

**Diritto d'accesso alle reti informatiche e tutela del diritto d'autore  
in Europa dopo la pronuncia del  
*Conseil Constitutionnel* sulla legge Hadopi**

SOMMARIO: 1. Antefatti e contesto: la guerra ai pirati digitali. – 2. La «dottrina Sarkozy» fra *Conseil Constitutionnel* ed Unione Europea. – 3. La repressione come unica soluzione?

1. – Da diversi anni è in corso uno scontro titanico in *internet*, quello che vede la contrapposizione fra i Golia delle *major* musicali e cinematografiche ed una moltitudine di Davide composta di anonimi utenti del *web* dediti a replicare materiale audio-video attraverso l'uso delle reti *peer-to-peer*<sup>(1)</sup>. La genesi e l'evolversi del conflitto è ormai ben nota e non merita che un sintetico cenno: tutto ha avuto inizio con Napster, che per primo ha dischiuso a milioni di giovani (e non solo) le potenzialità della rete nello scambio di contenuti, facendo ricorso ai sistemi di *file-sharing*; ben presto però l'ira delle *major* si è abbattuta su Napster e ne ha ottenuto la chiusura<sup>(2)</sup>. Sono poi nati gli emuli di Napster (Gnutella, eMule, ecc.), che memori dell'esperienza del predecessore hanno dato vita ad architetture acefale, attraverso la distribuzione di specifici *software* in grado di creare reti *peer-to-peer* «pure»<sup>(3)</sup>, ma ancora una volta gli studi legali dei produttori di contenuti

---

(1) Per una disamina tecnica del funzionamento dei sistemi di *file-sharing* attraverso le reti *peer to peer*, cfr. RUFFO, *Protezione della privacy e della proprietà intellettuale: il caso del peer-to-peer in Italia*, in BERGADANO, MANTELERO, RUFFO e SARTOR, *Privacy digitale. Giuristi e informatici a confronto*, Torino, 2005, p. 58 ss.

(2) Cfr. *A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F. 3d 1004 (CA9 2001), pubblicata sul sito [www.law.cornell.edu](http://www.law.cornell.edu) (consultato fra il 16 giugno 2009 ed il 12 settembre 2009, come tutti gli indirizzi *web* successivamente citati, salva diversa indicazione). Per un approfondimento sulla vicenda cfr. RENDA, *Architettura, controllo e DRM: notizie dal fronte*, in *Proprietà digitale. Diritti d'autore, nuove tecnologie e digital rights management*, a cura di Montagnani e Borghi, Milano, 2006, p. 81 ss. e BALSAMO, *Distribuzione on-line di file musicali e violazione del copyright: il caso Napster*, in *Riv. dir. aut.*, 2001, p. 34 ss.

(3) Quella sviluppata da Napster era invece una rete «ibrida», caratterizzata dalla presenza di un *server* centrale, gestito da Napster Inc., che mediante il proprio *data base* rispondeva alle richieste provenienti dai diversi utenti indicando chi rendesse disponibile la risorsa cercata, comunicandone altresì l'indirizzo informatico onde consentire il collegamento utile alla condivisione dei *file*. Una simile architettura si rivela vulnerabile in caso di «attacchi legali»,

artistici hanno dato battaglia e la loro offensiva è stata coronata da successo, a seguito della pronuncia della Corte Suprema statunitense sul caso *Grokster* (4). Ben presto però il fronte dello scontro si è mostrato assai esteso, nuovi programmi, questa volta non proprietari, sono stati distribuiti in rete e migliorati dagli utenti; nuove soluzioni quali le *darknet* (5) ed il *BitTorrent* (6), hanno reso sempre più ampio il numero di coloro che scambiano *on-line* materiale protetto dal diritto d'autore. Si è così aperto un nuovo terreno di contrasto, riguardante i pirati «domestici», al fine di colpire direttamente gli utilizzatori dei sistemi *peer-to-peer*, non tanto per conseguire il risarcimento degli ingenti danni economici pretesi, quanto piuttosto con finalità deterrente (7).

Nonostante le molte cause intentate in tutti i paesi industrializzati ed alcune condanne, più paradossali che esemplari (8), la dimensione assunta dal fenomeno unita ad alcuni «ostacoli» di natura legale connessi al conflitto ingenerato fra tutela del diritto d'autore e tutela dei dati personali relativi alla navigazione *on-line* (9), hanno suggerito alle associazioni dei produttori

---

dal momento che, individuato il *server* centrale ed il gestore dello stesso, è possibile agire in giudizio provocando la chiusura del servizio e, conseguentemente, la disgregazione della rete. Nelle reti *peer-to-peer* «pure», invece, sono gli stessi utenti che compongono la rete a rivestire sia il ruolo di *client* (ricevere dati dagli altri) che quello di *server* (fornire dati agli altri), senza necessità di un *server* centrale.

(4) Cfr. *MGM Studios Inc. v. Grokster Ltd.*, 545 US 913 (2005), pubblicata sul sito [www.law.cornell.edu](http://www.law.cornell.edu).

(5) Si tratta di reti virtuali cui hanno accesso solamente le persone che godono della fiducia degli appartenenti.

(6) Il *BitTorrent* è un protocollo *peer-to-peer* creato per il *file-sharing*, cfr. a riguardo voce *BitTorrent* in Wikipedia (<http://it.wikipedia.org>): «a differenza dei tradizionali sistemi di file sharing l'obiettivo di *BitTorrent* è di realizzare e fornire un sistema efficiente per distribuire lo stesso file verso il maggior numero di utenti disponibili sia che lo stiano prelevando (download) che inviando (upload). Si tratta quindi di un meccanismo per coordinare in automatico il lavoro di numerosi computer, ottenendo il massimo beneficio possibile per tutti».

(7) L'intento di ingenerare il timore di possibili azioni legali è agevolato dalla natura «dilettantistica» degli autori degli illeciti, che raramente sono criminali operanti nel settore della pirateria digitale, ma ben più frequentemente comuni individui che trovano «più economico» fruire gratuitamente delle opere digitali o che attraverso i sistemi di *file-sharing* riescono a meglio personalizzare le proprie raccolte musicali superando i limiti propri del mercato discografico. Cfr. in proposito ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION, *RIAA v. The People: Four Years Later*, agosto 2007, p. 14 s., pubblicato sul sito [w2.eff.org](http://w2.eff.org).

(8) Si pensi al caso *Thomas*, in cui è stata inflitta una condanna al pagamento di 1,92 milioni di dollari a fronte di 24 brani scaricati illegalmente, cfr. KRAVETS, *Will File-Sharing Case Spawn a Copyright Reform Movement?*, 22 giugno 2009, in [www.wired.com](http://www.wired.com).

(9) Non essendo questa la sede per approfondire tale tema, sia consentito rinviare alle

una strategia «a tenaglia»: agire dal basso contro gli utenti, con scopi repressivi, e dall'alto nei confronti dei governi, al fine di ottenere l'approvazione di normative di protezione sempre più favorevoli.

Quest'ultima soluzione, attraverso l'azione di *lobbying*, non costituisce per altro una novità, essendo già stata intrapresa in tempi non recenti, appena si è avuta percezione dei «rischi» che il passaggio al digitale avrebbe comportato per la protezione dei contenuti tutelati dai diritti d'autore. In tale ottica, fra la seconda metà degli anni '90 ed i primi anni del nuovo secolo, con i due Trattati WIPO<sup>(10)</sup> ed «a cascata» con la regolamentazione statunitense<sup>(11)</sup> e comunitaria<sup>(12)</sup>, è stata introdotta la tutela legale delle *Technological Protection Measure* (TPM), strumenti informatici atti a conformare i contenuti digitali in maniera tale da impedirne l'uso illecito e costituenti altresì un elemento fondamentale dei sistemi di *Digital Rights Management* (DRM), con cui è possibile regolare e proteggere la circolazione di un'opera creativa in formato digitale gestendone le modalità di accesso e di godimento in conformità al contratto di licenza che l'accompagna<sup>(13)</sup>. In tal maniera, analogamente a quanto è accaduto in altri ambiti a contenuto tecno-

---

considerazioni già espresse in MANTELERO, *L'idra del peer to peer fra tutela della privacy ed enforcement dei diritti d'autore*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, p. 1481 ss.

<sup>(10)</sup> Rispettivamente il WIPO Copyright Treaty (WCT) ed il WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT), pubblicati sul sito ufficiale [www.wipo.int](http://www.wipo.int).

<sup>(11)</sup> Il riferimento è al Digital Millennium Copyright Act (DMCA) del 1998, su cui cfr. CASO, *Il Signore degli anelli nel cyberspazio: controllo delle informazioni e Digital Rights Management*, in *Proprietà digitale. Diritti d'autore, nuove tecnologie e digital rights management*, a cura di Montagnani e Borghi, cit., p. 149 ss.

<sup>(12)</sup> Cfr. dir. 2001/29/CE ed a riguardo in dottrina MARZANO, *Diritto d'autore e digital technologies. Il digital copyright nei Trattati OMPI, nel DMCA e nella normativa comunitaria*, Milano, 2005 ed ERCOLANI, *Il diritto d'autore e i diritti connessi. La legge n. 633/1941 dopo l'attuazione della direttiva n. 2001/29/CE*, Torino, 2004.

<sup>(13)</sup> Sulla nozione di DRM cfr. CASO, *Digital Rights Management. Il commercio delle informazioni digitali tra contratto e diritto d'autore*, ristampa digitale, 2006, p. 5 ss, disponibile sul sito [www.jus.unitn.it](http://www.jus.unitn.it). Per una dettagliata disamina della struttura e del funzionamento dei DRM cfr. invece MONTAGNANI, *Dal peer-to-peer ai sistemi di Digital Rights Management: primi appunti sul melting pot della distribuzione on line*, in *Riv. dir. aut.*, 2007, p. 36 ss. e RENDA, *op. cit.*, p. 91. Va tuttavia ricordato come i sistemi DRM non necessariamente implicino l'adozione di TPM, che verranno impiegate solamente ove le politiche di gestione mirino alla protezione dell'opera, mentre non saranno necessarie ove si persegua il fine di agevolare la circolazione; cfr. in tal senso PROSPERETTI, *Il DRM per la creazione di regole certe nel rapporto tra consumatore e titolare dei diritti nella circolazione dei contenuti audiovisivi digitali*, in *Digital rights management. Problemi teorici e prospettive applicative. Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 21 ed il 22 marzo 2007*, a cura di Caso, Trento, 2008, p. 273 ss., disponibile sul sito [www.jus.unitn.it](http://www.jus.unitn.it).

logico<sup>(14)</sup>, alle tradizionali soluzioni basate su norme comportamentali sono stati affiancati rimedi incentrati sulla regolamentazione tecnica, in questo caso non imposta per legge, ma adottata spontaneamente dai produttori, a cui però il legislatore ha offerto protezione<sup>(15)</sup>.

