

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 02/07/2009

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/27974-il-percorso-tormentato-della-legge-hadopi-tra-parlamento-europeo-e-consiglio-costituzionale>

Autore: Rassa Federica

Il percorso tormentato della legge hadopi tra parlamento europeo e consiglio costituzionale

IL PERCORSO TORMENTATO DELLA LEGGE HADOPI TRA PARLAMENTO EUROPEO E CONSIGLIO COSTITUZIONALE.

Il 13 maggio 2009 il Senato francese ha adottato il testo definitivo della legge Hadopi¹, nata con il compito di favorire “la diffusione e la protezione della creazione su internet”. Tale legge, fortemente voluta dalla maggioranza di Governo, ha avuto un percorso lungo e tormentato, iniziato già nell'agosto del 2007. Ora in seguito alla decisione del Conseil Constitutionnel del 10 giugno 2009 n.580², la questione non può ancora considerarsi conclusa. D'altronde l'argomento è tuttora oggetto di polemiche e contestazioni, che hanno coinvolto non solo la Francia ma anche il Parlamento Europeo, ancora impegnato nella definizione del cosiddetto "pacchetto Telecom".

La legge Hadopi, che istituisce e prende il nome dall'Alta Autorità per la diffusione delle opere e la protezione dei diritti su Internet (Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des droits sur Internet), si prefigge tre compiti:

- incoraggiare lo sviluppo dell'offerta legale e dell'osservazione dell'uso lecito ed illecito di opere e contenuti protetti dal diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica;
- proteggere tali opere e contenuti dalle minacce presenti sulle reti al pieno esercizio di detti diritti;
- svolgere un'azione di regolamento e vigilanza nel campo delle misure tecniche di protezione ed identificazione delle opere e contenuti all'interno delle reti di comunicazione elettronica³.

Una delle parti più discusse della legge Hadopi riguarda la previsione della cosiddetta “risposta graduata” nei confronti dell'internauta accusato di scaricare illegalmente film o musica da internet. Infatti l'art.331-21 dispone che, in seguito alla ricezione della segnalazione da parte dell'avente diritto sul contenuto scaricato illegalmente, l'Autorità proceda ad un accertamento dell'esistenza meramente fattuale dell'abuso e ne attribuisca la responsabilità al soggetto titolare della connessione corrispondente all'indirizzo IP utilizzato per il download illegale. La procedura prevede che venga successivamente inviata una e-mail di avvertimento, alla prima infrazione, e una raccomandata alla seconda fino ad arrivare, nel caso sia segnalata una terza infrazione, al blocco della connessione ad internet per un periodo variabile dai 3 ai 12 mesi.

L'internauta in questione può liberarsi della responsabilità in tre modi:

- tramite l'installazione sul proprio computer, in data anteriore alla segnalazione dell'abuso, di uno dei programmi contenuti in una lista citata al secondo comma dell'art.331-32 della legge Hadopi;
- dimostrando che la propria connessione è stata usata fraudolentemente;
- dimostrando che si è trattato di un caso di forza maggiore.

Tale normativa ha sollevato prevedibili proteste da parte dell'opposizione ed attirato le critiche di

1 Testo pubblicato nel Journal Officiel reperibile all'indirizzo <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020735432&categorieLien=id>

2 Testo della sentenza disponibile sul sito <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/lesdecisions/2009/decisions-par-date/2009/2009-580-dc/decision-n-2009-580-dc-du-10-juin-2009.42666.html>

3 Art. 331-13 Legge Hadopi. Testo integrale con articoli censurati dal Consiglio costituzionale su <http://www.senat.fr/leg/tas08-081.pdf>

molti giuristi⁴. Innanzi tutto ci si è interrogati sulla legittimità del taglio della connessione ad internet, che appare una misura contraria al rispetto della libertà della vita privata⁵ e della libertà di corrispondenza, oltre che sproporzionata, in quanto si viene a limitare “la possibilità di relazionarsi in via telematica, di esercitare delle scelte in campo culturale, ludico o di consumo, [nonché la capacità] di informarsi e navigare liberamente in rete”⁶.

