

CONSIGLIO  
COSTITUZIONALE  
FRANCIA

10 GIUGNO 2009  
N. 2009-580

PRESIDENTE: DEBRÉ

Legge per la diffusione e la tutela della creatività su internet • Alta autorità per la diffusione delle opere e la tutela dei diritti su internet

• Ricorso di deputati per illegittimità costituzionale  
• Libertà di espressione e comunicazione e diritto di proprietà • Principi di separazione dei poteri e di legalità • Diritto di difesa e presunzione di innocenza  
• Violazione del diritto d'autore su internet  
• Potestà sanzionatorie dell'Alta autorità  
• Sospensione dell'accesso a internet • Procedimento sanzionatorio • Inversione dell'onere della prova e carenza della garanzia giurisdizionale di partecipazione al procedimento • Contrarietà a Costituzione.

*Devono essere dichiarate contrarie alla Costituzione, in quanto in contrasto con la libertà di comunicazione e di espressione e con i principi di separazione dei poteri e di legalità, nonché con il diritto di difesa e con la presunzione di innocenza, le disposizioni che nel perseguire la contraffazione a mezzo internet, a tutela del diritto d'autore e dei diritti connessi, conferiscono a un'autorità amministrativa indipendente la potestà di irrogare sanzioni amministrative, tra cui la sospensione dell'accesso a internet, ad esito di un procedimento nei confronti dell'utente abbonato, privo delle garanzie della difesa tipiche del procedimento giurisdizionale, sulla base di una presunzione di colpevolezza e della conseguente inversione dell'onere di provare l'estraneità alla violazione, e con la previsione meramente eventuale della partecipazione al procedimento dell'utente medesimo.*

# IL CONSIGLIO COSTITUZIONALE

Vista la Costituzione;

Vista l'ordinanza n. 58-1067 del 7 novembre 1958, e successive modificazioni, recante legge istitutiva del Consiglio Costituzionale;

Visto il Codice della proprietà intellettuale;

Visto il Codice delle Poste e delle Comunicazioni elettroniche;

Vista la legge n. 78-17 del 6 gennaio 1978, e successive modificazioni, relativa all'informatica, agli archivi e alle libertà, unitamente alla decisione n. 2004-499 DC del 29 luglio 2004;

Viste le osservazioni del Governo, acquisite il 29 maggio 2009;

Sentito il relatore;

1. Considerato che i deputati ricorrenti deferiscono al Consiglio Costituzionale la legge per la diffusione e la tutela della creatività su internet; che essi ne eccepiscono la procedura di approvazione e la legittimità costituzionale degli articoli 5, 10 e 11;

— Sulla procedura di approvazione

2. Considerato che, secondo i ricorrenti, il Governo non avrebbe fornito al Parlamento elementi informativi oggettivi tali da indurre un dibattito

tito chiaro e leale; pertanto, essi eccepiscono che la procedura di adozione della legge sarebbe conseguentemente irregolare;

3. Considerato che le Assemblee parlamentari hanno disposto, come dimostrano sia i resoconti delle Commissioni investite per il merito o in via consultiva sia i resoconti dei dibattiti, di elementi informativi sufficienti sulle disposizioni del progetto di legge in discussione; e che, conseguentemente, il proposto gravame è insussistente in punto di fatto;

— Sugli articoli 5 e 11

4. Considerato, da una parte, che l'articolo 5 della legge contestata crea al Capo I del Titolo III del Libro III della prima parte del Codice della proprietà intellettuale una sezione 3, comprendente gli articoli da L. 331-12 a L. 331-45, dedicata alla « Alta Autorità per la diffusione delle opere e la tutela dei diritti su internet »; che questa nuova autorità amministrativa indipendente è composta di un Consiglio e di una Commissione per la protezione dei diritti; che il Consiglio è in particolare incaricato di agevolare l'offerta legale di opere e oggetti cui sia riconducibile un diritto di autore o un diritto connesso; che la Commissione per la protezione dei diritti ha lo scopo di attuare i nuovi meccanismi di diffida e di sanzione amministrativa nei confronti dei titolari di accesso a internet inottemperanti all'obbligo di vigilanza su tale accesso;

5. Considerato, d'altra parte, che l'articolo 11 inserisce, nell'ambito del Capo IV del medesimo Titolo, gli articoli L-336-3 e L. 336-4; che esso definisce l'obbligo di vigilanza sull'accesso a internet e individua i casi nei quali il titolare dell'abbonamento a internet il cui accesso sia stato utilizzato a fini lesivi dei diritti di proprietà intellettuale è esentato da ogni sanzione;

— Per quanto si riferisce all'obbligo di vigilanza dell'accesso a internet:

6. Considerato che in base al primo comma dell'articolo L-336-3 del Codice della proprietà intellettuale: « Il soggetto titolare dell'accesso a servizi lineari di comunicazione al pubblico è obbligato a vigilare affinché tale accesso non costituisca oggetto di utilizzazione a fini di riproduzione, rappresentazione, messa a disposizione o di comunicazione al pubblico di opere o oggetti tutelati da un diritto di autore o da un diritto connesso senza autorizzazione dei titolari dei diritti previsti nei Libri I e II ove richiesta »;

7. Considerato che, contrariamente a quanto sostenuto dai ricorrenti, la definizione di tale obbligazione è distinta da quella del reato di contraffazione; che essa è formulata in termini sufficientemente chiari e precisi; che, pertanto, nella sua redazione il legislatore non ha contravvenuto alla competenza di cui all'articolo 34 della Costituzione né all'obiettivo di valore costituzionale di intelligibilità e di accessibilità della legge;

— Per quanto si riferisce alla sanzione delle infrazioni all'obbligo di vigilanza:

8. Considerato, da una parte, che in base ai commi da 2 a 6 del medesimo articolo L.336-3: « Non potrà essere irrogata alcuna sanzione al titolare di accesso nei seguenti casi:

1. Se il titolare di accesso ha adottato uno dei sistemi di sicurezza presenti nella lista indicata al secondo comma dell'articolo L. 331.32;

2. Se la lesione dei diritti indicati al primo comma del presente articolo è commessa da una persona che ha fraudolentemente utilizzato l'accesso al servizio lineare di comunicazione al pubblico;

3. In caso di forza maggiore.

L'infrazione della persona titolare dell'accesso all'obbligo di cui al primo comma non comporta la responsabilità penale dell'interessato ».

9. Considerato, d'altra parte, che in base all'articolo L. 331-27: « Qualora sia accertato che l'abbonato è venuto meno all'obbligo definito all'articolo L. 336-3 nel corso dell'anno successivo alla notifica di una raccomandazione da parte della Commissione per la protezione dei diritti effettuata con avviso di ricevimento o con qualsiasi altro mezzo idoneo ad attestare la data di invio e di ricezione della raccomandazione da parte dell'abbonato, la Commissione può, ad esito di una procedura in contraddittorio, irrogare, in base alla gravità dell'infrazione e dell'utilizzazione dell'accesso, una delle sanzioni seguenti:

1. la sospensione dell'accesso al servizio per una durata da due mesi a un anno unitamente alla interdizione, per l'abbonato, di sottoscrivere nello stesso periodo presso qualsiasi operatore un altro contratto per l'accesso a un servizio lineare di comunicazione al pubblico;

2. Una ingiunzione ad assumere, entro un termine dalla stessa determinato, misure finalizzate a impedire la reiterazione dell'infrazione accertata, in particolare un sistema di sicurezza presente nella lista indicata al secondo comma dell'articolo L.331-32, e di darne notizia all'Alta Autorità eventualmente con previsione di sanzione pecuniaria ».

10. Considerato che in applicazione dell'articolo L. 331.28, la Commissione per la protezione dei diritti dell'Alta Autorità può, prima di avviare un procedimento sanzionatorio, proporre all'abbonato una transazione che preveda sia la sospensione dell'accesso a internet per un periodo da uno a tre mesi, sia l'obbligo di adottare misure atte a prevenire la reiterazione dell'infrazione; che l'articolo L. 331-29 attribuisce alla Commissione la competenza di irrogare le sanzioni previste dall'articolo L. 331-27 in caso di inadempimento della transazione; che l'articolo L. 331-30 specifica le conseguenze contrattuali della sospensione dell'accesso al servizio; che l'articolo L. 331-31 pone le condizioni alle quali il fornitore di accesso è tenuto ad attuare la misura della sospensione; che l'articolo L. 331-32 determina le modalità in base alle quali è definita la lista dei sistemi di sicurezza la cui adozione esenta il titolare dell'accesso da ogni sanzione; che gli articoli L. 331-33 e L. 331-34 istituiscono un registro nazionale dei soggetti sanzionati con la sospensione; infine, che l'articolo L. 331-36 permette alla Commissione per la tutela dei diritti di conservare, al massimo fino alla intera esecuzione della sospensione dell'accesso, i dati tecnici che le sono stati forniti;

11. Considerato che, secondo i ricorrenti, nell'attribuire a una autorità amministrativa, pur se indipendente, potestà sanzionatorie consistenti nella sospensione dell'accesso a internet, il legislatore avrebbe da una parte negato il carattere di diritto fondamentale alla libertà di espressione e di comunicazione e, d'altra parte, introdotto sanzioni manifestamente sproporzionate; che gli stessi fanno rilevare, inoltre, che le condizioni di tali potestà sanzionatorie introdurrebbero una presunzione di colpevolezza e comporterebbero una specifica lesione dei diritti di difesa;