Specie con riguardo ai DRM, quella che doveva però costituire la soluzione al problema si è invece rivelata un'arma poco efficace a causa della cattiva gestione posta in essere da parte dei titolari dei diritti sui contenuti; si è assistito infatti ad un proliferare di differenti *standard* tecnici che hanno comportato significativi limiti all'interoperabilità fra sistemi DRM, con conseguenze dirette sulla possibilità di fruire dei materiali multimediali su differenti dispositivi di riproduzione<sup>(16)</sup>. A ciò va aggiunto che tanto i DRM, quanto le sole TPM, sono forieri di non pochi contrasti con le normative vigenti in materia contrattuale<sup>(17)</sup>, di diritto d'autore<sup>(18)</sup>, di tutela

---

<sup>(14)</sup> Cfr. volendo MANTELERO, *Regole tecniche e regole giuridiche: interazioni e sinergie nella disciplina di internet*, in *Contratto e Impresa*, 2005, p. 658 ss.

<sup>(15)</sup> Così agendo le *major* hanno mirato ad una tutela preventiva volta a ridurre le ipotesi di illecito, mediante la conformazione delle strutture informatiche e/o dei contenuti in grado di circolare su di esse secondo *standard* incompatibili, o scarsamente compatibili, con la realizzazione di condotte illecite in violazione delle norme sul diritto d'autore, riducendo così il ricorso all'azione giudiziaria nei casi di infrazione.

<sup>(16)</sup> Cfr. IFPI, *Digital Music Report 2007*, gennaio 2007, p. 22. Per tali ragioni le principali case produttrici si sono recentemente orientate verso la distribuzione di *file* musicali DRM-free, limitando l'impiego dei DRM solo a specifiche modalità di distribuzione, cfr. IFPI, *Digital Music Report 2008*, gennaio 2008, p. 15. Entrambi i rapporti sono disponibili sul sito [www.ifpi.org](http://www.ifpi.org).

<sup>(17)</sup> A riguardo, seppur in maniera sintetica, va sottolineato come la fissità che caratterizza i DRM e le TPM, salvo le eccezioni di controllo a distanza via *internet*, comporta una difficoltà nel variare i vincoli imposti ove successivamente mutino le condizioni contrattuali (o normative) con conseguente impossibilità di una corretta fruizione del prodotto, da cui può derivare un inadempimento (o l'illiceità dei limiti tecnologicamente imposti nell'ipotesi di mutamento normativo). D'altro canto, ove sia invece possibile cambiare le condizioni tecniche di godimento da parte del fornitore dei contenuti, occorre interrogarsi sulla vessatorietà della clausola che preveda una simile prerogativa.

<sup>(18)</sup> Qui il punto controverso è rappresentato dalla compatibilità fra l'adozione delle misure tecnologiche in esame ed i limiti posti dalla legge alla durata della privativa riconosciuta in capo all'autore, che possono risultare violati sia mediante un comportamento attivo, con l'intenzionale apposizione di vincoli eccedenti i termini previsti, sia involontariamente, a causa della sopraggiunta obsolescenza tecnica dei dispositivi adottati (venendo a mancare la capacità tecnica di rimozione o subentrando un'incompatibilità con *standard* o strumenti di riproduzione successivamente affermatasi). Cfr. a riguardo SPADA, *Copia privata ed opere sotto chiave*, in *Riv. dir. ind.*, 2004, p. 601 ss. e GRANIERI, *DRM vs. diritto d'autore: la prospettiva dell'analisi economica del diritto giustifica una protezione assoluta delle opere dell'ingegno di ca-*

dei dati personali<sup>(19)</sup> e di concorrenza di mercato<sup>(20)</sup>.

Indebolita da tali criticità la risorsa costituita dai DRM è stata in parte abbandonata; permane una certa diffusione delle TPM, in particolare *sub specie* di dispositivi anti-copia, ma anche qui la pregressa esperienza della protezione del *software* insegna che all'inventiva dimostrata da chi si adopera per contrastare l'impiego illecito di tali opere solitamente corrisponde altrettanta inventiva di chi trova le soluzioni per superare le barriere via via fraposte, dando vita ad una continua corsa al rafforzamento delle difese adottate, non certo priva di costi.

In ragione dei limiti insiti nelle soluzioni tecnologiche incorporate nei prodotti digitali, dopo l'azione contro gli autori degli illeciti, l'ulteriore passo delle *major* è stato quello di pretendere la collaborazione dei fornitori di accesso alle reti informatiche e dei fornitori dei contenuti ivi presenti nella lotta alla pirateria digitale *on-line*. Poiché molti *provider*, che agiscono con logiche imprenditoriali, non avrebbero certo avuto alcun interesse né ad inimicarsi gli utenti più attivi, né ad accrescere i propri costi di gestione attraverso un monitoraggio costante delle connessioni a tutela delle altrui privative, nuovamente sono state poste in essere forme di *lobbying* per indurre il legislatore ad intervenire imponendo un maggior controllo della navigazione *on-line*. In tal senso è andata la c.d. «dottrina Sarkozy».

---

*rrattere creativo?*, in *Digital rights management. Problemi teorici e prospettive applicative. Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 21 ed il 22 marzo 2007*, a cura di Caso, cit., pp. 84 e 91 s.

<sup>(19)</sup> Sul rapporto fra tutela dei dati personali ed utilizzo di DRM, cfr. ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, *Working document on data protection issues related to intellectual property rights*, 18 gennaio 2005, p. 2 s., pubblicato sul sito ufficiale dell'Unione europea, [www.europa.eu](http://www.europa.eu), e in dottrina CASO, *Digital Rights Management. Il commercio delle informazioni digitali tra contratto e diritto d'autore*, cit., p. 98 ss.

<sup>(20)</sup> I rischi concernono sia l'eventuale imposizione di uno *standard* dominante per i sistemi DRM da parte di chi controlla settori di mercato collegati ed interdipendenti, sia i limiti posti dai DRM all'interoperabilità fra contenuti ed *hardware*, in grado di consentire a chi già disponga di una piattaforma di distribuzione dei contenuti un'espansione anche sul mercato degli accessori indispensabili per la fruizione degli stessi. Cfr. a riguardo: MONTAGNANI, *DRM e tutela della concorrenza*, in *Digital rights management. Problemi teorici e prospettive applicative. Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 21 ed il 22 marzo 2007*, a cura di Caso, cit., p. 215 ss.; MAZZIOTTI, *DRM e abuso di posizione dominante: il caso iTunes*, ivi, p. 239 ss.; MAGNANI, MANDERIEUX e MONTAGNANI, *I sistemi di Digital Rights Management e il diritto della concorrenza: l'individuazione del mercato rilevante e la definizione delle barriere all'ingresso*, in *Proprietà digitale. Diritti d'autore, nuove tecnologie e digital rights management*, a cura di Montagnani e Borghi, cit., p. 223 ss.

2. – Il governo francese ha infatti sostenuto una linea di contrasto attivo contro la violazione del diritto d'autore *on-line*, concretizzatasi nel progetto di legge, presentato al consiglio dei ministri del 18 giugno 2008 e dichiarato dal governo come urgente, conseguente agli «accords de l'Élysée» del 23 novembre 2007, in virtù dei quali, a fronte del sostegno da parte del legislatore <sup>(21)</sup>, le organizzazioni dei produttori si sono impegnate a «améliorer l'offre légale en mettant plus rapidement les films à disposition sur Internet et en retirant les dispositifs techniques de protection bloquants des productions musicales françaises» <sup>(22)</sup>. Da tale iniziativa è scaturita la controversa Loi n° 2009-669 del 12 giugno 2009 «favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet» <sup>(23)</sup>, ribattezzata «legge Hadopi» dall'acronimo del nome della neo-costituita autorità indipendente per la repressione della pirateria in *internet* (*Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet*) <sup>(24)</sup>.

Le principali criticità del testo riguardano l'apparato sanzionatorio previsto in caso di comportamenti illeciti. Esso si fonda infatti su tre livelli progressivi di intervento: una prima comunicazione elettronica, una seconda comunicazione elettronica cui può essere aggiunta una lettera raccomandata ed infine la sanzione. Le comunicazioni, per altro anche un po' paternalistiche <sup>(25)</sup>, scattano quando sia venuto meno l'obbligo di vigilanza che la stessa legge pone in capo all'intestatario di una connessione di rete, consistente nel «veiller à ce que cet accès ne fasse pas l'objet d'une utilisation à des fins de reproduction, de représentation, de mise à disposition ou de communication au public d'œuvres ou d'objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sans l'autorisation des titulaires des droits prévus

---

<sup>(21)</sup> Cfr. *Accord pour le développement et la protection des œuvres et programmes culturels sur les nouveaux réseaux*, pubblicato sul sito del Ministero della Cultura e comunicazione francese ([www.culture.gouv.fr](http://www.culture.gouv.fr)), in cui si afferma: «Les pouvoirs publics s'engagent: à proposer au Parlement les textes législatifs et à prendre les mesures réglementaires, permettant de mettre en oeuvre un mécanisme d'avertissement et de sanction visant à désinciter l'atteinte portée aux droits de propriété intellectuelle sur les réseaux numériques».

<sup>(22)</sup> Cfr. Extrait du compte rendu du Conseil des ministres du 18/06/08, pubblicato sul sito [www.assemblee-nationale.fr](http://www.assemblee-nationale.fr).

<sup>(23)</sup> Cfr. Journal Officiel del 13 giugno 2009.

<sup>(24)</sup> Sui compiti attribuiti a tale autorità cfr. art. 5, Loi n° 2009-669.

<sup>(25)</sup> Cfr. art. 5, Loi n° 2009-669, ove si prevede che «Cette recommandation contient également une information de l'abonné sur l'offre légale de contenus culturels en ligne, sur l'existence de moyens de sécurisation permettant de prévenir les manquements à l'obligation définie à l'article L. 336-3 ainsi que sur les dangers pour le renouvellement de la création artistique et pour l'économie du secteur culturel des pratiques ne respectant pas le droit d'auteur et les droits voisins».

aux livres Ier et II lorsqu'elle est requise »<sup>(26)</sup>. La sanzione prevista in caso di reiterata inottemperanza posta in essere entro un anno dalla ricezione della seconda comunicazione viene irrogata, fatte salve le garanzie del contraddittorio, dalla Commission de protection des droits<sup>(27)</sup> e consiste « en fonction de la gravité des manquements et de l'usage de l'accès » nell'imporre al soggetto su cui incombe l'onere di vigilanza l'adozione delle opportune misure atte a prevenire analoghi illeciti ovvero nella sospensione della connessione di rete da un minimo di due mesi ad un anno<sup>(28)</sup>, senza che tale sospensione incida sull'obbligo di pagare il corrispettivo dovuto al fornitore d'accesso.

Su tale testo di legge, a richiesta di più di sessanta deputati, ai sensi dell'art. 61, comma 2, della Costituzione francese, si è pronunciato il *Conseil constitutionnel* con la decisione n. 580 del 10 giugno 2009.

Il giudizio, che nello specifico ritiene incostituzionale la legge nella parte in cui demanda ad un'autorità amministrativa il potere di sanzionare un soggetto inibendone l'accesso alla rete, si fonda sulla presa di coscienza che il diritto di accesso, al giorno d'oggi, è motivo della più generale libertà di espressione e, in quanto tale, può trovare limitazioni solo nel rispetto delle garanzie assicurate dal sistema giudiziario. Nello specifico la Corte ritiene che, ai sensi dell'art. 11 della dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, riguardante la libertà di espressione, « en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services »<sup>(29)</sup>.

In primo luogo va dunque sottolineato come non sia stata affermata la

<sup>(26)</sup> Cfr. art. 11, Loi n° 2009-669.

<sup>(27)</sup> Ai sensi dell'art. 5, Loi n° 2009-669, « la Haute Autorité est composée d'un collège et d'une commission de protection des droits ».

<sup>(28)</sup> La sanzione può però essere attenuata in virtù della possibilità prevista dalla medesima legge di « proposer une transaction à l'abonné qui s'engage à ne pas réitérer le manquement constaté... ou à prévenir son renouvellement », in virtù della quale la sanzione si riduce ad un'inibizione dell'accesso da uno a tre mesi. In entrambi i casi la sospensione verrà comunicata dalla Commissione all'*access provider*, che dovrà conformarsi, pena la sanzione pecuniaria.

<sup>(29)</sup> Va incidentalmente aggiunto, in quanto non strettamente pertinente al tema oggetto di queste note, che la Corte si è altresì pronunciata sulla legittimità della presunzione di colpa prevista dalla legge a carico del titolare del contratto di accesso, ritenendola in contrasto con l'art. 9 della Dichiarazione del 1789 sulla presunzione d'innocenza in materia di sanzioni.

natura fondamentale di un preteso diritto di accesso alla rete, secondo quanto invece erroneamente divulgato dai *media* nel commentare la decisione, essendo questo semmai un obiettivo di politica del diritto, attuabile mediante la riduzione del c.d. *digital divide*, ovvero la disegualianza esistente nella società rispetto alle possibilità ed alle modalità di accesso alle fonti di informazione attraverso le reti informatiche.

Secondariamente, va osservato come ritenere che la libertà di espressione si manifesti anche attraverso le forme di comunicazione *on-line* è affermazione che, sebbene apparentemente innovativa, non fa che prendere atto dell'attuale contesto sociale, caratterizzato dall'avvento della c.d. *network society* <sup>(30)</sup> e del c.d. *web 2.0* <sup>(31)</sup>, in cui le reti informatiche non costituiscono più solamente fonte di svago o di intrattenimento, bensì rappresentano per molti soggetti uno dei principali canali di socializzazione, di gestione delle relazioni interpersonali (lavorative e non), nonché di condivisione delle conoscenze. In tal contesto la libertà di espressione, intesa non solo in chiave comunicativa ma anche nel più ampio senso di realizzazione dell'individuo, passa anche attraverso l'accesso alle reti informatiche, ragion per cui le conseguenze che un'inibizione dello stesso comporta possono essere assai rilevanti non solo in termini economici, in ragione dell'impiego della rete per scopi lavorativi in senso ampio (dal telelavoro al *trading on-line*), ma anche relazionale (si pensi a chi gestisce un *blog* o semplicemente a chi intrattiene corrispondenze abituali via *e-mail*).

Anche limitando i rilievi solamente a queste osservazioni generali, tralasciando l'approfondimento delle molteplici sfaccettature del « web sociale » affermatosi negli ultimi anni, è dunque evidente come, sebbene appaia

---

<sup>(30)</sup> Cfr. a riguardo CASTELLS, *The Information Age-Economy, Society and Culture*, Vol. I: *The Rise of the Network Society*, Cambridge-Oxford, 1996, p. 469, secondo cui le funzioni ed i processi dominanti nell'Età dell'informazione sono sempre più organizzati intorno a reti: « networks constitute the new social morphology of our societies, and the diffusion of networking logic substantially modifies the operation and outcomes in processes of production, experience, power, and culture. . . . the power of flows takes precedence over the flows of power ».

<sup>(31)</sup> Cfr. voce *Web 2.0* in Wikipedia (<http://it.wikipedia.org>): « Il Web 2.0 è una locuzione utilizzata per indicare genericamente uno stato di evoluzione di Internet (e in particolare del World Wide Web), rispetto alla condizione precedente. Si tende ad indicare come Web 2.0 l'insieme di tutte quelle applicazioni online che permettono uno spiccato livello di interazione sito-utente. . . . La locuzione pone l'accento sulle differenze rispetto al cosiddetto Web 1.0, diffuso fino agli anni '90, e composto prevalentemente da siti web statici, senza alcuna possibilità di interazione con l'utente eccetto la normale navigazione tra le pagine, l'uso delle email e l'uso dei motori di ricerca ».



ragionevole sanzionare anche incisivamente le violazioni del diritto d' autore, vadano comunque tenuti in adeguato conto i contrapposti interessi, addivenendo ad un bilanciamento che, questo il senso della pronuncia, non può essere demandato ad un' autorità amministrativa, ma, in ragione della rilevanza dei beni protetti, compete all' autorità giudiziaria.

L' orientamento espresso dal *Conseil Constitutionnel* pare poi in linea con le indicazioni a tutt' oggi provenienti dall' Unione Europea posto che, nel mese di aprile, il Parlamento europeo ha approvato una risoluzione con cui si « invita la Commissione e gli Stati membri a riconoscere che *internet* costituisce un ampio spazio per l' espressione della cultura, l' accesso alla conoscenza, la partecipazione democratica alla creatività europea, la coesione tra le generazioni grazie alla società dell' informazione; li invita quindi a evitare l' adozione di misure in contrasto con le libertà civili, i diritti umani e i principi di proporzionalità, efficacia e dissuasività, quali l' interruzione dell' accesso a internet » (32). Successivamente, durante la discussione, in seconda lettura, del c.d. pacchetto telecom (avviato alla terza lettura nell' autunno 2009) è stata inoltre apertamente rigettata proprio l' impostazione della « dottrina Sarkozy », introducendo uno specifico emendamento volto a modificare l' art. 8, par. 4, dir. 2002/21/CE, aggiungendovi la lettera *h*) ai sensi del quale « [Le autorità nazionali di regolamentazione promuovono gli interessi dei cittadini dell' Unione europea, tra l' altro] applicando il principio in base al quale non possono essere imposte limitazioni ai diritti e alle

---

(32) Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo sulle industrie culturali in Europa, adottata il 10 aprile 2008. Lo stesso documento sollecita a « ripensare la questione critica della proprietà intellettuale dal punto di vista culturale ed economico . . . richiama a tal fine l' attenzione sul fatto che la criminalizzazione dei consumatori che non perseguono profitto non è la buona soluzione per combattere la pirateria digitale ». Cfr. altresì la più recente Raccomandazione del Parlamento europeo del 26 marzo 2009 destinata al Consiglio sul rafforzamento della sicurezza e delle libertà fondamentali su *internet*, ove si riconosce che *internet* « sta diventando uno strumento indispensabile per promuovere iniziative democratiche, un nuovo foro per il dibattito politico (ad esempio, per campagne elettroniche e il voto elettronico), uno strumento fondamentale a livello mondiale per esercitare la libertà di espressione (ad esempio il blog) . . . ha anche ampliato la gamma delle fonti di notizie a disposizione dei singoli, che possono ora attingere a un flusso di informazioni proveniente da diverse parti del mondo ».

(33) Cfr. Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 6 maggio 2009 relativa alla posizione comune del Consiglio in vista dell' adozione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica delle direttive 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, 2002/19/CE relativa all' accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all' interconnessione delle medesime e 2002/20/CE relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, testo approvato il 6 maggio 2009.

libertà fondamentali degli utenti finali, in assenza di una decisione preliminare da parte dell'autorità giudiziaria, in particolare a norma dell'articolo 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, sulla libertà di espressione e di informazione, ad eccezione del caso in cui vi sia una minaccia per la sicurezza pubblica e l'intervento dell'autorità giudiziaria sia successivo»<sup>(33)</sup>.

In favore della c.d. «dottrina Sarkozy» si sono tuttavia mosse le potenti *lobby* del settore audio-video, non stupisce dunque, che a fronte della discussione avvenuta in sede europea, sia in Francia<sup>(34)</sup> che in altri stati (è il caso del Regno Unito<sup>(35)</sup>), non siano mancate le iniziative volte a sanzionare, mediante l'interruzione del servizio, i soggetti dediti alla pirateria digitale.

3. – Con riguardo sia alle motivazioni della decisione del *Conseil constitutionnel* che alla citata modifica del c.d. pacchetto telecom, va rilevato come punto critico delle misure dapprima proposte in Francia non sia solamente costituito dall'individuazione dell'autorità competente ad irrogare la sanzione e dall'*iter* procedimentale relativo. Anche ipotizzando infatti un trasferimento di competenze all'autorità giudiziaria<sup>(36)</sup>, permangono dubbi significativi sulla tipologia di intervento repressivo e sulla sua concreta operatività.

Occorre infatti interrogarsi sul rispetto del principio di proporzionalità fra «taglio» della connessione e violazione del diritto d'autore, proprio nell'ottica della rilevanza assunta da *internet*, ormai ampiamente riconosciuta

---

<sup>(34)</sup> Cfr. artt. 3 e 3-bis del *projet de Loi relatif à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet*, nel testo della *Commission des Affaires Cultures et de l'éducation*, attualmente in prima lettura all'*Assemblée Nationale*, presentato al fine di conformare la normativa sulla tutela del diritto d'autore *on-line* alla decisione del *Conseil constitutionnel*.

<sup>(35)</sup> Cfr. *Government statement on the proposed P2P file-sharing legislation*, s.d. (ma agosto 2009), pubblicato sul sito ufficiale del Department for business Innovation & Skills ([www.berr.gov.uk](http://www.berr.gov.uk)), in cui si afferma: «we are considering the case for adding into the list of technical measures the power, as a last resort, to suspend a subscriber's account». Una linea più «morbida» rispetto a quella francese emerge poi ove viene presa in considerazione nel dettaglio l'ipotesi di disconnessione precisando quanto segue: «although we continue to regard the uptake and use of Internet services as essential to a digital Britain, we are considering the case for adding suspension of accounts into the list of measures that *could* be imposed. This does not necessarily mean that suspension would be used – this step would obviously be a very serious sanction as it would affect all members of a household equally, and might disrupt access to other communications, so it should be regarded as very much a last resort».

<sup>(36)</sup> Cfr. in tal senso artt. 3 e 3-bis del *projet de Loi relatif à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet*, cit.

in ambito sociologico, non solo quale mezzo di comunicazione, ma soprattutto di interazione fra individui. In tal contesto c'è da chiedersi come sia possibile che la commissione di un'infrazione, se non nei casi di estrema gravità, possa estromettere *ex abrupto* un soggetto da un contesto relazionale spesso difficilmente gestibile o addirittura ricostruibile per altre vie. Presa infatti coscienza delle dinamiche di gruppo che vengono a generarsi *on-line* appare difficile negare l'affermarsi anche in tale ambito dei principi inerenti la libertà di espressione declamati in diversi documenti internazionali a cominciare dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>(37)</sup>, alla luce dei quali sorge il dubbio non solo sulla proporzionalità ma addirittura sulla legittimità di una misura di «isolamento digitale».

Per altro l'incisività di tale soluzione, unita alla frequenza con cui andrebbe applicata<sup>(38)</sup>, innescherebbe necessariamente un contenzioso di significative dimensioni che, ove attribuito al giudice ordinario, sarebbe destinato ad aver conseguenze negative sull'amministrazione della giustizia, con qualche dubbio in punto di politica del diritto circa l'opportunità di rallentare l'attività dei tribunali al fine di accondiscendere alle richieste delle *lobby* dei produttori e distributori di contenuti digitali. Occorre infatti non dimenticare come il dilagare della «pirateria», spesso occasionale («domestica») e non professionale, non sia estraneo alle strategie di mercato adottate dalla *major* volte ad una massimizzazione dei profitti, mediante politiche di prezzo (alla riduzione dei costi di produzione dalla digitalizzazione non ha sempre corrisposto una riduzione dei prezzi), di limitazione alla

---

(37) Cfr. in proposito la Raccomandazione del Parlamento europeo del 26 marzo 2009 destinata al Consiglio sul rafforzamento della sicurezza e delle libertà fondamentali su *internet*, ove si afferma che «internet dà pieno significato alla definizione di libertà di espressione sancita all'articolo 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare nella sua dimensione "senza limiti di frontiera". Tra le altre fonti di carattere internazionale si vedano inoltre le disposizioni concernenti la libertà di espressione contenute nell'art. 10 della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 e nell'art. 19 del patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 1966.

(38) Cfr. Presidenza del Consiglio dei Ministri-Comitato tecnico contro la pirateria digitale e multimediale, materiali relativi all'audizione dei rappresentanti della Federazione Industria Musicale Italiana del 5 marzo 2009, consultabili al sito [www.governo.it](http://www.governo.it), ove sono riportati i seguenti dati: il 23% degli utilizzatori italiani di *internet* usa connessioni *peer-to-peer* (pari a sei milioni di utenti), il fenomeno risulta stabilizzato (crescita fra il 2007 ed il 2008 pari all'1%), la media dei brani musicali scaricati è di 1300 *file* per ogni computer. A livello internazionale si calcola che il 95% dei brani musicali sia scaricato illecitamente e che il 16% degli utilizzatori di *internet* in Europa scambi regolarmente musica sulle reti *peer-to-peer*, cfr. IFPI, *Digital Music Report 2009. I nuovi modelli di business dell'industria musicale in un mondo che cambia, versione italiana*, aprile 2009, p. 22, consultabile al sito [www.fimi.it](http://www.fimi.it).

fruizione (si pensi ai DRM), di restrizione nell'accesso alle risorse (messa fuori distribuzione delle opere). Benché la violazione del diritto d'autore costituisca fattispecie giuridicamente rilevante, occorre infatti chiedersi se il legislatore, ed i giudici, debbano finire per divenire lo strumento di cui servirsi per perpetuare specifiche posizioni di vantaggio e profitto, anziché rivedere i *business model* affermatasi in tempi ed in contesti differenti.

Sempre guardando ai profili più strettamente applicativi, non sono poi chiare le conseguenze che le politiche paventate potrebbero avere con riguardo alle imprese, *in primis* quelle del settore ICT. Apparentemente, optando per il modello francese, i fornitori di connessione non verrebbero danneggiati dal «distacco» imposto all'utente, essendo questi comunque tenuto a pagare l'abbonamento oggetto del contratto di accesso sino al termine<sup>(39)</sup>. In realtà tale valutazione non tiene conto delle differenti soluzioni tariffarie, laddove sono presenti piani che prevedono quote, più o meno rilevanti, del corrispettivo legate ai consumi (quantità, fascia oraria, durata, ecc.), destinate dunque a venir meno in assenza di connessione. Se poi non è previsto un termine finale del contratto ma solamente la possibilità di recesso con preavviso l'effetto «sanzionatorio» del pagamento della connessione nonostante l'utilizzo verrebbe fortemente ridimensionato, potendo l'utente avvalersi di tale diritto quanto prima. D'altro canto, ove come auspicato dai proponenti, il fornitore di accesso continuasse a percepire quanto pattuito senza erogare il servizio potrebbe sorgere un contenzioso, in merito al profilo dell'ingiustificato arricchimento così conseguito, non certo gradito agli *access-provider* e comunque destinato ad incidere sui loro profitti.

Per altro l'applicazione della c.d. «dottrina Sarkozy» richiederebbe anche un coinvolgimento di tali figure professionali, incaricate di distribuire le comunicazioni elettroniche inerenti le violazioni agli utenti autori delle stesse<sup>(40)</sup>, con conseguenze in termini di costi strutturali, organizzativi e di tempo-uomo. Non ultimo, tale coinvolgimento porrebbe i fornitori d'accesso nella posizione non certo popolare, e dunque gradita ad operatori commerciali, di collaboratori dell'apparato volto a sanzionare gli utenti, non dimenticando a riguardo che la maggior domanda di connessioni ad elevata prestazione (e dunque più redditizia per i fornitori) è più facile che venga da chi scarica centinaia di contenuti *on-line* anziché da chi si limita ad utilizzare il solo servizio di posta elettronica.

---

<sup>(39)</sup> Cfr. ora art. 3 del *projet de Loi relatif à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet*, cit.

<sup>(40)</sup> Cfr. art. 5, Loi n° 2009-669.

Ad essere potenzialmente interessati da un eventuale « giro di vite » à la Sarkozy non sono però solo gli operatori del settore, ma più in generale tutte le imprese. Se infatti è vero che non mancano in molte realtà aziendali specifici regolamenti volti ad ostacolare e reprimere il fenomeno, è fatto di comune esperienza che un notevole volume di connessioni *on-line* per finalità private che viene posto in essere dai dipendenti sui luoghi di lavoro; è dunque ragionevolmente ipotizzabile che in molti casi sulle reti aziendali transitino anche contenuti illeciti ai sensi della normativa sul diritto d'autore. Da qui il dilemma: il legislatore dovrà creare una « zona franca » rispetto all'impiego delle sanzioni volte alla disconnessione degli utenti o in poco tempo molte aziende verranno tagliate fuori dalla rete? In proposito il Ministro della Cultura e della Comunicazione francese nel presentare il disegno di legge, poi divenuto la Loi n° 2009-669, aveva espressamente ipotizzato l'esclusione dell'applicazione di tale sanzione alle imprese <sup>(41)</sup>, tuttavia una simile soluzione, oltre ad indurre un interrogativo sull'uguaglianza di trattamento, aprirebbe comunque una falla nel sistema repressivo.

A ben vedere dunque i rimedi proposti dai fautori della « linea dura » contro la pirateria digitale solo apparentemente semplificano il quadro esistente e la portata deterrente degli stessi sembra più legata all'eco che creano nei *mass media* che ad una loro concreta applicazione. In proposito non va poi dimenticato che presupposto del « distacco » è comunque l'individuazione dell'illecito e dell'utenza impiegata per la commissione dello stesso, operazioni che, specie nei confronti di professionisti della contraffazione, è spesso tutt'altro che agevole, dovendosi solitamente fronteggiare svariate soluzioni informatiche volte a celare o mascherare la reale identità del soggetto o rapportarsi con forme di scambio di materiali digitali difficilmente rilevabili senza un comportamento attivo dei *provider* teso al controllo del traffico dati <sup>(42)</sup>, che al momento non è ipotizzabile per i motivi suddetti, acuiti dai costi ingenti che tali operazioni richiederebbero.

---

<sup>(41)</sup> Nella relazione al progetto di legge si afferma: « La Haute Autorité pourra également, en fonction de l'usage - notamment professionnel - qui est fait de l'accès au service de communication, recourir à une sanction alternative sous la forme d'une injonction délivrée à l'abonné de prendre des mesures de nature à prévenir le renouvellement du manquement et à lui en rendre compte, le cas échéant sous astreinte. Cette mesure pourra faire l'objet d'une publication aux frais de l'abonné. Une telle sanction est plus particulièrement destinée aux entreprises et aux personnes morales en général, pour lesquelles la suspension de l'accès à internet pourrait revêtir des conséquences disproportionnées ».

<sup>(42)</sup> Cfr. *supra* nota 5.

C'è dunque da domandarsi se davvero, ed ancor più in contesti dove si esalta (o si esaltava?) il ruolo del mercato, sia opportuno che il sistema giudiziario, parte di quello economico e, più in generale la società, debbano pagare i «costi» ora sinteticamente indicati solo perché, in termini di profitto, per le *major* «se tutto deve rimanere com'è, è necessario che tutto cambi» (43).

---

(43) Nel licenziare le bozze del presente contributo si dà conto dell'intervenuta approvazione del *projet de Loi relatif à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet* di cui *supra* nota 34: cfr. ora Loi n° 2009-1311 del 28 ottobre 2009, con cui la competenza a comminare l'eventuale sanzione del "distacco" è passata dalla *Haute Autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur internet* all'autorità giudiziaria. Nel mentre a livello comunitario, nell'ambito della discussione del c.d. pacchetto telecom, si è giunti ad un testo di compromesso in virtù del quale l'accesso ad internet potrà essere limitato, ove necessario e proporzionato, dopo che sia conclusa una procedura giusta e imparziale che tenga conto del diritto dell'internauta ad essere ascoltato; cfr. comunicato stampa del Parlamento europeo, *Telecom e accesso a Internet: accordo tra il Parlamento e il Consiglio*, 5 novembre 2009.