

FRANCIA: La legge «Création et Internet».
Le censure del *Conseil constitutionnel* e lo Stato di diritto.

di Nicola Lucchi

Il primo gennaio 2010, dopo un tormentato *iter* di quasi due anni, è entrata in vigore la legge francese «*Création et Internet*», comunemente denominata legge *Hadopi*, acronimo di *Haute Autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur Internet*, l'autorità preposta al controllo dei comportamenti degli utenti di Internet lesivi del diritto d'autore.

La versione finale della legge è il risultato di un pesante intervento correttivo svolto dal *Conseil constitutionnel* (decisione n. 2009-580 DC del 10 giugno 2009), che ha depotenziato alcuni principi cardine della legge.

Il *Conseil* ha censurato i poteri sanzionatori inizialmente attribuiti all'*Hadopi*, ed ha negato che la tutela dei diritti di proprietà intellettuale possa giustificare improprie compressioni della libertà di espressione, la quale vede in Internet uno dei più efficaci strumenti di realizzazione. La sentenza identifica anzi una sorta di "diritto fondamentale" all'accesso ad Internet; contestualmente, essa suggerisce la necessità che qualsiasi sanzione sia proceduta dal vaglio di un'autorità giurisdizionale, introducendo un tema di dibattito la cui risonanza sembra poter oltrepassare i confini francesi. La legge, infatti, anticipa prossimi sviluppi nella normativa comunitaria: di recente è infatti entrato in vigore il c.d. pacchetto Telecom (pubblicato il 18 dicembre scorso sulla GUCE, L337/2009), la corposa riforma europea delle telecomunicazioni, uno dei cui temi certamente più controversi è stato proprio quello delle limitazioni ai diritti e alle libertà fondamentali degli utenti dei servizi di comunicazione elettronica.

2. La portata giuridica della sentenza francese sembra notevole soprattutto nel punto in cui viene affrontato il profilo dell'osservanza del principio del *due process of law* e l'attuazione di misure speciali per alcuni reati commessi *online*.

L'aspetto più controverso del provvedimento riguardava, appunto, le garanzie processuali offerte agli utenti di Internet che violano il diritto d'autore, garanzie che sembravano messe in discussione in taluni casi d'urgenza (veniva fatto salvo solo un generico "diritto a una procedura equa ed imparziale"). In pratica, si attribuiva la facoltà di bloccare l'accesso ad Internet ad uno specifico organo amministrativo – l'Autorità appositamente istituita – sulla semplice base di violazioni tecnicamente evidenti, ma senza il vaglio di un giudice.

Uno dei punti censurati dal *Conseil* riguardava, infatti, il cosiddetto meccanismo della "risposta graduata". Per porre un freno al massiccio fenomeno del *download* illegale di contenuti digitali protetti dal diritto d'autore, si prevedeva l'inasprimento di misure di controllo e l'introduzione di un innovativo procedimento sanzionatorio volto a colpire l'utente di Internet che, in seguito a specifici controlli, fosse sospettato di possibile attività illecita. In quest'ultimo caso, l'utente avrebbe potuto ricevere, direttamente dal fornitore di accesso alla rete, due messaggi di posta elettronica recanti la richiesta di interrompere le attività sospette. Nel caso di mancata osservanza di tale richiamo, l'*Hadopi* avrebbe potuto irrogare una speciale sanzione consistente

nella sospensione da due mesi ad un anno dell'accesso ad Internet.

Il *Conseil*, dopo aver esaminato la natura dell'accesso alla Rete, ha considerato il meccanismo sanzionatorio previsto valutandone il rispetto di principi fondamentali, quali la presunzione di innocenza, la separazione dei poteri, il diritto di difesa, il diritto ad un equo processo, il contraddittorio, nonché il necessario compromesso tra diritto d'autore e libertà di espressione e comunicazione.

Il primo aspetto critico riguarda il ruolo delle autorità amministrative: ci si domanda se queste siano autorità di controllo oppure veri e propri organi giurisdizionali. La questione, come è evidente, sottende un problema di *due process*: gli organi amministrativi possono imporre direttamente sanzioni, come l'interruzione del collegamento ad Internet, sulla base di violazioni tecnicamente evidenti ma senza il vaglio di un giudice? Nell'ordinamento costituzionale francese, così come in quello italiano, i diritti di libertà sono spesso tutelati da riserve di giurisdizione per ciò che riguarda l'applicazione dei limiti all'esercizio dei medesimi diritti. Pertanto le decisioni che concernono la limitazione delle libertà fondamentali sono tradizionalmente attribuite all'autorità giudiziaria e sottratte all'autorità amministrativa. La giurisprudenza costituzionale francese, inoltre, ha riconosciuto una riserva di giurisdizione anche per la tutela del diritto di proprietà (decisione n. 89-256 DC del 25 luglio 1989, Rec. p. 53) di cui il diritto d'autore rappresenta la "variante intangibile".

