starlink*, cit., p. 10. I dati percentuali tra parentesi contengono informazioni commerciali specifiche, altamente sensibili e proprietarie, per le quali Starlink ha richiesto un trattamento riservato.

²⁶ Non è la prima volta che la FCC cede alle pressioni politiche della Casa Bianca. Con una dichiarazione che ha calpestato l'indipendenza della FCC, il Presidente Obama ha sollecitato quest'ultima a formulare «the strongest possible rules to protect net neutrality» (testo consultabile sul sito della Casa Bianca, <http://www.whitehouse.gov/net-neutrality#section-read-the-presidents-statement>). Una delle ragioni della severa disciplina a tutela della *Net neutrality* contenuta nell'*Open Internet Order* del 2015 è la volontà della FCC di compiacere la Casa Bianca. Sul tema *V. 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*, (testo consultabile sul sito del Senato americano, <https://www.hsgac.senate.gov/media/majority-media/chairman-johnson-releases-report-on-how-the-white-house-bowled-over-fcc-independence>).

FCC per valutare la capacità degli offerenti di assolvere gli obblighi derivanti dal RDOF.

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.

È stato giustamente osservato che «“reasonable” is a subjective term. Not only is it perhaps the most litigated word in American history, its definition varies radically from country to country»²⁷.

Nonostante ciò (ed anzi proprio per questo motivo, come vedremo tra breve), la storia della FCC è costellata da esempi di utilizzazione della ragionevolezza.

Emblematici sono i due provvedimenti diretti a tutelare la *Net Neutrality*: il tratto qualificante comune agli *Open Internet Orders* del 2010 e del 2015 è costituito dall’uso pervasivo della ragionevolezza, al punto che dietro i molteplici obblighi e divieti stabiliti da entrambi gli *Orders* si cela in realtà un unico e solo precetto generale, precetto in forza del quale *all data is reasonably equal*²⁸.

I due *Open Internet Orders* furono adottati dalla FCC all’epoca in cui la Commissione era a guida democratica.

La scelta di utilizzare lo strumento della ragionevolezza per valutare la capacità degli offerenti di assolvere gli obblighi derivanti dal RDOF è stata invece adottata dalla Commissione nel 2020, anno nel quale la FCC era a maggioranza repubblicana, maggioranza della quale faceva parte lo stesso Commissario Carr che ha aspramente criticato la decisione in commento.

²⁷ FCC, *Open Internet Order 2010, Dissenting Statement of Commissioner Robert M. McDowell*, p. 18050.

²⁸ Per ulteriori approfondimenti sia consentito rinviare a P. Damiani, *All data is (reasonably) equal: open Internet v. Net neutrality*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 2, 2016, *passim*.

La scelta da parte della FCC di utilizzare la ragionevolezza come strumento per dare un fondamento giuridico alle proprie decisioni non dipende, dunque, dal colore politico della maggioranza della Commissione.

È una pratica bipartisan la cui frequenza trova spiegazione nel carattere soggettivo e vago del termine “ragionevolezza”, carattere che, se da un lato mette a rischio la certezza del diritto, dall’altro lato ha il vantaggio dal punto di vista della FCC di fornirle un margine di apprezzamento molto ampio, tanto ampio da permetterle di dare un fondamento giuridico anche a decisioni che, come quella in commento, perseguono un preciso progetto politico.

L’ulteriore peculiarità della vicenda in esame risiede nella eterogenesi dei fini dovuta al concorso della soggettività della ragionevolezza con il cambiamento della *leadership* della Commissione.

La scelta nel 2020 della FCC a guida repubblicana di utilizzare lo strumento della ragionevolezza per assegnare le risorse del *Rural Digital Opportunity Fund* ha, infatti, consentito nel 2023 alla medesima FCC, in questa occasione a maggioranza democratica, di revocare il finanziamento a Starlink.

In conclusione, la decisione della FCC secondo cui «Starlink had not shown that it was reasonably capable of fulfilling RDOF’s requirements» è valida e giuridicamente fondata²⁹.

²⁹ Certo è una conclusione difficile da accettare, specie se si considerano le conseguenze della decisione della FCC.

Come è stato sottolineato dal Commissario Carr «the FCC’s decision leaves rural communities stuck on the wrong side of the digital divide. [...] in exchange for awarding Starlink \$885 million back in 2020, the FCC secured a commitment for the delivery of high-speed Internet service to over 642,000 unserved rural homes and businesses across 35 states. By reversing course, the FCC has chosen to vaporize that commitment and replace it with . . . nothing. That’s a decision to leave families waiting on the wrong side of the digital divide when we have the technology to get them high-speed service today».

Oltre a sacrificare il diritto di accesso a Internet nelle aree rurali, la decisione della FCC ha anche un impatto negativo sulla finanza pubblica: «the FCC’s decision hits Americans in their pocketbooks. To the extent the federal government ever makes another commitment to serve these rural communities, it will cost us orders of magnitude more money to do so. Indeed, while the Commission’s 2020 award secured a deal to bring high-speed service to all of these areas for \$885 million in federal support, extending high-speed fiber lines to these same areas will likely cost somewhere in the neighborhood of \$3 billion based on past bidding patterns and analysis—more once you start accounting for inflation. That is not a good deal for U.S. taxpayers».

È inoltre improbabile che la decisione in commento sia annullata in sede giurisdizionale a causa dell'erronea valutazione delle circostanze di fatto, considerato il tradizionale atteggiamento di “*deference*” dei giudici americani nei confronti delle valutazioni tecniche delle autorità di regolazione (si veda, per esempio, quanto affermato a questo proposito nella sent. *USTA v. FCC*³⁰).

Il presente contributo è stato finito di stampare in data 20 ottobre 2024.

³⁰ DC Court, sent. *USTA v. FCC*, 15-1063 (6-14-2016), p. 100, <https://www.fcc.gov/document/court-opinion-usta-v-fcc-usa>.

DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

Numeri Speciali

- 2016 **LO STAUTO ETICO GIURIDICO DEI CAMPIONI BIOLOGICI UMANI**
a cura di Dario Farace
- 2017 **IL MERCATO UNICO DIGITALE**
a cura di Gianluca Contaldi
- 2018 **LA RICERCA SU MATERIALI BIOLOGICI DI ORIGINE UMANA:
GIURISTI E SCIENZIATI A CONFRONTO**
a cura di Alberto M. Gambino, Carlo Petrini e Giorgio Resta
- 2019 **LA TASSAZIONE DELL'ECONOMIA DIGITALE TRA SVILUPPI RECENTI
E PROSPETTIVE FUTURE**
a cura di Alessio Persiani

La rivista “Diritto Mercato Tecnologia” intende fornire un costante supporto di aggiornamento agli studiosi e agli operatori professionali nel nuovo scenario socio-economico originato dall’interrelazione tra diritto, mercato e tecnologia, in prospettiva interdisciplinare e comparatistica. A tal fine approfondisce, attraverso studi nei settori privatistici e comparatistici, tematiche afferenti in particolare alla proprietà intellettuale, al diritto antitrust e della concorrenza, alle pratiche commerciali e alla tutela dei consumatori, al biodiritto e alle biotecnologie, al diritto delle comunicazioni elettroniche, ai diritti della persona e alle responsabilità in rete.