12. Considerato che in base all'articolo 11 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789: « La libera comunicazione dei pensieri e delle opinioni è uno dei diritti più preziosi dell'uomo: ogni cittadino pertanto può parlare, scrivere, stampare liberamente, salvo rispondere dell'abuso di tale libertà nei casi stabiliti dalla legge »; che allo stato attuale dei mezzi di comunicazione e avuto riguardo allo sviluppo generalizzato dei servizi lineari di comunicazione al pubblico nonché all'importanza assunta da tali servizi nella partecipazione alla vita democratica e nell'espressione delle idee e delle opinioni, tale diritto presuppone la libertà di accedere a tali servizi;

13. Considerato che la proprietà è compresa nell'ambito dei diritti dell'uomo riconosciuti dagli articoli 2 e 17 della Dichiarazione del 1789; che le finalità e le condizioni di esercizio del diritto di proprietà hanno subito dal 1789 una evoluzione caratterizzata da una espansione dell'ambito di applicazione a settori nuovi; che, fra questi ultimi, è compreso il diritto, per i titolari del diritto d'autore e dei diritti connessi, di fruire dei loro diritti di proprietà intellettuale e di tutelarli nel quadro definito dalla legge e dagli impegni internazionali della Francia; che la lotta alle pratiche di contraffazione effettuate su internet risponde all'obiettivo di salvaguardia della proprietà intellettuale;

14. Considerato che il principio di separazione dei poteri, come ogni altro principio o regola di valore costituzionale, non costituisce ostacolo a che un'autorità amministrativa, nel quadro delle prerogative di pubblico potere, possa esercitare una potestà sanzionatoria nella misura necessaria all'adempimento della sua funzione in quanto l'esercizio di tale potestà sia accompagnato dalla legge a misure intese alla tutela dei diritti e delle libertà costituzionalmente garantiti; che, in particolare, devono essere rispettati il principio di legalità dei reati e delle pene come i diritti della difesa, principi applicabili a ogni sanzione avente carattere afflittivo, anche nel caso in cui il legislatore abbia conferito il potere di irrogazione a una autorità non giurisdizionale;

15. Considerato che in base all'articolo 34 della Costituzione: « La legge pone le regole riguardanti... i diritti civili e le garanzie fondamentali attribuite ai cittadini per l'esercizio delle libertà pubbliche »; che, su tale base, al legislatore è permesso emanare regole intese a conciliare il perseguimento dell'obiettivo della lotta alla contraffazione su internet con l'esercizio del diritto di libera comunicazione e della libertà di parlare, scrivere e stampare; che, tuttavia, la libertà di espressione e di comunicazione è tanto preziosa quanto il suo esercizio costituisce condizione della democrazia e garanzia del rispetto degli altri diritti e delle altre libertà; che le limitazioni all'esercizio di tale libertà devono essere necessarie, idonee e proporzionate all'obiettivo perseguito;

16. Considerato che le potestà sanzionatorie introdotte dalle eccepite disposizioni abilitano la Commissione per la protezione dei diritti, che non appartiene all'ordine giurisdizionale, a limitare o impedire l'accesso a internet ai titolari di abbonamento e alle persone da questi titolati a fruirne; che la competenza attribuita a tale autorità amministrativa non è limitata a una categoria specifica di persone ma si estende alla totalità della popolazione; che i suoi poteri possono giungere a limitare l'esercizio del di-

ritto di ogni persona a esprimersi e comunicare liberamente, in particolare dal suo domicilio; che a tali condizioni, avuto riguardo alla natura della libertà garantita dall'articolo 11 della Dichiarazione del 1789, il legislatore non avrebbe potuto, quali che siano le garanzie poste alla irrogazione delle sanzioni, conferire simili potestà a una autorità amministrativa allo scopo di tutelare i diritti dei titolari del diritto di autore e dei diritti connessi;

17. Considerato, inoltre, che in base all'articolo 9 della Dichiarazione del 1789, ogni uomo si presume innocente finché non sia stato dichiarato colpevole; che ne consegue che in linea di principio al legislatore non sarebbe consentito introdurre una presunzione di colpevolezza in materia sanzionatoria; che, tuttavia, a titolo eccezionale, simili presunzioni possono essere introdotte, in particolare nell'ambito delle contravvenzioni, a condizione che le stesse non abbiano carattere di inoppugnabilità, che sia assicurato il rispetto dei diritti di difesa e che dai fatti sia ragionevole e verosimigliante indurre l'imputabilità;

18. Considerato, nel caso di specie, che risulta dalle gravate disposizioni che la commissione di un atto di contraffazione dall'indirizzo internet dell'abbonato integra, a termini del secondo comma dell'articolo L. 331-21, «la fattispecie materiale delle violazioni dell'obbligo di cui all'articolo L. 336-3»; che soltanto il titolare del contratto di abbonamento per l'accesso a internet può essere destinatario delle sanzioni introdotte dal gravato dispositivo; che, per andare esente da tali sanzioni, egli ha l'onere — in base all'articolo L. 331-38 — di fornire elementi tali da dimostrare che la lesione al diritto d'autore o ai diritti connessi consegue alla frode di un terzo; che in tal modo, operando un'inversione dell'onere della prova, l'articolo L. 331-38 introduce, disconoscendo le istanze di cui all'articolo 9 della Dichiarazione del 1789, una presunzione di colpevolezza in capo al titolare dell'accesso a internet, potenzialmente produttiva nei suoi confronti di sanzioni privative o limitative del diritto;

19. Considerato che da quanto precede, senza necessità di esaminare le ulteriori eccezioni, consegue che devono essere dichiarati contrari alla Costituzione, all'articolo 11 della legge impugnata, i commi da due a cinque dell'articolo L. 336-3 e, all'articolo 5, gli articoli da L. 331-27 a L. 331-31, L. 331-33 e L. 331-34; e analogamente quanto, al secondo comma dell'articolo L. 331-21, alle parole «e accertano la fattispecie materiale delle violazioni dell'obbligo di cui all'articolo L. 336-3», all'ultimo comma dell'articolo L. 331-26, oltre che delle parole «per essere considerati, dal suo punto di vista, come validamente esimenti della sua responsabilità il titolare dell'accesso in base all'articolo L. 336-3» contenute nel primo comma dell'articolo L. 331-32, e delle parole «la cui adozione esenta validamente il titolare dell'accesso dalla responsabilità di cui all'articolo L. 336-3» contenute al secondo comma del medesimo articolo;

20. Considerato che devono parimenti essere dichiarate contrarie alla Costituzione, in quanto non separabili, all'articolo 5 le parole «e ammonendolo sulle sanzioni previste in caso di reiterazione della presunta infrazione» contenute al primo comma dell'articolo L. 331-26, le parole «oltre che dei possibili mezzi di gravame in applicazione degli articoli da L. 331-26 a L. 331-31 e L. 331-33» contenute all'articolo L. 331-35, le parole «e, al massimo, fino alla intera esecuzione della sospensione del-

l'accesso prevista da tali disposizioni » contenute al primo comma dell'articolo L. 331-36 e il secondo comma di tale articolo, le parole « nonché del registro nazionale di cui all'articolo L. 331-33, che consente in particolare ai soggetti la cui attività consiste nell'offerta di servizi lineari di comunicazione di disporre, mediante semplice interrogazione, delle informazioni strettamente necessarie per procedere alla verifica prevista dal medesimo articolo » contenute all'articolo L. 331-37, nonché il secondo comma dell'articolo L. 331-38; analogamente, quanto all'articolo 16, delle parole « di infrazione all'obbligo di cui all'articolo L. 336-3 del Codice della proprietà intellettuale e », nonché dei punti I e V dell'articolo 19;

— Per quanto si riferisce al diritto al rispetto della vita privata:

21. Considerato che, secondo i ricorrenti, la gravata legge effettua una conciliazione manifestamente squilibrata tra la tutela dei diritti d'autore e il diritto al rispetto della vita privata; che l'obiettivo perseguito dal legislatore richiederebbe l'adozione di misure di sorveglianza dei cittadini e l'introduzione di un « controllo generalizzato delle comunicazioni elettroniche » incompatibili con l'esigenza costituzionale del diritto al rispetto della vita privata; che i ricorrenti eccepiscono che i poteri attribuiti agli agenti privati, autorizzati a raccogliere gli indirizzi degli abbonati sospetti di aver condiviso il *file* di un'opera tutelata, non sono accompagnati da garanzie sufficienti;

22. Considerato, in primo luogo, che in base all'articolo 2 della Dichiarazione del 1789 « Il fine di ogni associazione politica è la conservazione dei diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo. Tali diritti sono la libertà, la proprietà, la sicurezza e la resistenza all'oppressione »; e che la libertà proclamata da tale articolo presuppone il rispetto della vita privata;

23. Considerato, in secondo luogo, che spetta al legislatore, in base all'articolo 34 della Costituzione, fissare le regole concernenti le tutele fondamentali riconosciute ai cittadini per l'esercizio delle libertà pubbliche; che è sua competenza garantire la conciliazione fra il rispetto della vita privata e altre esigenze costituzionali, come la tutela del diritto di proprietà;

24. Considerato che in base all'articolo L. 331-24 del Codice della proprietà intellettuale, la Commissione per la protezione dei diritti procede su istanza di agenti giurati e autorizzati alle condizioni definite dall'articolo L. 331-2 del medesimo Codice; che tali agenti sono designati dagli organismi di difesa professionale regolarmente costituiti, dalle società di riscossione e ripartizione dei diritti o dal Centro nazionale della cinematografia;

25. Considerato che in base all'articolo 9 della legge del 6 gennaio 1978 sopra citata: « I trattamenti di dati a carattere personale relativi a infrazioni, condanne e misure di sicurezza possono essere effettuati esclusivamente da: ... 4. Le persone giuridiche indicate agli articoli L. 321-1 e L. 331-1 del Codice della proprietà intellettuale, agenti nell'interesse dei diritti di cui hanno la gestione o per conto di soggetti passivi di lesioni ai diritti previsti ai Libri I, II e III del medesimo Codice, al fine di assicurare la difesa di tali diritti »; che tali persone fisiche sono le società di riscossione e di ripartizione dei diritti e gli organismi di difesa professionale regolarmente costituiti;

26. Considerato che per effetto del combinato disposto dell'articolo L. 34-1 del Codice delle Poste e delle Comunicazioni elettroniche, come modificato dall'articolo 14 della gravata legge, del terzo e del quinto comma dell'articolo L. 331-21 del Codice della proprietà intellettuale e dell'articolo L. 331-24 dello stesso Codice, sono modificate le finalità per le quali tali soggetti possono effettuare trattamenti aventi a oggetto dati relativi a infrazioni; che tali disposizioni permettono effettivamente che, in ultima analisi, i dati in tal modo raccolti acquisiscano carattere nominativo anche nel quadro della procedura avviata innanzi alla Commissione per la protezione dei diritti;

27. Considerato che la lotta alla contraffazione su internet risponde all'obiettivo di protezione della proprietà intellettuale e della creatività culturale; che, tuttavia, l'autorizzazione conferita a soggetti privati a raccogliere dati che indirettamente consentano di identificare i titolari dell'accesso a servizi lineari di comunicazione al pubblico comporta l'effettuazione, da parte di tali soggetti privati, di un trattamento di dati personali relativi a infrazioni; e che una simile autorizzazione si giustificerebbe con l'esclusiva finalità di permettere ai titolari del diritto d'autore e dei diritti connessi di coltivare i ricorsi giurisdizionali spettanti a ogni persona fisica e morale per il caso di violazioni dalla stessa subite, diversamente integrandosi una sproporzionata limitazione al diritto al rispetto della vita privata;

28. Considerato che per effetto dei rilievi di cui ai Considerando nn. 19 e 20, la Commissione per la protezione dei diritti non può adottare le sanzioni introdotte dalla legge impugnata; che alla stessa è attribuito esclusivamente un ruolo preliminare a una procedura giudiziaria; che il suo intervento è giustificato dall'elevato numero di contraffazioni commesse mediante internet e dall'utilità, nell'interesse della buona amministrazione della giustizia, di limitare il numero di infrazioni oggetto di ricorso all'autorità giudiziaria; che ne consegue che i trattamenti di dati personali effettuati dalle società e dagli organismi sopra menzionati nonché la trasmissione di tali dati alla Commissione per la protezione dei diritti per l'esercizio delle sue funzioni sono parte di un processo di ricorso alle competenti istanze giurisdizionali;

29. Considerato che tali trattamenti dovranno essere assoggettati ai requisiti previsti dalla legge del 6 gennaio 1978 sopra citata; che i dati potranno essere trasmessi esclusivamente a tale autorità amministrativa e alle autorità giudiziarie; che spetterà alla Commissione nazionale dell'informatica e delle libertà, interessata per autorizzare tali trattamenti, garantire che le modalità di effettuazione, con specifico riferimento alle condizioni di conservazione dei dati, siano strettamente proporzionate a tale finalità;

30. Considerato, inoltre, che, contrariamente a quanto sostengono i ricorrenti, gli agenti giurati di cui all'articolo L. 331-24 del Codice della proprietà intellettuale non sono investiti del potere di sorvegliare o intercettare gli scambi o le corrispondenze private;

31. Considerato che consegue a quanto sopra che, su riserva di quanto enunciato nel Considerato n. 29, l'effettuazione di tali trattamenti di dati personali non contravvengono alle menzionate istanze costituzionali;



Per quanto si riferisce al rinvio a decreti in Consiglio di Stato:

32. Considerato che, secondo i ricorrenti, il rinvio a un decreto per la specificazione delle condizioni alle quali l'Alta Autorità potrà conferire una certificazione che consenta « di identificare chiaramente il carattere legale » delle offerte di servizi lineari di comunicazione, l'articolo L. 331-23 del Codice della proprietà intellettuale riserverebbe alla Alta Autorità il potere di determinare discrezionalmente le offerte aventi, a suo avviso, carattere legale; che i ricorrenti soggiungono che l'articolo L. 331-32 non avrebbe potuto rinviare al decreto la definizione della procedura di valutazione e certificazione dei sistemi di sicurezza dell'accesso a internet; che, con tali previsioni, il legislatore non avrebbe esercitato la competenza che gli deriva dall'articolo 34 della Costituzione in materia di garanzie fondamentali riconosciute ai cittadini nell'esercizio delle libertà pubbliche;

33. Considerato che, se l'articolo 34 della Costituzione dispone che « la legge fissa le regole concernenti... le garanzie fondamentali riconosciute ai cittadini per l'esercizio delle libertà pubbliche », l'attuazione delle garanzie determinate dal legislatore compete al potere esecutivo; che le disposizioni dell'articolo 21 della Costituzione, che affidano al Primo ministro il compito di assicurare l'esecuzione delle leggi e, su riserva di quanto disposto all'articolo 13, di esercitare il potere regolamentare, non impediscono che il legislatore attribuisca a una autorità pubblica diversa dal Primo ministro il compito di stabilire le norme intese all'attuazione dei principi posti dalla legge, a condizione che tale conferimento riguardi esclusivamente misure limitate sia nell'ambito di applicazione che nel contenuto; che una simile attribuzione di competenza non ha l'effetto di dispensare l'autorità regolatrice dal rispetto delle istanze costituzionali;

34. Considerato che la certificazione del « carattere legale » delle offerte di servizi lineari di comunicazione al pubblico ha il solo scopo di favorire l'identificazione, da parte del pubblico, delle offerte di servizio che rispettino i diritti di proprietà intellettuale; che risulta dal secondo comma dell'articolo L. 331-23 che, investita di una richiesta di certificazione, l'Alta Autorità sarà obbligata a rispondere in senso favorevole nel caso in cui rilevi che i servizi proposti da tale offerta non pregiudicano diritti d'autore e diritti connessi; che il rinvio al decreto per definire le condizioni di rilascio di tale certificazione ha per oggetto esclusivamente la determinazione delle modalità in base alle quali le richieste di certificazione saranno ricevute e istruite dall'Alta Autorità; che tali disposizioni non attribuiscono alla stessa alcun potere arbitrario;

35. Considerato che, nella formulazione risultante dai rilievi contenuti ai Considerando nn. 19 e 20, l'articolo L. 331-32 ha il solo scopo di favorire l'utilizzazione di sistemi di sicurezza la cui adozione consenta di garantire la sorveglianza di un accesso a internet conforme alle prescrizioni dell'articolo L. 336-3; che spetta al potere regolamentare di definire le condizioni alle quali sarà rilasciata tale certificazione; che ne consegue che le disposizioni degli articoli 5 e 11 della legge impugnata, diverse da quelle dichiarate contrarie alla Costituzione, non sono affette da incompetenza negativa;



— Sull'articolo 10

36. Considerato che l'articolo 10 della legge fornisce una nuova formulazione dell'articolo L. 336-2 del Codice della proprietà intellettuale; che in base a tale articolo « In presenza di una lesione a un diritto d'autore o a un diritto connesso prodotta dal contenuto di un servizio lineare di comunicazione al pubblico, il Tribunale di Grande Istanza, eventualmente con procedura d'urgenza, può ordinare su istanza del titolare dei diritti sulle opere e sugli oggetti tutelati, o dei loro aventi causa, delle società di riscossione e di ripartizione dei diritti indicate all'articolo L. 321-1 o degli organismi di tutela professionale di cui all'articolo L. 331-1, ogni misura intesa a prevenire o a far cessare tale lesione a un diritto d'autore o a un diritto connesso, nei confronti di ogni soggetto in grado di contribuire a porvi rimedio »;

37. Considerato che, secondo i ricorrenti, la possibilità « di bloccare, con misure e ingiunzioni, il funzionamento delle infrastrutture di telecomunicazioni... potrebbe privare molti utenti di internet del diritto di ricevere informazioni e idee »; che inoltre il carattere di estrema estensione e incertezza di tale disposizione potrebbe indurre i soggetti potenzialmente indicati all'articolo 10 a limitare, a titolo preventivo, l'accesso a internet;

38. Considerato che con il riconoscimento ai titolari del diritto d'autore o di diritti connessi, oltre che ai soggetti abilitati a rappresentarli per la tutela di tali diritti, del diritto di richiedere alla Corte d'Appello di ordinare, ad esito di una procedura in contraddittorio, le misure atte a prevenire o far cessare una lesione ai loro diritti, il legislatore non ha negato la libertà di espressione e di comunicazione; che competerà al giudice adito pronunciare, nel rispetto di tale libertà, soltanto le misure strettamente necessarie a preservare i diritti in causa; che, con tale riserva, l'articolo 10 non è contrario alla Costituzione;

39. Considerato che per il Consiglio Costituzionale non sussistono gli estremi per sollevare d'ufficio alcuna questione di legittimità costituzionale;

#### DECIDE

Articolo 1. — Sono dichiarate contrarie alla Costituzione le seguenti disposizioni del Codice della proprietà intellettuale, nel testo risultante dagli articoli 5 e 11 della legge per la diffusione e la tutela della creatività su internet:

- al secondo comma dell'articolo L. 331-21, le parole: « e accertano la fattispecie materiale delle violazioni dell'obbligo di cui all'articolo L. 336-3 »;
- al primo comma dell'articolo L. 331-26, le parole: « e ammonendolo sulle sanzioni previste in caso di reiterazione della presunta infrazione »;
- l'ultimo comma dell'articolo L. 331-26;
- gli articoli da L. 331-27 a L. 331-31;
- al primo comma dell'articolo L. 331-32, le parole: « per essere considerati, dal suo punto di vista, come validamente esimenti della sua responsabilità il titolare dell'accesso in base all'articolo L. 336-3 »;
- al secondo comma del medesimo articolo, le parole: « la cui adozione esenta validamente il titolare dell'accesso dalla responsabilità di cui all'articolo L. 336-3 »;

- gli articoli L. 331-33 e L. 331-34 ;
  - all'articolo L. 331-35, le parole: « nonché dei possibili mezzi di grave in base agli articoli da L. 331-26 a L. 331-31 e L. 331-33 »;
  - all'articolo L. 331-36, le parole: « e, al massimo, fino alla intera esecuzione della sospensione dell'accesso prevista da tali disposizioni » contenute al primo e al secondo comma;
  - al secondo comma dell'articolo L. 331-37, le parole: « nonché del registro nazionale di cui all'articolo L. 331-33, che consente in particolare ai soggetti la cui attività consiste nell'offerta di servizi lineari di comunicazione di disporre, mediante semplice interrogazione, delle informazioni strettamente necessarie per procedere alla verifica prevista dal medesimo articolo »;
  - il secondo comma dell'articolo L. 331-38;
  - dal secondo al quinto comma dell'articolo L. 336-3.
- Analogamente quanto alle parole: « di infrazione all'obbligo di cui all'articolo L. 336-3 del Codice della proprietà intellettuale e » contenute all'articolo 16 della medesima legge, nonché dei punti I e V dell'articolo 19.
- Articolo 2. — Al primo comma dell'articolo L. 331-17 del medesimo Codice, nel testo modificato dall'articolo 5 della medesima legge, le parole: « agli articoli da L. 331-26 a L. 331-31 e all'articolo L. 331-33 » sono sostituite dalle parole: « all'articolo L. 331-26 ».
- Articolo 3. — Con riserva di quanto precisato nei Considerato nn. 29 e 38, l'articolo 10 della medesima legge, nonché le restanti parti degli articoli 5, 11, 16 e 19, non sono contrari alla Costituzione.
- Articolo 4. — La presente decisione sarà pubblicata nel Giornale Ufficiale della Repubblica Francese.

**INTERNET FRA DIRITTO  
D'AUTORE E LIBERTÀ DI  
COMUNICAZIONE: IL  
MODELLO FRANCESE**

**N**el rapporto fra diritto d'autore e libertà di comunicazione, in perenne divenire e in dialettica accesa nell'era di internet e della fruizione gratuita di contenuti mediante connessione *peer to peer*, è ben possibile parlare di un « modello francese », tanto dopo l'approvazione della c.d. « Loi

Hadopi », ossia la legge per la diffusione e la tutela della creatività su Internet (letteralmente, *loi favorisant la diffusion e la protection de la création sur Internet*), quanto vieppiù in conseguenza della decisione del *Conseil Constitutionnel* che ne ha decretato l'incostituzionalità dell'impianto sanzionatorio, imponendo l'adozione di un presidio penale di competenza del giudice.

**1. LA LOI HADOPI IN SINTESI.**

Merita dunque, a illustrazione di tale decisione, accennare al testo che ne è stato inciso, e alle varie considerazioni che le scelte da esso operate ha suscitato.

Secondo le intenzioni del promotore, Denis Olivennes, il progetto di legge in questione, frutto di una concertazione con le categorie interessate

esplicitato attraverso gli « accordi dell'Eliseo » del 23 novembre 2007 tra le istituzioni pubbliche e circa cinquanta rappresentanti dei settori della musica, del cinema, dell'audiovisivo e degli *internet provider*, era caratterizzato dallo scopo esclusivo di favorire lo sviluppo e la tutela delle opere e dei programmi culturali sulle reti di comunicazione elettronica.

Il testo prosegue sulla linea della regolazione delle reti digitali avviato nel 2006 dalla legge c.d. *DADVSI* (*droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information*: diritto d'autore e diritti connessi nella società dell'informazione).

Tale provvedimento normativo, derubricando a mera contravvenzione il reato di messa a disposizione del pubblico di opere tutelate senza il consenso degli aventi diritto (contraffazione), ha introdotto il principio della c.d. *réponse graduée*, o risposta graduata, ossia l'introduzione di sanzioni al *peer to peer* che tale legge di fatto rinviava a un testo regolamentare.

La previsione, tuttavia, fu censurata dal Conseil Constitutionnel per violazione del principio di eguaglianza, « considerando che di fronte al pregiudizio arrecato al diritto d'autore o ai diritti connessi i soggetti che effettuano a fini personali la riproduzione non autorizzata o la comunicazione al pubblico di beni protetti in base a tali diritti si trovano nella medesima situazione sia che utilizzino un software di scambio *peer to peer*, sia che utilizzino altri servizi di comunicazione al pubblico in linea »<sup>1</sup>.

Per tale motivo, il Governo francese ha conferito al presidente della FNAC l'incarico di proporre una nuova modalità della *réponse graduée* che fosse conforme ai rilievi mossi dal giudice costituzionale.

L'incarico ha prodotto un rapporto, sostenuto dall'accordo sottoscritto nel novembre 2007 da quarantasei fra organizzazioni e imprese rappresentative del settore culturale, incentrato sulla proposta di istituire una autorità amministrativa con la funzione di gestire un sistema basato su una diffida, sulla successiva sanzione amministrativa finalizzata alla prevenzione e solo in caso di recidive multiple alla sanzione del c.d. « *téléchargement illégal* » (letteralmente scaricamento illegale).

L'accordo fu criticato anche da alcuni dei soggetti sottoscrittori in ordine alle modalità con le quali è stato reso disponibile il testo e relativamente alla posizione del soggetto incaricato, tacciato di scarsa imparzialità e neutralità in relazione alla sua pregressa funzione di direttore della società avente un ruolo di primo piano in materia di diritto d'autore.

La nuova legge crea dunque una autorità amministrativa indipendente, la *Haute autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur Internet* (in acronimo *HADOPI*, da cui il nome della legge), che sostituisce l'*Autorité de régulation des mesures techniques (ARMT)* creata dalla legge DAVDSI, di cui riprende la funzione regolatoria nell'ambito delle misure tecniche di tutela e di identificazione delle opere, cui si aggiungono ulteriori poteri relativamente all'offerta legale e alla utilizzazione illecita delle opere e dei beni cui sia annesso un diritto d'autore o un diritto connesso.

---

<sup>1</sup> Conseil Constitutionnel, Décision n. 2006-540 DC del 27 luglio 2006, traduzione dell'Autore.

In particolare, all'interno dell'Alta autorità viene istituita una *Commission de protection des droits*, munita di particolari poteri sanzionatori del difetto da parte dell'abbonato a un servizio di connettività Internet di vigilanza sul proprio accesso al fine di prevenire l'uso dello stesso da parte di un terzo per la diffusione al pubblico di un'opera senza il consenso dell'avente diritto. Tale fattispecie, come anticipato, era già prevista dalla legge del 2006, ma priva di sanzioni in quanto rinviava per tale aspetto a un successivo testo regolamentare.

Con la Loi Hadopi, invece, vengono introdotti due tipi di sanzioni, una di tipo tradizionale, afflittiva, costituita dalla sospensione dell'accesso a internet per un periodo da tre mesi a un anno, ed una impositiva, costituita dall'ingiunzione all'adozione di misure preventive, come l'installazione di un programma di sicurezza dell'accesso. Per l'irrogazione della sanzione il testo prevede una procedura in contraddittorio secondo il sistema definito della c.d. «*réponse graduée*», risposta graduata, costituita da un primo richiamo informale, inoltrato via *mail*, al rispetto della legge, seguito da una notifica di formale contestazione, fino alla interruzione della connessione a internet.

La legge consente anche la possibilità di una transazione sia sulla sospensione dell'accesso, sia sulle misure preventive da adottarsi: la conclusione della transazione preclude il ricorso giurisdizionale avverso la sanzione.

In tal modo, l'autorità amministrativa diventava l'intermediario tra l'avente diritto, che ha l'onere di fornire gli indirizzi IP degli abbonati sospettati di non aver osservato l'obbligo di vigilanza, e il fornitore di accesso a internet, incaricato di identificare gli abbonati e di procedere al termine della procedura alla interruzione dell'accesso a internet.

## 2. RILIEVI CRITICI SULLA LEGGE: LA CNIL.

Il testo, prima dell'approvazione, è stato sottoposto a una serie di esami consultivi: tra questi, merita particolare attenzione il parere della *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés* (CNIL), che in linea generale e preliminarmente ha osservato che se lo scopo dichiarato dell'intervento normativo è quello di preservare gli introiti dell'industria del tempo libero, non risultano disponibili studi che dimostrino in misura netta che le perdite di tale industria, che peraltro è in pieno processo di digitalizzazione, sono riconducibili alla condivisione *peer to peer* dei *database*.

Inoltre, nello specifico del sistema sanzionatorio la *Commission* fa rimarcare che l'interruzione della connettività Internet comporta anche in molti casi l'interruzione del servizio di fonia e di televisione, mentre la sorveglianza sugli impiegati imposta dalla legge al datore di lavoro comporta un rischio di sorveglianza individualizzata contrastante con la garanzia della riservatezza, e l'aspetto dal potenziale conflitto con la *privacy* viene evidenziato in relazione ai poteri dell'Autorità in materia di accesso ai dati personali, in quanto la CNIL rileva che tale accesso è previsto al di fuori di una procedura giudiziaria, il che ha già costituito oggetto di censura in una precedente decisione del *Conseil Constitutionnel*, e inoltre l'accesso a dati di traffico personale potrebbe configurare violazione della *privacy*.

Ancora in tema di rispetto della vita privata, la legge non definisce chiaramente il limite tra vigilanza su Internet e tutela della riservatezza, mentre in materia di potestà sanzionatoria la CNIL evidenzia una potenziale arbitrarietà di tale potestà in quanto la connettività poteva essere interrotta senza invio di notifiche. In sintesi, la CNIL rimarca che il testo di legge non offre le garanzie necessarie per assicurare un giusto equilibrio fra il rispetto della vita privata e il rispetto del diritto d'autore: e tali aspetti, infatti, vengono ripresi dalla decisione del Consiglio costituzionale del 19 maggio 2009.

### 3. IL DIBATTITO: ASPETTI GIURIDICI E PROBLEMATICHE TECNICHE.

Va poi dato conto di alcune posizioni assunte in sede europea sui punti toccati dalla legge francese: in primo luogo, va ricordata una risoluzione del Parlamento europeo del 10 aprile 2008, che impegna gli Stati membri a « *riconoscere che internet è una vasta piattaforma per l'espressione culturale, l'accesso alla conoscenza e la partecipazione democratica alla creatività europea, che crea dei ponti tra generazioni nella società dell'informazione, e, conseguentemente, a evitare l'adozione di misure contrarie ai diritti dell'uomo, ai diritti civili e ai principi di proporzionalità, di efficacia e di dissuasione, come l'interruzione dell'accesso a internet* ».

Va inoltre ricordato nell'ambito del c.d. « pacchetto telecom » di direttive sui servizi di comunicazione elettronica il cosiddetto emendamento n. 138, che recita « *in applicazione del principio in base al quale nessuna limitazione può essere posta ai diritti e alle libertà fondamentali degli utilizzatori finali di internet senza una previa decisione delle autorità giudiziarie, in particolare in conformità all'articolo 11 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea concernenti la libertà di espressione e di informazione, ad eccezione dei casi di pericolo per la pubblica sicurezza, nel qual caso la decisione può intervenire successivamente* » interpretabile secondo i suoi proponenti nel senso che l'interruzione della connettività internet non possa essere irrogata da un'autorità amministrativa, ma richieda il ricorso a un giudice, ossia a una procedura in contraddittorio<sup>2</sup>.

Nel dibattito che si è sviluppato rispetto alla nuova legge, si è evidenziato che essa rende responsabili i soggetti che mettano a disposizione accessi gratuiti (*hot spots*) a internet in locali aperti al pubblico e richiede l'adozione di mezzi tecnici per impedire l'accesso a opere protette. Tuttavia tale previsione pone dei problemi tecnici e giuridici, al punto che il *Conseil général des technologies de l'information* ha proposto di elaborare una « lista bianca » dei siti accessibili: ma il Ministro della Cultura ha ritenuto che le caratteristiche tecniche degli *hot-spots* — e in particolare la velocità di banda — siano tali da rendere difficoltoso lo scaricamento illegale, ignorando secondo alcuni critici i sistemi di condivisione della connessione *wi-fi*, come il FON spagnolo.

Sotto l'aspetto più specificamente giuridico, e per quanto concerne il sistema sanzionatorio originario, in base al dispositivo censurato dal *Con-*

<sup>2</sup> Nell'ottobre 2008 la Commissione UE ha dichiarato irricevibile la richiesta

della Presidenza della Repubblica Francese di soppressione dell'emendamento 138.

*seil constitutionnel* il ricorso — e, quindi, anche il contraddittorio — viene reso possibile solo successivamente alla deliberazione della sanzione: pertanto, al soggetto che sia destinatario di una « mail di avviso » nel sistema originario doveva venir reso noto soltanto data e ora della presunta violazione, e allo stesso doveva essere reso possibile di rivolgere osservazioni alla *Commission de protection des droits* e di ottenere su esplicita richiesta precisazioni sul contenuto delle opere tutelate interessate dalla violazione contestatagli, non potendo peraltro opporsi finché non fosse stato sanzionato e non potendo conoscere l'identità del segnalante. Il sistema rinviava a un successivo, apposito decreto le modalità del ricorso, il rinvio a esecuzione della sanzione e le giurisdizioni competenti.

Inoltre, il sistema elettronico automatizzato dell'Hadopi escludeva in prima istanza l'intervento del giudice: l'onere della prova dell'assenza di responsabilità incombe sul destinatario dell'avvertimento e solo ad esito della decisione recante la sanzione. Inoltre, l'Autorità nel sistema originario aveva l'incarico di stabilire la proporzionalità della sanzione dell'interruzione, mentre l'appello non poteva aver efficacia sospensiva della sanzione.

Viene fatto rilevare che rispetto all'originaria versione, che appuntava la potestà sanzionatoria dell'Autorità su « fatti *constituents* violazioni all'obbligo di cui all'articolo L. 336-3 » (reato di contraffazione), la versione definitiva si riferisce a « fatti *susceptibles de constituer* violazione »: il che comporta una inversione dell'onere della prova, in quanto nel testo di legge spetta al soggetto destinatario dell'avviso di violazione dimostrare la propria estraneità ai fatti contestati, in violazione del principio (codificato nel sistema francese all'articolo 1315 del codice civile) in base al quale l'onere della prova incombe sull'attore.

Inoltre, viene evidenziata un'ulteriore contraddizione rispetto all'oggetto della potestà sanzionatoria: la legge non reprime lo « scaricamento » non autorizzato, ma l'utilizzazione della connessione internet a fini di scaricamento non autorizzato.

Aspetti connessi, e certamente non secondari, la sostanziale previsione di una responsabilità per fatto altrui, oltre alla attribuzione di un oneroso obbligo di vigilanza sulla natura e sulle caratteristiche dei siti e dei contenuti (autorizzati o meno dai titolari) e di ammissione di responsabilità relativamente a un ambito di estrema volatilità, quale la sicurezza informatica.

Altro aspetto di carattere giuridico che ha sollevato perplessità e dubbi è la sanzione estrema della sospensione della connettività internet per la durata massima di un anno, sia perché di impatto estremamente rilevante, sia anche perché asseritamente non proporzionata alla gravità del comportamento, tenuto conto che l'eventuale scaricamento illegale dell'opera costituisce un'attività residuale rispetto a una serie molto più estesa di utilizzazioni legittime, e che l'interruzione della connettività comporta la preclusione di una serie di attività ulteriori e diverse rispetto allo scaricamento di contenuti tutelati e comunque connesse alla libertà di comunicazione.

L'uso della posta elettronica come primo veicolo dell'avvertimento, oltre che per il rischio di un uso indiscriminato connesso all'automatismo di invio, è stato oggetto di critiche per la sua indeterminatezza — non essendo disposto che la mail specifichi altro che la data e l'ora della asserita violazione, senza alcun riferimento ai fatti contestati — oltre che per il suo carattere sintomatico di un approccio « pedagogico » del sistema della *ré-*

*ponse graduée*, creando un « *quadro psicologico* » nel destinatario della mail piuttosto che esporlo a conseguenze tipicamente ed effettivamente sanzionatorie, di carattere penale. Tuttavia, a tale ricostruzione è stato opposto come di fatto ogni fase del procedimento si concluda sostanzialmente con una sanzione, in quanto espone il destinatario alla fase successiva in caso di recidiva: la stessa diffida al non reiterare lo scaricamento illegale costituisce provvedimento monitorio e, dunque, sanzionatorio sotto il profilo dell'obbligo di conformazione del comportamento costituente presupposto per l'irrogazione della sanzione afflittiva.

Al fondo, la preoccupazione più rilevante risultava essere quella dell'esercizio di un controllo su internet, considerando che il testo prevede la facoltà dell'Autorità di dar corso a sperimentazioni nell'ambito delle tecnologie del *riconoscimento* e del *filtraggio* dei contenuti: e nel testo originario, inoltre, si prevedeva che il soggetto passivo di un procedimento sanzionatorio potesse essere richiesto di accettare — onde scongiurare l'interruzione della connettività internet — l'installazione di un software di « messa in sicurezza » (*sécurisation*), ossia di rilevazione dei dati in *download* (entrata) e in *upload* (uscita) dal computer, software obbligatori, a pagamento e non interattivi. Tale verifica si estende anche alla posta elettronica e a tutte le comunicazioni, anche a carattere privato. Il Conseil constitutionnel ha censurato l'impostazione dei c.d. programmi spia (*logiciel espion*), riservando all'Autorità soltanto la facoltà di consigliarne l'uso, ma non di imporlo.

Altro aspetto operativo, con ricadute di carattere giuridico, riguarda la certificazione da parte dell'Alta autorità dei siti « *commerciali legali* », che in base alla legge devono essere anteposti agli altri nei motori di ricerca: secondo alcune associazioni di settore, in tal modo ne deriverebbe ai siti certificati un vantaggio anticoncorrenziale.

Dal punto di vista tecnico, le critiche si appuntano in particolare sul fatto — presuntivo, in quanto la legge non è chiara su questo punto, ma si fa risalire al dibattito parlamentare e alla apposita dichiarazione del Ministro competente — che l'identificazione dell'autore dell'infrazione sia basata sul riconoscimento dell'indirizzo IP da cui risulta effettuato lo « scaricamento illegale ». È stata fatta rilevare al proposito la scarsa affidabilità del dato, evidenziata anche dalla *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés* nel suo parere sulla legge, in quanto l'indirizzo IP non verifica la sorgente, e poiché l'indirizzamento è decentralizzato, non è possibile risalire al computer di origine: ed è per tale motivo che i CERT (*Computer Emergency Response Teams*, gruppi di supporto per le emergenze informatiche) sconsigliano l'utilizzazione dell'indirizzo IP come strumento di identificazione di un computer connesso a Internet, in quanto può essere agevolmente acquisito o attribuito ai danni di ignari e incolpevoli *internauti*, in particolare nel caso di interconnessione pirata con collegamenti *Wi-fi* non protetti.

Di fatto, si rileva la scarsa affidabilità dell'indirizzo IP come mezzo di identificazione del presunto responsabile di violazioni che in base alla legge Hadopi sono soggette a sanzioni. Il dato tecnico, in tal caso, viene posto in stretta connessione al dato giuridico, in particolare con il principio — che, come si è visto, il Consiglio costituzionale ha censurato — di presunzione di colpevolezza.

Alla base della discussione, comunque, risiede sostanzialmente una considerazione di carattere socio-economico: la diversificazione di ap-



proccio alla realtà della digitalizzazione, che prescindendo ormai dal supporto fisico contenente l'opera<sup>3</sup>, e materialmente ricettacolo degli oneri (industriali, di riproduzione e di commercializzazione) richiesti per la sua fruizione, ha di fatto reso immateriale il bene-opera, rendendo sempre più volatile il costo — in termini sia monetari, sia di unità temporale — della copia, al punto da consentire di coniare l'espressione di « economia dell'abbondanza » per identificare la disponibilità delle opere su internet, in quanto « *quando si condivide un bene materiale, esso si divide. Quando si condivide un bene immateriale, esso si moltiplica* »<sup>4</sup>.

Più specificamente, la condivisione *peer to peer* di opere da una parte impone all'industria una ricerca di innovazione per assecondare la menzionata economia dell'abbondanza, e un adattamento dei propri modelli economici fondati sul controllo del circuito di diffusione; e d'altra parte gli scambi *on line* sviluppano l'accesso alla cultura e alla conoscenza e favoriscono la libertà di espressione.

Sotto il profilo più prettamente economicistico, si è osservato che il modello economico e di *business* dovrà tener conto dell'evidenza in base alla quale il sistema culturale non potrà più fondarsi sulla vendita dei supporti, in quanto la digitalizzazione e la conseguente facilità di riproduzione dell'opera intellettuale condurranno a una vendita a prezzo nominale: mentre i profitti del sistema potranno derivare esclusivamente dai prodotti e servizi connessi all'opera stessa<sup>5</sup>.

Infine, sull'efficacia della legge, è stato affermato che la stessa rende la pirateria invisibile e non misurabile, in quanto il P2P (*peer to peer*), che la disciplina elegge a suo nemico giurato, secondo un esperto universitario francese<sup>6</sup> costituisce soltanto il terzo sistema di scambio di file coperti dal diritto d'autore, mentre il primo è lo scambio diretto attraverso dischi o chiavette USB: e la previsione per un prossimo futuro è che altre tecnologie più rapide e agevoli da utilizzare, quale ad esempio il *Bluetooth*, soppiantino il *peer to peer*.

D'altra parte il sistema adottato, diretto a colpire il classico *peer to peer*, potrebbe secondo alcuni incentivare lo sviluppo di un *peer to peer* criptato, già esistente ma poco utilizzato, con sistemi di *downloading* diretto o integrato in *streaming*, che sembrano già in grado di bypassare i controlli messi in opera dalla legge. Con l'effetto di tenere immune da conseguenze il grosso dello scambio di opere protette, e di colpire soprattutto i piccoli utenti privi delle competenze tecniche per sfuggire ai controlli.

#### 4. LA DECISIONE DEL CONSEIL CONSTITUTIONNEL.

In questo dibattito, si inserisce la decisione del tribunale della legittimità costituzionale. Come si è visto, gli articoli 5 e 11 del testo originario

<sup>3</sup> Cfr. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, Bologna, 2002, 161.

<sup>4</sup> SOUDOPLATOFF, *Lettera aperta al segretario di Stato per la prospettiva e lo sviluppo dell'economia digitale*.

<sup>5</sup> Cfr. KRUGMANN (Nobel per l'economia), in *Numerama*, 13 ottobre 2008.

<sup>6</sup> WAELEBROECK, Professeur associé à l'ENST, département Économie et science social, pubblicato il 23 febbraio 2009 su *ReadWriteWeb*.

della legge istituiscono la *Haute Autorité* e, nel suo ambito, la *Commission de protection des droits*, con compiti di adozione di procedure di avvertimento e sanzione in caso di inadempienza dell'obbligo di vigilanza da parte dell'utente abbonato sul proprio accesso a internet.

Il *Conseil Constitutionnel* ha censurato le disposizioni relative alla potestà sanzionatoria della *Commission* alla luce dei diritti e delle libertà costituzionalmente sanciti, e in particolare ha evidenziato alcuni punti che pare opportuno ripercorrere sinteticamente.

In via preliminare, il *Conseil* osserva che nel contesto di una diffusione generalizzata di internet, che gli conferisce un rilevanza imprescindibile per la partecipazione alla vita democratica e alla espressione e alla comunicazione delle idee e delle opinioni, la libertà di comunicazione e di espressione presuppone necessariamente la libertà di accedere a tali servizi di comunicazione in linea.

A proposito della potestà sanzionatoria, il *Conseil constitutionnel* ha evidenziato in via generale che il principio di separazione dei poteri non ne impedisce la relativa attribuzione a un'autorità amministrativa, nel quadro dell'esercizio delle prerogative del pubblico potere, ove sia finalizzata al perseguimento dei suoi fini pubblici: ciò, però, può avvenire alla esclusiva condizione dell'adozione in tale esercizio delle misure idonee a garantire i diritti e le libertà costituzionalmente sancite, con specifico riferimento al principio di legalità in materia penale e sanzionatoria, e al diritto di difesa, principi che trovano naturalmente applicazione anche in ambito non giurisdizionale.

Nello specifico, l'istituzione dell'Autorità trae giustificazione dalla considerazione della numerosità degli episodi di contraffazione e di violazione dei diritti d'autore mediante internet, in attuazione del principio di corretta amministrazione della giustizia e nel connesso perseguimento del fine di limitazione del numero di ricorsi all'autorità giudiziaria: tuttavia la previsione concreta del procedimento sanzionatorio integra una violazione del principio di separazione dei poteri.

Infatti, con riguardo alle competenze della *Commission de protection des droits* dell'*Haute autorité* consistenti nella limitazione o nella interdizione dell'accesso a internet a utenti abbonati, tale funzione può tradursi sostanzialmente in una restrizione dell'esercizio, da parte di qualsiasi soggetto, del diritto di esprimersi e di comunicare liberamente: e secondo il *Conseil*, a tali condizioni il legislatore non avrebbe potuto — quali che fossero le garanzie apprestate nell'ambito del procedimento di irrogazione delle sanzioni — conferire simili poteri a un'autorità amministrativa all'esclusivo scopo di garantire la posizione giuridica dei titolari del diritto d'autore.

Una simile potestà, infatti, può essere esercitata esclusivamente dal giudice: il mancato rispetto del principio della separazione dei poteri attraverso attribuzione di potestà sanzionatorie tipicamente giurisdizionali a un'autorità amministrativa comporta altresì un contrasto della normativa con la norma costituzionale che garantisce la libertà di comunicazione e di espressione.

Inoltre, facendo riferimento all'articolo 9 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* e in base al principio della presunzione di innocenza che da esso ne discende, la legge non potrebbe introdurre in ambito sanzionatorio una presunzione di colpevolezza: tale è infatti la previsione della « *loi Hadopi* », in violazione del citato articolo 9, là dove stabilisce

che soltanto l'utente titolare del contratto di abbonamento a internet può essere destinatario delle sanzioni previste e per sottrarsi alla irrogazione della sanzione è chiamato a fornire elementi idonei a dimostrare che la violazione del diritto d'autore è riconducibile al fatto doloso di un terzo, con chiara inversione dell'onere della prova e presunzione di colpevolezza costituente presupposto della irrogazione di una sanzione privativa o restrittiva di diritti propri dell'utente abbonato.

Sotto altro profilo, il *Conseil* rimarca che i poteri monitori dell'Autorità possono essere esercitati esclusivamente ad esito della trasmissione, da parte delle società rappresentative degli interessi degli autori, di dati a carattere personale concernenti le presunte infrazioni: e considerando che le competenze sanzionatorie dell'*Haute autorité* sono riconosciute legittime in quanto propedeutiche all'eventuale seguito giurisdizionale, il trattamento di tali dati al di fuori di procedimenti giurisdizionali, nel caso in cui sia effettuato nominativamente, rischia di porsi in contrasto con la disciplina a tutela della *privacy*. Di conseguenza, il *Conseil* richiede che i trattamenti siano conformi alla vigente disciplina, con specifico riferimento alle competenze della CNIL quanto alla autorizzazione ai trattamenti e alla vigilanza sugli stessi.

L'attribuzione al *Tribunal de Grande Instance* — equivalente alla nostra Corte d'Appello — della competenza a pronunciare l'ordine di adozione delle misure per prevenire o far cessare una violazione a un diritto d'autore o a un diritto connesso non è secondo il *Conseil* contrario alle previsioni costituzionali e in particolare non costituisce una limitazione alla libertà di espressione e di comunicazione, in quanto rientra nelle prerogative del giudice adito la valutazione e il temperamento, nell'adozione di tali misure, di tale libertà con la *ratio* della tutela dei diritti in causa.

##### 5. SEGUITO NORMATIVO ALLA DECISIONE DEL CONSEIL CONSTITUTIONNEL.

L'8 luglio 2009 il Senato con procedura accelerata ha approvato con alcune modificazioni un progetto di legge, presentato dal Governo l'ultima settimana di giugno, relativo alla *protezione penale della proprietà letteraria e artistica su Internet*: di fatto, la violazione sin qui disciplinata in ambito amministrativo è ora assistita da un presidio sanzionatorio di natura penale. Il progetto di legge, dopo l'approvazione in prima lettura al Senato, è stato modificato dalla Assemblea Nazionale il 15 settembre: è stato allora attivata la procedura di convocazione di una Commissione mista paritaria fra i due rami del Parlamento, incaricata di elaborare un testo da sottoporre alla votazione finale, che sia al Senato che all'Assemblea Nazionale è intervenuta il 22 settembre 2009. La legge così approvata è stata sottoposta al vaglio del Consiglio costituzionale con un ricorso sottoscritto da più di sessanta deputati il 28 settembre 2009.

L'articolo 1 di tale testo attribuisce ai componenti la *Commission de protection des droits* e ad alcuni suoi funzionari, specificamente abilitati e vincoli da giuramento a tal fine, prerogative e qualifiche di polizia giudiziaria, onde rendere loro possibili l'accertamento delle infrazioni, la ricezione delle osservazioni da parte dei soggetti interessati sui casi che prevedono l'irrogazione della sanzione della sospensione della connettività internet, nonché l'audizione degli interessati che ne facciano richiesta,

che possono anche essere assistiti da consulenti. La disposizione precisa altresì che le verbalizzazioni fanno fede fino a prova contraria.

Gli articoli 1-*bis* e 1-*ter*, introdotti in sede parlamentare, apportano al *Code de la propriété intellectuelle* le modifiche rese necessarie dalla « penalizzazione » della sanzione, mentre gli articoli 1-*quater* e 1-*quinquies*, anch'essi di derivazione parlamentare, dispongono misure relative al trattamento dei dati personali, e in particolare all'obbligo di distruzione dei dati in caso di trasmissione degli atti all'autorità giudiziaria, al fine di rispondere alle censure sollevate dal *Conseil constitutionnel* sulla necessaria tutela della *privacy*.

L'articolo 2 trasforma, come anticipato, la violazione del diritto d'autore e dei diritti connessi mediante internet da illecito amministrativo, come originariamente previsto, in illecito penale: in particolare, poiché il legislatore ritiene imprescindibile tener conto della particolare pervasività delle violazioni dei diritti d'autore e dei diritti connessi consumate mediante internet, si introduce la possibilità di un ricorso alla procedura del giudice unico e alle ordinanze penali per il reato di contraffazione, in tutte le sue fattispecie previste dagli articoli L. 335-2, 335-3 e 335-4 del *Code de la propriété intellectuelle*<sup>7</sup>.

Al fine di fugare ogni dubbio relativamente alle censure del *Conseil constitutionnel*, nella relazione viene specificato che « trattandosi dell'opportunità e delle condizioni di utilizzazione di ordinanze penali, l'azione delle Procure sarà orientata da una circolare del Guardasigilli »<sup>8</sup>.

Il nucleo portante del provvedimento è costituito dall'articolo 3, che di fatto trasforma la sanzione della sospensione della connettività internet da sanzione amministrativa a pena complementare, per la durata massima di un anno, per le diverse fattispecie ricondotte alla contraffazione, ove siano commesse per il tramite di un servizio di comunicazione al pubblico in linea o di un servizio di comunicazione elettronica: in tal caso viene accompagnata anche dal contestuale divieto di sottoscrivere per il medesimo periodo altro contratto per un servizio analogo con qualsiasi fornitore.

Nella relazione viene precisato che « tale sanzione potrà essere irrogata esclusivamente nel rispetto del principio di proporzionalità di cui alla relativa disposizione del codice penale, che specifica che nell'applicare la pena il giudice deve tener conto delle circostanze dell'infrazione e della personalità dell'autore. Il giudice potrà essere adito non soltanto dagli aventi diritto, ma anche dall'Alta autorità [...] in base agli elementi da essa acquisiti nel corso delle istruttorie di sua competenza »<sup>9</sup>. A tale proposito, la versione definitiva del testo introduce un'apposita disposizione

<sup>7</sup> La prima disposizione definisce il reato di contraffazione come pubblicazione di scritti, composizioni musicali, disegni, pitture, in violazione di leggi o regolamenti relativi alla proprietà degli autori; l'articolo L. 335-3 riconduce alla medesima fattispecie anche la riproduzione, la rappresentazione o diffusione, con qualsiasi mezzo, di un'opera dell'ingegno in violazione del diritto d'autore, ivi compresi i programmi per elaboratori; infine, l'articolo L. 335-4 riconduce alla fattispecie del

la contraffazione « *la fissazione, la riproduzione e la comunicazione o messa a disposizione del pubblico, a titolo oneroso o gratuito, e la "telediffusione" di una prestazione, di un fonogramma, di un videogramma o di un programma realizzato senza autorizzazione dell'artista-interprete, del produttore di fonogrammi o videogrammi o dell'impresa di comunicazione audiovisiva* ».

<sup>8</sup> Traduzione dell'Autore.

<sup>9</sup> Traduzione dell'Autore.

— articolo 3-ter A — che impone al giudice, quali criteri di determinazione della sanzione, accanto alle circostanze e alla gravità dell'infrazione, anche la personalità del suo autore, declinata in « attività professionale o sociale » e « situazione socio-economica », precisando altresì che « la durata della pena irrogata deve conciliare la protezione dei diritti di proprietà intellettuale e il rispetto del diritto di esprimersi e comunicare liberamente, specialmente dal proprio domicilio »<sup>10</sup>.

La disposizione precisa — per rispondere alle obiezioni sollevate in merito alla eccessiva restrittività della misura sanzionatoria — che in caso di offerta di connettività composta (internet, fonìa, tv), la decisione non si applica ai servizi ulteriori alla connettività internet.

Inoltre, in caso di pronuncia esecutiva, essa dovrà essere portata a conoscenza dell'Autorità, che dovrà notificarla al fornitore del servizio perché adotti le misure necessarie a renderla operativa entro il termine di quindici giorni, pena l'assoggettamento a una sanzione pecuniaria.

Nel corso dei lavori parlamentari è poi stato introdotto un ulteriore caso di sospensione, della durata massima di un mese, per il caso di negligenza consistente nel mancato rispetto dell'avvertimento notificato formalmente, cui si accompagna anche una sanzione pecuniaria per il caso che l'utente « sospeso » abbia sottoscritto un nuovo contratto per un servizio di connettività internet: a tale proposito, il testo fa rinvio a una norma penale che reprime il mancato rispetto delle pene come la sospensione della patente di guida, il divieto di comparire in luoghi determinati o di incontrare determinate persone, l'obbligo di concludere un corso di formazione, il divieto di possedere un animale, di emettere assegni o di utilizzare carte di pagamento.

#### 6. ALCUNE CONSIDERAZIONI PROVVISORIAMENTE CONCLUSIVE.

Al termine di una pur rapida rassegna delle vicende legislative francesi, e tenendo conto che ad esito della pronuncia del *Conseil Constitutionnel* il legislatore ha optato per una configurazione penalistica dell'illecito disciplinato, attualmente di nuovo al vaglio del *Conseil*, si può trarre la seguente morale: in base al riconoscimento costituzionale della libertà di espressione, non è possibile attribuire a un'autorità amministrativa la potestà di limitare — allo scopo di proteggere i diritti dei titolari del diritto d'autore e dei diritti connessi — il diritto di ogni cittadino a esprimere e comunicare tramite l'accesso a internet, in quanto lo stato attuale dei mezzi di comunicazione e lo sviluppo generalizzato dei servizi di comunicazione al pubblico in linea, unitamente all'importanza assunta dagli stessi servizi con riguardo alla partecipazione alla vita democratica e all'espressione delle idee e delle opinioni, comporta che il diritto alla libera comunicazione ed espressione presupponga la libertà di accedere a tali servizi.

Più in generale, peraltro, le vicende illustrate sollecitano la posizione di alcuni interrogativi di sistema, circa la natura e i limiti del contemporaneo — necessitato, evidentemente, dalla stessa essenza della società dell'informazione — fra i diritti d'autore e la libertà di comunicazione.

<sup>10</sup> Traduzione dell'Autore.

In altri termini, di fronte al processo evolutivo della digitalizzazione, rispetto al diritto d'autore si manifesta l'opportunità di contemperare l'interesse del pubblico ad accedere alle opere creative con la necessità di apprestare incentivi alla produzione delle stesse assicurando all'autore il monopolio sullo sfruttamento economico della propria opera: che è quanto prevede la Costituzione federale statunitense, là dove — articolo 1, sez. VIII — riconosce la funzione promozionale del progresso delle scienze e delle arti con la garanzia *per periodi limitati* del diritto esclusivo di sfruttamento per gli autori e gli inventori<sup>11</sup>.

Merita poi — indipendentemente dall'uso che ne è stato fatto nella guerra alla riproduzione, per uso più o meno personale, di musica e video — richiamare i punti essenziali per la valutazione delle utilizzazioni libere nell'ambito della dottrina del *fair use*: il fine e il carattere dell'uso, se di natura commerciale, ovvero educativa non lucrativa; le caratteristiche dell'opera protetta; la quantità e l'importanza della parte usata in relazione all'opera protetta nel suo insieme; *l'effetto dell'uso sul mercato potenziale dell'opera protetta e del suo valore*.

Un utile elemento di riflessione a tale proposito è fornito dal caso — ancorché distinto dal tema specifico riguardato dalla *loi Hadopi* — dell'*ipertesto*, rispetto al quale si è riflettuto sulla necessità di ripensare il diritto d'autore come tutela dell'autore, consentendo ad altri di fruire dell'opera: con la necessità di sistemi basati su un'equa gestione delle *royalties*, ipotizzando una «tassa per l'uso», analoga ai contributi SIAE per i passaggi radiofonici dei brani musicali: «ogni volta che un brano viene trasmesso, il proprietario dei diritti d'autore guadagna una somma minuscola, che si moltiplica per il grande numero di “utenti” che fanno uso della stessa informazione — un modello che sembra fatto apposta per usare la tecnologia elettronica dell'informazione sulle reti elettroniche»<sup>12</sup>.

È stato rimarcato inoltre che, venuta meno in epoca digitale la necessità del supporto come contenitore delle opere, si rende necessario un radicale ripensamento delle tradizionali categorie della proprietà intellettuale, e una modifica dell'approccio alla informazione, con «*forme di protezione che facciano assegnamento sull'etica e sulla tecnologia piuttosto che sul diritto. La crittografia sarà la base per proteggere la proprietà intellettuale. L'economia del futuro sarà basata sulle relazioni piuttosto che sul possesso. Essa sarà continua piuttosto che discreta. E infine, negli anni a venire, gli scambi tra uomini saranno più virtuali che fisici*»<sup>13</sup>.

A fronte di una sempre più marcata caratterizzazione delle opere in senso digitale, il problema è quindi quello delle modalità e delle conseguenti regole (necessarie o eventuali?) per disciplinare l'accesso alla fruizione dell'opera, intesa essa stessa come un servizio della società dell'informazione<sup>14</sup>.

Benché la crittografia, nelle sue variegate modulazioni tecniche, o altri sistemi che la tecnologia mette a disposizione — come il *SCMS* (*Serial*

<sup>11</sup> Cfr. PASCUZZI, *op. ult. cit.*, 142.

<sup>12</sup> LANDOW, *Ipertesto. Il futuro della scrittura.*, Bologna, 1993, 245.

<sup>13</sup> BARLEY, *The Economy of Ideas*, in

*Wired*, 3/94, citato da PASCUZZI, *op. ult. cit.*, 160-161.

<sup>14</sup> Cfr. PASCUZZI, *op. ult. cit.*, 162.

*Copy Management System*), adottato negli Stati Uniti per ogni apparecchio di registrazione audio digitale, costituente un accorgimento tecnologico che impedisce la riproduzione di copie multiple di un'opera — rientrando nella prevista possibilità che la tecnologia consenta ai titolari dei diritti l'adozione di misure « *per impedire o limitare atti non autorizzati dal titolare del diritto d'autore o dei diritti connessi* »<sup>15</sup>, tuttavia è possibile trarre una prima, sommaria e non definitiva conclusione.

La tecnologia costituisce, allo stesso tempo, causa e chiave di risoluzione delle problematiche accennate. Essa è infatti causa dell'evoluzione dei concetti di opera, autore e creatività, e anche della stessa crisi del modello tradizionale del diritto d'autore, in conseguenza della generalizzata facilità di riproduzione e diffusione a soddisfacenti standard qualitativi delle opere protette. Ma essa è anche il mezzo che offre le opportunità strumentali più efficaci per la protezione degli interessi degli autori. Ciò, soprattutto, « *più delle astratte formulazioni normative* »<sup>16</sup>: il che, dunque, dovrebbe indurre ad evitare « scorciatoie repressive », come sottolinea peraltro il *Conseil Constitutionnel* quando statuisce che la limitazione della libertà di comunicazione, *sub specie* di libertà di accesso a internet, non può provenire per via amministrativa quando l'interesse protetto sia quello dei titolari del diritto d'autore e dei diritti connessi. Ciò vuol dunque significare che sia opportuno e/o legittimo che il contemperamento fra diritto d'autore e libertà di comunicazione avvenga con l'ausilio e il sostegno di un più coercitivo e pregnante presidio penalistico?

Con specifico riferimento all'aspetto sanzionatorio — che è poi quello riguardato nel dettaglio dalla pronuncia in commento — mette conto rammentare che le sanzioni, intese come pene in senso tecnico, sono (devono essere) assistite da finalità di prevenzione generale e speciale<sup>17</sup>: la Costituzione riserva alle sole sanzioni penali la capacità di incidere sui diritti fondamentali e inviolabili, mentre gli altri diritti (ad esempio, patrimoniali) possono essere incisi anche da sanzioni amministrative, « *secondo una scelta di efficacia compiuta dal legislatore* »<sup>18</sup>.

Inoltre, con riguardo alla individuazione del soggetto attivo della violazione, in base al principio di personalità, non può essere destinatario della sanzione amministrativa un soggetto diverso dall'autore della violazione, « *in quanto la finalità di prevenzione generale e speciale è soddisfatta solo se il rimprovero è mosso a tale soggetto e se la sanzione è parametrata sul medesimo* »<sup>19</sup>.

A un sommario e sintetico richiamo di pochi punti nodali della generale disciplina sanzionatoria, emergono alcuni interrogativi che anche la decisione annotata, e tenendo conto della successiva iniziativa legislativa, lascia aperti, soprattutto in quanto interrogativi di sistema.

Se la *ratio* istitutiva di un presidio sanzionatorio — indipendentemente dalla natura, amministrativa o penale — è la prevenzione generale e speciale, sarà necessario individuare l'interesse pubblico sotteso alla prote-

<sup>15</sup> Direttiva 2001/29/CE, considerando 47.

<sup>16</sup> Così PASCUZZI, *op. ult. cit.*, 165.

<sup>17</sup> CERBO, Voce *Sanzioni amministrative*, in AA.VV., *Dizionario di diritto am-*

*ministrativo*, (a cura di CLARICH e FONDERICO), MILANO, 2007, 676.

<sup>18</sup> CERBO, *op. ult. cit.*, 676.

<sup>19</sup> CERBO, *op. ult. cit.*, 678.



zione dell'interesse tutelato per giustificare la repressione di un determinato comportamento e la connessa limitazione della situazione giuridica del soggetto agente.

Partendo da quest'ultima, sembra lampante che essa sia la libertà di accesso a internet, che in base alle statuizioni della decisione annotata costituisce una *species* del *genus* libertà di espressione e di comunicazione, che in quanto diritto di rango costituzionale non può essere assoggettata a sanzioni amministrative, ma solo a sanzioni penali. In base al recente deliberato del Senato francese, è quanto il legislatore si appresta a disporre; ma per reprimere quale comportamento?

Secondo quanto è dato comprendere dal nuovo testo legislativo, non si tratta più di difetto di sorveglianza del proprio accesso a internet, ma dell'uso di un servizio di comunicazione al pubblico in linea o di un servizio di comunicazione elettronica per la commissione del reato di contraffazione, ossia di diffusione di un'opera protetta senza il consenso dell'avente diritto.

Occorre dunque porsi alla ricerca dell'interesse pubblico tale da rendere necessaria l'istituzione di un presidio sanzionatorio di carattere penale che impone una finalità di prevenzione generale o speciale di tale comportamento. Se storicamente il reato di contraffazione si materializza in un supporto che riproduce illecitamente — vale a dire *falsamente* — un'opera dell'ingegno e che viene distribuito, nella versione telematica del *téléchargement illegal* più che il falso, che contemporaneamente lede l'interesse economico dell'autore e colpisce confusivamente la fede pubblica mediante la diffusione di copie false, si tende a sanzionare esclusivamente la lesione di natura patrimoniale, che altera il circuito protetto dell'utilizzazione economica dell'opera dell'ingegno, non rilevando peraltro in alcun modo nella specifica ipotesi il diritto morale d'autore.

Resta dunque allo stato sospeso — nell'ambito di quel sollecitato ripensamento del diritto d'autore e dei sistemi di conciliazione della tutela dei diritti di utilizzazione economica degli autori con le esigenze di fruibilità di opere mediante le opportunità offerte dalle nuove tecnologie di comunicazione — l'interrogativo se l'istituzione di un presidio sanzionatorio, che incidendo su un diritto fondamentale, per essere costituzionalmente legittimo non può che essere penale, renda effettivamente ed efficacemente perseguibile il fine dichiarato di favorire lo sviluppo e la tutela delle opere e dei programmi culturali sulle reti di comunicazione elettronica. Di tale aspetto tornerà presumibilmente ad occuparsi il *Conseil constitutionnel*. Resta però sospeso l'altro corno del dilemma: se, in alternativa, la richiamata tutela non possa essere pragmaticamente perseguita attraverso la garanzia di altre forme di incentivi.

GIULIO VOTANO