Gli ampi poteri sanzionatori e di controllo attribuiti all'universo eterogeneo delle autorità amministrative di nomina politica (e quindi comunque non indipendenti) hanno purtroppo la fatale propensione ad assommare poteri para-normativi e poteri para-giurisdizionali, delineando un modello organizzativo anomalo. Il problema diventa cruciale quando si conferisce ad un'autorità non giurisdizionale il potere di irrogare una sanzione con effetti diretti su una libertà costituzionalmente garantita, mentre la costituzione sancisce che l'unico soggetto in grado di limitarla sia un giudice. Appunto per questo, e nell'ambito del controllo di proporzionalità sulle misure che violano la libertà di espressione e comunicazione, il *Conseil* ha ritenuto che i poteri attribuiti all'*Hadopi* non potevano essere esercitati da un'autorità amministrativa (cfr. *Note sous décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009*, in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2009, 27, 105).

3. Il secondo tema rilevante della sentenza in commento riguarda il principio della presunzione di innocenza. La legge prevedeva una responsabilità oggettiva nei confronti del titolare del contratto di abbonamento, qualora fosse verificato un atto di pirateria proveniente dal suo indirizzo internet (*IP address*), salvo che l'abbonato fosse in grado di dimostrare che la violazione del diritto d'autore è dovuta alla frode di un terzo. Per la Corte è evidente come tale disposizione, operando un capovolgimento del carico della prova, istituisca, in palese contrasto con l'articolo 9 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1789, una presunzione di colpevolezza a carico del titolare dell'accesso ad Internet. Tale presunzione può condurre ad applicare "*sanctions privatives ou restrictives de droit*" (§ 18), senza alcuna prova a sostegno di una responsabilità personale (cfr. J. P. Feldman, *Conseil constitutionnel, la loi "Hadopi" et la présomption d'innocence*, in *La Semaine juridique*, 2009, (28), 27). Inoltre, la procedura d'identificazione del responsabile attraverso il solo indirizzo IP non può essere considerata uno strumento tecnicamente sicuro ed indenne da errori o eventi

esterni che possono mettere in discussione l'esatto abbinamento. Anche se risulta astrattamente possibile accertare l'indirizzo IP che identifica il *computer* mediante il quale è stato commesso l'illecito, sono molteplici le situazioni che di fatto possono impedire un'esatta identificazione del *soggetto* responsabile. Una per tutte è l'ipotesi in cui lo stesso *computer* collegato alla Rete venga utilizzato da più soggetti. Inoltre, merita notare come la Corte abbia considerato gli indirizzi IP alla stregua di dati personali richiedendo un trattamento adeguato alla loro natura (§ 27) (cfr. C. Simon, *Les ardesse IP sont des donne personnelles selon le Conseil constitutionnel*, in *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2009 (51), 114).