Il principio del rispetto dei diritti fondamentali esige che le leggi che ne limitino il godimento siano necessarie e proporzionali rispetto all’obiettivo legittimamente perseguito, come chiarito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁷ e dal Patto internazionale sui diritti civili e politici⁸, i quali acconsentono ad una limitazione al godimento del diritto da parte del cittadino in funzione della sicurezza nazionale, della difesa dell'ordine pubblico, della prevenzione del crimine, della protezione della salute o della morale e della protezione dei diritti e delle libertà dei cittadini.

Inoltre il taglio della connessione profila una differenza di trattamento tra persone fisiche e persone giuridiche (quali le imprese); queste ultime infatti verranno difficilmente private della del collegamento ad internet (al fine di non ostacolare l'attività aziendale) ponendosi così le basi per una potenziale discriminazione nei confronti dei privati cittadini⁹.

Si è rilevato che detta normativa crea una nuova obbligazione nei confronti del titolare di un abbonamento ad internet, ovvero il vigilare affinché tale connessione non venga utilizzata per lo scaricamento illegale da internet. In più l'adozione della formula "rilevamento indirizzo IP=identificazione del responsabile dell'abuso" procede di fatto al rovesciamento del principio della presunzione d'innocenza, poiché spetterà al soggetto che riceve la segnalazione dimostrare la propria estraneità al download illegale, attraverso le modalità già indicate.

Altro elemento contestato è la previsione, in caso di taglio della connessione ad internet, della prosecuzione del pagamento dell'abbonamento alla medesima, che delinea un arricchimento senza giusta causa per il fornitore dell'accesso ad internet e una violazione del principio della libertà contrattuale¹⁰, nonché una violazione del principio di uguaglianza dato che, a causa del diverso ammontare degli abbonamenti ad internet. Tale normativa profila anche un situazione di doppia sanzione, che risulta contraria alla giurisprudenza de Consiglio costituzionale, il quale ha affermato che la sanzione amministrativa di natura pecuniaria (in questo caso dunque la mancata interruzione del pagamento dell'abbonamento) non può cumularsi con una sanzione di tipo penale (difatti la legge non prevede per l'internauta sanzionato alcuna esenzione da eventuali ricorsi in giustizia per violazione del diritto d'autore)¹¹.

Inoltre la legge Hadopi attribuisce ad una autorità amministrativa sia il potere di apprezzare la fattuale realizzazione dell’infrazione, che quello di interrompere la connessione ad internet di un cittadino, senza quindi dover ricorrere ad un giudice. Questo aspetto pone un duplice problema, infatti, da un lato, trattandosi di un’autorità amministrativa con un potere di sanzione, sarebbe stato più corretto prevedere la separazione delle funzioni d’inchiesta da quelle di giudizio, come mezzo

4 Si veda per esempio Hubert Lesaffre, Hadopi ou la chronique d'une censure annoncée? in Petites affiches del 29 mai 2009, n.107-7

5 Su cui il Consiglio si è pronunciato diverse volte con riferimento a dispositivi tecnici che captino e registrino dati attinenti alla vita privata dei cittadini

6 In francese, vedasi Estelle De Marco, Analyse du nouveau mécanisme de prévention de la contrefaçon à la lumière des droits et libertés fondamentaux, 4/6/2009, in www.juriscom.net/uni/visu.php?ID=1133 . Per approfondire si veda, dello stesso autore L'anonymat sur Internet et le droit, thèse, Montpellier 2005

7 Convenzione sulla salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, Roma 4 novembre 1950,

8 Adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, il 16 dicembre 1966

9 Decisione del Consiglio costituzionale 2005-510 DC du 20 janvier 2005 e Decisione del Consiglio costituzionale del 27 luglio 2006 n.540. In tal senso, vedere già citato De Marco, Analyse du nouveau mécanisme de prévention de la contrefaçon à la lumière des droits et libertés fondamentaux,

10 Si veda Hubert Lesaffre, opera già citata

11 Decisione del Consiglio costituzionale n.96-378 del 23 luglio 1996

di garanzia di indipendenza e prova di legittimità di tale autorità¹² (la legge Hadopi, a riguardo, si riferisce in maniera non meglio specificata ad una procedura davanti alla Commissione della protezione), in linea con la giurisprudenza evolutiva del Conseil constitutionnel francese¹³.

D'altra parte invece, alla luce del fatto che la materia della protezione della libertà individuale è tradizionalmente attribuita all'autorità giudiziaria, ha suscitato perplessità il fatto che un'autorità amministrativa possa svolgere detta funzione¹⁴. A riguardo il Consiglio costituzionale ha più volte ribadito che la libertà individuale è costituzionalmente garantita e posta sotto il controllo dell'autorità giudiziaria, sulla base dell'art 66 della Costituzione¹⁵; essa comprende inoltre anche il diritto ad essere chiamati in giudizio con tutte le garanzie legali. Tra l'altro, la stessa tutela del diritto di proprietà (anche intellettuale) rientra tra le materie poste sotto il controllo dell'autorità giudiziaria, in quanto si tratta di un principio fondamentale riconosciuto dalle leggi francesi¹⁶.

Tale aspetto è stato sottolineato anche dalla Commissione Europea, la quale ha inviato delle osservazioni al Governo francese in merito alla legge Hadopi, chiedendo delucidazioni sulle modalità attraverso le quali un'autorità amministrativa e non giudiziaria potesse disporre del potere di decidere in materia di violazioni del diritto d'autore, alla luce anche l'assenza della previsione di un ricorso esperibile contro le prime due segnalazioni dell'Alta Autorità.

Merita attenzione il coinvolgimento dell'Europa nell'iter di formazione della legge Hadopi. Mentre la legge veniva discussa in seno al Parlamento francese, vi sono stati due interventi del Parlamento Europeo, direttamente legati alle vicende francesi. Dopo aver adottato, nel mese di aprile, una risoluzione che raccomandava agli Stati membri di non prevedere misure che andassero contro i diritti dell'uomo, i diritti civili e i principi di proporzionalità, di efficacia e d'effetto dissuasivo, quale l'interruzione dell'accesso ad internet, il Parlamento Europeo è di nuovo intervenuto nella materia. Infatti è stato approvato con un largo consenso, l'inserimento nel pacchetto Telecom (il cui percorso in sede europea, iniziato da circa due anni, risulta ancora più tortuoso di quello della legge Hadopi) dell'emendamento 138, che stabilisce che "nessuna restrizione ai diritti ed alle libertà fondamentali degli utilizzatori finali deve essere presa senza una precedente decisione dell'autorità giudiziaria". Tuttavia l'adozione di tale emendamento ha provocato il blocco dell'approvazione del pacchetto Telecom, dato che il testo così modificato dovrà passare di nuovo all'esame del Consiglio (il quale si era precedentemente opposto a tale emendamento) e, successivamente, del Parlamento Europeo¹⁷.

La reazione del Governo francese rispetto alle iniziative europee è stata di netta opposizione: il Ministro della Cultura francese, Christine Albanel, ha affermato l'indipendenza della legge francese faccia alle decisioni del Parlamento Europeo (dichiarando, tra l'altro, che l'accesso ad internet non è un diritto fondamentale)¹⁸.

Ciò nonostante, il risultato che non è stato ottenuto per mezzo dell'emendamento 138, è comunque

12 Jean-François Brisson, Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation: les voies d'une juridictionnalisation ; AJDA. Per una trattazione più completa si veda Estelle De Marco, Analyse du nouveau mécanisme de prévention de la contrefaçon à la lumière des droits et libertés fondamentaux, 4/6/2009, in www.juriscom.net/uni/visu.php?ID=1133

13 Decisione del Consiglio costituzionale n° 98-408 DC del 22 gennaio 1999

14 Vedasi precitato De Marco. Per un commento alla decisione del Conseil in materia si veda anche Aurélien Van De Wiele, La loi HADOPI entre en vigueur après la censure partielle du Conseil Constitutionnel, 29/06/2009, in www.droit-technologie.org/actuality-1242/la-loi-hadop-i-entre-en-vigueur-apres-la-censure-partielle-du-conseil-c.html

15 Decisioni del Consiglio costituzionale n.327 del 19 novembre 1993, n.467 del 13 marzo 2003, n. 492. del 2 marzo 2004.

16 Decisione del Consiglio costituzionale , n.256 del 25 luglio 1989

17 Testo adottato dal Parlamento Europeo disponibile sul sito <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-EP//TEXT+TA+P6-TA-2008-0123+0+DOC+XML+V0//FR>

18 Le Figaro del 06 maggio 2009

raggiunto grazie alla pronuncia del Consiglio Costituzionale francese, che ha parzialmente censurato tale legge Hadopi. Nello specifico, con riferimento alla previsione del blocco della connessione ad internet per lo “scaricatore illegale” il Consiglio ha ricordato l’art. 11 della Dichiarazione dei diritti dell’uomo del 1789¹⁹, per stabilire una diretta correlazione tra l’accesso a internet il diritto fondamentale alla libertà di espressione e d’opinione.

Sebbene il Consiglio costituzionale, non abbia ritenuto che l’accesso ad internet sia da considerarsi un diritto fondamentale in sé, ha affermato con forza l’importanza della rete quale strumento quotidiano per leggere, scrivere informarsi, del quale il cittadino non può essere privato se non per decisione dell’autorità giudiziaria.

Il Conseil ha anche sanzionato il ribaltamento della presunzione di innocenza effettuato dalla Hadopi, affermandone la contrarietà rispetto all’art. 9 della Dichiarazione del 1789. Non è stata dunque validata la procedura d’identificazione del responsabile della condotta illecita prevista dalla legge, in funzione del fatto che l’indirizzo IP non viene considerato uno strumento valido e sicuro per l’identificazione del soggetto responsabile dell’abuso (come affermato anche dal Tribunale di Roma per il "caso Peppermitt"²⁰), poiché soggetto ad uso fraudolento o all’azione di hackers²¹, all’insaputa del titolare della connessione ad internet²². Inoltre risulta particolarmente difficile dimostrare di essere vittima di una frode informatica o di un errore nell’identificazione dell’indirizzo IP²³.

Il 13 giugno 2009 la legge Hadopi è stata promulgata e pubblicata sul Journal Officiel, in una versione priva delle parti censurate dal giudice costituzionale, che ne costituivano la colonna portante; solo in seguito verrà promulgata una seconda legge finalizzata alla specificazione della normativa secondo le indicazioni del Consiglio costituzionale, come è stato comunicato dal Ministro della Cultura²⁴. Conseguentemente, per il momento la sola Alta Autorità per la diffusione delle opere e la protezione dei diritti su Internet è stata costituzionalmente autorizzata a nascere e a far uso di poteri di avvertimento. È stata dunque realizzata solo la parte pedagogica della normativa mentre, per arrivare alla sanzione, bisognerà prevedere il passaggio attraverso le aule di un tribunale. Ci si chiede se l’ipotesi sia da considerarsi irrealistica, soprattutto tenendo conto delle stime circa i tagli delle connessioni effettuate inizialmente (si è parlato di 180.000 tagli all’anno), che porterebbero ad un intasamento delle aule di tribunale. Oltre a questo va considerata la questione dell’attribuzione di questo tipo di cause, non esistendo un giudice specializzato in materia. A tal riguardo, il Ministro ha annunciato la creazione di nove Tribunaux de Grande Instance per la gestione di questo tipo di contenzioso. Per completezza si segnalano le perplessità espresse a riguardo da parte dell’Unione Sindacale dei magistrati francesi, nella persona del

19 dove si afferma che: “la libera comunicazione dei pensieri e delle opinioni è uno dei più preziosi diritti dell’uomo: ogni cittadino può dunque parlare, scrivere, stampare liberamente, salvo rispondere in caso di abuso di questa libertà, nei casi stabiliti dalla legge”

20 Riguardo alla questione della tutela della privacy del cittadino che utilizzi internet e venga identificato sulla base dell’indirizzo IP si può ricordare in caso italiano della Peppermitt e la relativa ordinanza del Tribunale di Roma n. 26125 del 2007.

21 Per meglio apprezzare i rischi di contraffazione degli indirizzi IP si veda lo studio americano svolto da Michael Piatek, Tadayoshi Kohno, Arvind Krishnamurthy, “Challenges and Directions for Monitoring P2P File Sharing Networks – or – Why My Printer Received a DMCA Takedown Notice”, disponibile su <http://dmca.cs.washington.edu>

22 Si veda anche la notizia del procedimento di archiviazione presso il Tribunale di Roma su <http://www.ordineavvocatiagrigento.it/comment.php?comment.news.727>

23 Si veda, in materia di indirizzo IP e dei problemi ad esso collegati, la posizione del CERT e in particolare le pagine <http://www.cert.org/advisories/CA-1995-01.html> e <http://www.cert.org/advisories/CA-1996-21.html>

24 Le Monde del 13 giugno 2009

Segretario Generale Laurent Bédouet ²⁵.

Resta poi indefinita la questione riguardante la lista dei programmi destinati a prevenire l'uso illecito del proprio computer, la quale è stata fino ad ora solo citata dalla legge ma non ulteriormente precisata; pertanto non è chiaro quali mezzi informatici si renderanno necessari, se saranno a pagamento o meno e se si presenteranno problemi di compatibilità con i diversi sistemi operativi. Tale lacuna dovrà necessariamente essere colmata, al fine di evitare che l'internauta sia messo davanti ad un'obbligazione impossibile e di garantire il pieno diritto alla difesa.

In generale si nota, sia a livello degli Stati membri che a quello europeo una tendenza alla ultra-protezione del diritto d'autore a discapito della protezione della libertà della vita privata e delle comunicazioni, che non coinvolge sufficientemente l'opinione pubblica. Si potrebbe forse parlare di una tendenza presente anche a livello globale se si pensa, per esempio, al recente caso verificatosi negli Stati Uniti di condanna al pagamento di 1,9 milioni di dollari per lo scaricamento illegale di 24 canzoni (le quali, se scaricate legalmente, avrebbero comportato un esborso di 23,76 dollari in totale²⁶).

Nonostante l'impatto sui cittadini di testi normativi volti a sanzionare, una politica volta alla prevenzione e alla regolamentazione (non alla repressione) della rete potrebbe sortire maggiori effetti e permettere un adattamento anche normativo alle nuove tecnologie, ormai radicate nel tessuto sociale. Si tratta di problematiche che toccano direttamente lo scontro tra diritti e libertà, il quale necessita di un'attenta ponderazione. Risulta necessario procedere ad un'azione di informazione e formazione al fine di proteggere il diritto d'autore senza attentare alle libertà individuali e nella piena coscienza che l'azione del legislatore deve tenere il passo dei progressi scientifici e tecnologici, in modo da evitare il perpetuarsi di istituti desueti e di sistemi che tentino (invano) di imbrigliare l'evoluzione ed il cambiamento.

Federica Rassu

²⁵ Il quale ha sottolineato l'esigenza di un ingente quantitativo di personale, necessario sia per la fase investigativa che per la gestione delle cause, Le Figaro, 11 giugno 2009

²⁶ Corriere della Sera del 19 giugno 2009