4. Un altro aspetto problematico sollevato dalla Corte si riferisce ad un presunto diritto di accesso ad Internet (cfr. P. Passaglia, *L'accesso ad Internet è un diritto (il Conseil constitutionnel francese dichiara l'incostituzionalità di parte della c.d. "legge anti file-sharing")*, in *Il Foro Italiano*, IV, 473.). Il ragionamento muove da un richiamo all'articolo 11 della Dichiarazione del 1789: "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 dell'abuso di questa libertà nei casi contemplati dalla legge". I giudici hanno convenuto che, allo stato attuale dei media, data la diffusione dei servizi di comunicazione al pubblico online, nonché la crescente importanza di tali strumenti per la partecipazione alla vita democratica e per l'espressione di idee e opinioni, il diritto alla comunicazione include anche la libertà di accedere a tali servizi (§ 12). Accedere alla Rete è quindi una delle manifestazioni di questa suprema libertà dell'individuo (cfr. M. Verpeaux, *La liberté de communication avant tout. La censure de la loi Hadopi 1 par le Conseil constitutionnel*, in *Semaine juridique*, 2009, (39), 50). Nel prevedere la disconnessione senza una previa pronuncia giurisdizionale, la legge si porrebbe quindi in conflitto con l'articolo 11 della Dichiarazione del 1789. Sebbene la Corte non abbia ritenuto che l'accesso ad Internet sia da considerarsi un diritto fondamentale in sé, la libertà di comunicazione – la quale beneficia di una "natura" particolare – merita sicuramente una protezione rinforzata soprattutto nel peculiare ambito della comunicazione attraverso Internet, perché suscettibile di riguardare veramente "ogni individuo" (cfr. M. Verpeaux, cit.). Il *Conseil*, applicando la propria giurisprudenza in materia di controllo di proporzionalità (inaugurata dalla decisione n° 2008-562 DC), stabilisce che la libertà di comunicazione, che comprende il diritto di accedere ai servizi di comunicazione al pubblico, riveste un'importanza particolare, e dunque le limitazioni imposte attraverso il potere sanzionatorio devono essere specificamente delimitate: "*en l'état, les atteintes à la liberté d'accéder à Internet s'analysent, au regard de la Constitution, comme des atteintes à la liberté garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789*" (così, *Note sous décision*, cit.). L'accesso a Internet è infatti diventato, per milioni di cittadini, parte integrante e condizione di esercizio di numerosi diritti e libertà di valore costituzionale; inibire l'accesso costituirebbe una sanzione sproporzionata nella misura in cui avrebbe un'incidenza grave e diretta sull'esercizio di tali diritti.

5. Il *Conseil* sottolinea altresì il conflitto tra due diritti fondamentali: la libertà di espressione, di cui Internet è un importante veicolo, e la proprietà, di cui il diritto d'autore rappresenta, come già detto, la variante intangibile. Di fronte a tale conflitto, il legislatore ha di certo un potere discrezionale: "Le

principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle, ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission" (cfr. § 14). Ma tale potere non è assoluto. Bensì deve essere esercitato in combinato con misure normative "*destinées à assurer la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis; qu'en particulier doivent être respectés le principe de la légalité des délits et des peines ainsi que les droits de la défense, principes applicables à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle*" (cfr. §14). Il Conseil ribadisce, infatti, che la libertà d'espressione e di comunicazione "*est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés*" (cfr. §15). Non è in discussione il potere di comminare sanzioni amministrative, bensì l'esigenza di conciliare la libertà d'espressione con il diritto di proprietà: il legislatore deve tener in conto che la libertà d'espressione e comunicazione è una preconditione della democrazia (cfr. decisione n. 84-181 DC), per cui le limitazioni al suo esercizio devono essere necessarie, opportune e proporzionate allo scopo perseguito (cfr. L. Boubekour, *De la "loi HADOPI" à la "loi HADOPI 2"*, in *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2009, (51), 109).

Le disposizioni impugnate autorizzano invece un'autorità amministrativa, e non un tribunale, a limitare o impedire l'accesso a Internet agli abbonati, con riferimento non ad una categoria particolare di persone, ma alla totalità della popolazione. È possibile così restringere l'esercizio del diritto di ogni persona ad esprimersi e a comunicare liberamente (in particolarmente dal suo domicilio). Considerata la natura della libertà garantita dall'articolo 11 della Dichiarazione del 1789, il legislatore non poteva, qualunque fossero le garanzie che delimitano l'applicazione delle sanzioni, affidare tali poteri ad un'autorità amministrativa al fine di proteggere i diritti dei titolari del diritto d'autore (cfr. Passaglia, cit.).

6. Per superare tali censure, il Governo francese ha predisposto un nuovo testo (c.d *Hadopi 2*) che, recependo i rilievi della Corte, delega il potere sanzionatorio all'autorità giudiziaria. A differenza della prima versione della legge, l'Autorità non potrà disconnettere un abbonato senza il preventivo intervento di un giudice. Il nuovo testo, infatti, prevede che, per infliggere la sanzione della sospensione dell'accesso a Internet e determinarne la durata, il giudice deve considerare le circostanze e la gravità dell'infrazione così come la personalità del suo autore e, in particolare, la sua condizione professionale o sociale, nonché la sua situazione socio-economica. La durata della pena irrogata deve contemperare la tutela dei diritti di proprietà intellettuale ed il rispetto del diritto di esprimersi e comunicare liberamente, specie se ciò avviene dal proprio domicilio (cfr. art. 9, Loi n. 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet).