

TRIBUNALE ROMA

17 MARZO 2008

G.D.: MUSCOLO

PARTI: TECHLAND SP.Z.O.O.

PEPPERMINT

TISCALI ITALIA S.P.A

Diritti di proprietà intellettuale • Diritto alla riservatezza

• Bilanciamento • « File-sharing » • Siti internet che consentono la condivisione e lo scambio gratuito di files e programmi contenenti anche opere protette

• Ordine di discovery al provider, su richiesta del titolare del diritto d'autore, al fine di svelare i dati dei consumatori utenti del servizio informatico e utilizzatori dei programmi di file-sharing

• Inammissibilità • Motivi: violazione del diritto alla privacy • Presupposti per l'ordine di discovery: lesione di interessi della

collettività protetti da diritto penale.

L'acquisizione gratuita, tramite il « file-sharing », di opere protette dai diritti di proprietà intellettuale, consentita agli utenti da determinati siti internet, non giustifica l'obbligo di « discovery » al provider, consistente nella rivelazione dei dati idonei ad indentificare i consumatori utenti del servizio informatico ed utilizzatori dei programmi di file-sharing, anche alla luce della vigente normativa comunitaria, in quanto nel bilanciamento tra il diritto di proprietà intellettuale e il diritto alla riservatezza la prevalenza del primo sul secondo è giustificata unicamente se unita alla lesione di interessi della collettività protetti da diritto penale.

Letti gli atti, sciolta la riserva, ha emesso la seguente

ORDINANZA. — RITENUTO. — Sul procedimento: che la Techland sp.z.o.o., società con sede in Polonia, di produzione e commercializzazione di computer games, e in particolare del gioco Call of Juarez, nonché la

* Nell'ordinanza in epigrafe il bilanciamento tra le ragioni di tutela della proprietà intellettuale e quelle del diritto alla riservatezza di chi opera in rete segna la prevalenza di queste ultime sulle prime, stabilendo come l'acquisizione tramite il « file sharing » di opere protette da diritti di proprietà intellettuale non giustifichi, in un giudizio civile, l'esibizione ex art. 156-bis L. 633/1941 (c.d. ordine di « discovery »). Il Tribunale richiama la Corte di Giustizia, 29 gennaio 2008, C 275/06 (in questa *Rivista*, 2008 p. 182), alla quale era stata sottoposta la questione pregiudiziale se il diritto comunitario, e in particolare le direttive 2000/31, 2001/29 e 2004/48 (cd. direttiva *enforcement*), lette anche alla luce degli artt. 17 e 47 della Carta, impongano agli Stati membri di istituire, ai fini dell'effettiva tutela del diritto d'autore, l'obbligo di comunicare taluni dati personali nel contesto di un procedimento

civile. A tal proposito la Corte di Giustizia aveva escluso che le richiamate disposizioni impongano un tale obbligo, dovendo al contrario gli Stati membri, in occasione del recepimento delle direttive, fondarsi su una interpretazione delle medesime tale da garantire un giusto equilibrio tra i diversi diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico comunitario. L'Autorità Garante Protezione dati personali, pronunziatasi sul medesimo caso di specie con provvedimento del 28 febbraio 2008, ha statuito che l'attività di raccolta dei dati configuri un'attività di monitoraggio, vietata dalla direttiva 2002/58/CE, disponendo, conseguentemente, il divieto dell'ulteriore trattamento e la cancellazione dei dati personali così raccolti.

Conformemente alla ordinanza in epigrafe, si veda Trib. Roma, 16 luglio 2007 (ancora sul « caso Peppermint », in questa *Rivista*, 2007, p. 828, con nota di C. BLEN-

Peppermint Jam Records GmbH, società con sede in Germania, di produzione musicale, in particolare con fonogrammi degli artisti cantanti Mousse, Warren, Roachford e Kakande, agiscono contro Tiscali Italia s.p.a., società provider di servizi informatici, domandando al tribunale un ordine a quest'ultima di fornire le generalità dei soggetti utenti del servizio che hanno effettuato sul sistema Internet il cosiddetto file-sharing delle citate opere coperte dal diritto di autore, identificati mediante numeri di protocollo da un'indagine di parte commessa alla impresa svizzera Logistep;

— che Tiscali, costituita, chiede la reiezione della domanda, eccependo: in via pregiudiziale la inammissibilità della domanda per difetto di strumentalità e anticipatorietà rispetto a una domanda nei confronti del provider, e la ineseguibilità del provvedimento in violazione del diritto alla privacy dei consumatori; in via preliminare il difetto di possibilità giuridica della domanda come proposta, di pericolo nel ritardo e di legittimazione del gestore della rete; nel merito la non proteggibilità dei giochi elettronici secondo il diritto di autore e la inammissibilità della prova del downloading, acquisita da parte ricorrente illecitamente in violazione delle regole sulla privacy, nonché il concorso di colpa delle società ricorrenti che non hanno agito nei confronti dei produttori e fornitori dei programmi di file sharing;

— che nel procedimento spiegano intervento autonomo il Garante per la Protezione dei dati personali (d'ora in poi « Garante »), il Codancons (Coordinamento delle Associazioni a tutela dell'Ambiente e dei diritti dei consumatori e degli utenti) e l'Adiconsum (Associazione Difesa Consumatori e Ambiente), associazioni rappresentative dei consumatori (d'ora in poi « Associazioni dei Consumatori »), che tutti domandano la reiezione della domanda, lesiva del diritto alla privacy dei consumatori utenti;

— che l'Adiconsum solleva altresì questione di legittimità costituzionale dell'art. 156-bis della legge 633/1941 sul diritto di autore per contrasto con l'art. 15 Cost., nonché questione di interpretazione pregiudiziale delle disposizioni di diritto comunitario di cui la parte ricorrente chiede la applicazione in punto sussistenza o no di un obbligo degli Stati membri di garantire la comunicazione di dati personali in un procedimento civile a tutela del diritto di autore; Sul caso: che i fatti portati all'esame della corte in questo e in numerosi analoghi casi, si riferiscono al fenomeno no-

GINO e M.A. SENOR), secondo cui l'art. 156-bis L. 633/1941 non può trovare applicazione con riferimento alla richiesta di esibizione di dati che attengono a comunicazioni elettroniche, né di dati di traffico da queste prodotte, in quanto la tutela della riservatezza delle comunicazioni elettroniche e telematiche tra privati, come valore fondamentale della persona, prevale sulla tutela del diritto d'autore. Di segno contrario, è l'orientamento di Trib. Roma 19 agosto 2006 (*ibidem*, p. 815), anch'esso relativo al c.d. « caso Peppermint », ove l'accento è posto sulla interpretazione della norma di cui all'art. 24, lett. f), D.Lgs. 196/2003, richiamata anche dalle ordinanze

già citate, ma con differenti esiti. Infatti, se nella pronuncia del 16 luglio 2007 si rinvia la inapplicabilità della norma al caso di specie, in quanto, secondo l'interprete, la disposizione può trovare applicazione solo se il dato personale, trattato senza il consenso dell'interessato, sia previamente e legittimamente in possesso di chi intende utilizzarlo per far valere un diritto, nell'ordinanza Trib. Roma 19 agosto 2006 il bilanciamento di interessi era stato risolto proprio sulla base dell'applicazione dell'art. 24, lett. f), D.Lgs. 196/2003, con la conseguente prevalenza del diritto d'autore su quello della riservatezza dei soggetti che operano in rete.

toriamente denominato file-sharing: P2P (peer to peer) è una rete di computers gestiti dalle principali società providers di servizi informatici, privi di un server fisso e collegati da una serie di takers, nodi informatici;

— che il programma mezzo per partecipare al P2P è scaricabile dal sistema Internet, e la partecipazione al programma mezzo permette di accedere ad appositi siti ove praticare il cosiddetto file-sharing, e cioè la condivisione diretta di programmi e files, contenenti anche opere protette dal diritto di autore, in particolare opere musicali, mediante operazioni di uploading e downloading degli stessi in rete;

— che l'identificazione degli utenti è data da un username, o nickname, a cui corrisponde un codice GUID, quella dei files mediante il cosiddetto valore hash e quella del computer mediante l'indirizzo IP, dati tutti in possesso dei gestori della rete, così come le generalità degli utenti consumatori, che altrimenti restano anonimi; — che le parti ricorrenti hanno commissionato alla Logistep, società di monitoraggio antipirateria, una indagine, eseguita la quale questa ha identificato una serie di valori hash, codici GUID e indirizzi IP, corrispondenti ad altrettanti utenti e files contenenti le opere di proprietà delle due società condivise in rete a una data ora;

— che per contro non sono in possesso delle parti ricorrenti le informazioni relative alle generalità dei medesimi utenti, che la parte resistente non contesta essere nella propria disponibilità di fatto, contestandone invece la disponibilità di diritto per essere tali dati riservati, e su questo punto specifico è sorto il conflitto tra le parti portato avanti a questo tribunale;

— Sulle questioni: che il caso pone numerose questioni, sia pregiudiziali, sia preliminari, rilevabili d'ufficio e sollevate con eccezioni delle parti resistenti e dei terzi intervenuti, e su cui si registrano precedenti, anche contrastanti tra loro di questo tribunale;

— In particolare sulla questione pregiudiziale di ammissibilità della discovery: che la prima questione, pregiudiziale e di rito e rilevabile d'ufficio, è quella della ammissibilità della domanda, così come proposta dalla parte ricorrente, collegata altresì alla questione preliminare della possibilità giuridica della azione così come esercitata dalla parte ricorrente, sollevata da parte resistente;

— che la parte ricorrente propone una domanda, da essa qualificata come domanda di discovery in via cautelare, il cui petitum è costituito dalle informazioni sui dati di consumatori utenti del servizio informatico e utilizzatori dei programmi di file sharing, e la causa petendi dalla lesione dei diritti di proprietà intellettuale delle società di produzione sulle opere scambiate gratuitamente in rete, e che la parte fonda sugli artt. 8.3 della direttiva CE 2001/29 (sulla armonizzazione di taluni aspetti del diritto di autore e dei diritti connessi nella società della informazione), sugli artt. 8, 9 e 11 della direttiva CE 2004/48 (c.d. direttiva enforcement) e sugli artt. 156 e 156-bis e 156-ter della legge 1941/633 sul diritto di autore;

— che la medesima parte argomenta la possibilità giuridica della propria domanda sul presupposto di una serie di « errori » del legislatore storico, postulando, quanto all'art. 8.3 della dir. 2001/29, che nel testo italiano l'uso del termine « inibitoria » invece di quello « ingiunzione » sarebbe frutto di un errore di traduzione e, circa l'art. 156-bis e 156-ter, che la mancata menzione, tra i destinatari dell'ordine, dei terzi in pos-

sesso delle informazioni, costituirebbe una omissione materiale in sede di recepimento della dir. 2004/48;

— che deve premettersi che la interpretazione dei testi legislativi non può fondarsi sulla mera presupposizione di « errori » del legislatore storico, ma deve avvenire in applicazione delle norme sulla interpretazione di cui all'art. 12 delle preleggi e con l'uso dei criteri ermeneutici di cui alla teoria generale della interpretazione, che prevede a fronte dell'ipotesi di « errore » del legislatore storico che recepisce la norma comunitaria, strumenti differenti quali la ricostruzione adeguatrice e conservatrice della norma o il ricorso alla interpretazione pregiudiziale della disposizione recepita da parte della Corte di Giustizia;

— che anche le conclusioni dell'avvocato generale nel caso C-342/01 avanti alla Corte di Giustizia, citate dalla stessa parte ricorrente, affermando che « le varie versioni linguistiche di una disposizione comunitaria vanno interpretate in modo uniforme e, in caso di divergenze tra di esse, la disposizione deve essere interpretata in funzione della economia generale e della finalità della normativa », richiamano i criteri ermeneutici sistematico e teleoelogico, ai fini della ricostruzione di una norma valida ed efficace (vedi in questo senso CGE 8 dicembre 2005, C-280/04, caso *Jyske Finans*);

— che l'art. 8.3 della dir. 2001/29, nel testo italiano, anch'esso ufficiale, recita « Gli Stati membri si assicurano che i titolari dei diritti possano chiedere un provvedimento inibitorio (sottolineatura dell'estensore) nei confronti degli intermediari i cui servizi siano utilizzati da terzi per violare un diritto di autore o diritti connessi », laddove « provvedimento inibitorio è sinonimo dei termini « injunction » e « ordonnance »;

— che dunque tra i vari testi non vi è alcuna divergenza, e la disposizione è chiara nel suo significato, di attribuzione al titolare del diritto di proprietà intellettuale di una azione inibitoria dell'atto illecito dell'intermediario in concorso con i terzi utilizzatori e non regola affatto l'accesso d'urgenza alla prova dell'illecito, e dunque non è norma applicabile al caso di specie in cui la azione è stata ricostruita come sopra;

— che l'art. 156-bis, inserito nella legge dal D.Lgs. 16 marzo 2006 n. 140, prevede che « Qualora una parte abbia fornito seri elementi dai quali si possa ragionevolmente desumere la fondatezza delle proprie domande e abbia individuato...informazioni detenuti dalla controparte che confermino tali indizi, essa può ottenere che il giudice ...richieda le informazioni alla controparte ». Può ottenere altresì che il giudice ordini alla controparte di fornire gli elementi per la identificazione dei soggetti implicati nella ...distribuzione dei ...servizi che costituiscono violazione dei diritti di cui alla presente legge »;

— che l'art. 156-ter, inserito come sopra, prevede invece che « L'autorità giudiziaria sia nei giudizi cautelari che di merito può ordinare, su istanza giustificata e proporzionata del richiedente, che vengano fornite informazioni sulla origine e sulle reti di distribuzione di merci o di prestazione di servizi che violano un diritto di cui alla presente legge da parte dell'autore della violazione o da ogni altra persona che b) sia stata sorpresa a fornire su scala commerciale servizi utilizzati in attività di violazione di un diritto »;

— che tali disposizioni attuano l'art. 8 della dir. 2004/48, trasponendolo letteralmente, e quindi senza alcuna lacuna di regolamentazione da riempirsi in sede di interpretazione, mentre gli artt. 9 e 11 della mede-

sima direttiva, richiamati dalla parte ricorrente, che regolano rispettivamente le diverse fattispecie dell'ingiunzione interlocutoria (sottolineatura dell'estensore), anche contro « un intermediario « i cui servizi siano utilizzati da terzi per violare un diritto di proprietà intellettuale », e cioè della inibitoria cautelare per la prevenzione della violazione, e della inibitoria definitiva, non sono applicabili al caso di specie con la suesposta azione;

— che le predette disposizioni attuano altresì l'art. 47 dell'accordo ADPIC, allegato C dell'accordo istitutivo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC), approvato dalla decisione 94/800/CE (d'ora in poi « Accordo Trips), che prevede altresì l'ordine di discovery all'autore della violazione « a meno che ciò non sia sproporzionato rispetto alla gravità della violazione »; ...

— che nel caso di specie la azione proposta è qualificabile dalla corte, nell'esercizio del suo potere-dovere a proposito, come istanza di discovery delle informazioni sulla rete di distribuzione di servizi di file-sharing diretta al provider del servizio informatico e la sua possibilità giuridica è fondata unicamente sugli artt. 156-bis e 156-ter citati, salva la ulteriore questione preliminare della legittimazione del gestore resistente;

— che, per opinione costante di dottrina e giurisprudenza, la discovery non è una misura cautelare, ma un mezzo istruttorio, che deroga in parte ai principi generali sia di piena disponibilità della prova ad opera delle parti, introducendo con l'ordine del giudice degli elementi di officiosità, sia di allocazione dell'onere della prova, ponendolo a carico della parte attrice soltanto quanto agli elementi di prova (« seri indizi ») e non alla prova piena, il cui onere è spostato sulla controparte a cui i fatti da provare sono più prossimi;

— che le due concorrenti rationes di specialità della norma sono da un lato la compensazione della asimmetria informativa delle parti nel processo di proprietà intellettuale, dall'altra l'accrescimento della efficienza della tutela contro la contraffazione, che è data sia dalla efficacia per la individuazione di tutti gli autori della violazione sia dalla economicità della partecipazione di tutti i soggetti concorrenti nell'illecito allo stesso procedimento;

— che la norma è sì speciale, ma non eccezionale nel sistema di acquisizione della prova nel processo di proprietà industriale, essendo ivi rinvenibili altre norme derogatorie di quelle generali sulla disponibilità e l'onere della prova, tra cui possono citarsi ad esempio quelle che regolano la consulenza tecnica, e dunque trattasi di norma suscettibile di interpretazione estensiva e analogica;

— che così qualificata la domanda la questione della sua ammissibilità sotto il profilo della strumentalità deve rapportarsi non ad una azione di merito, bensì al processo in cui utilizzare le prove raccolte con la discovery, e a questo proposito deve rilevarsi che l'art. 156-ter menziona espressamente anche il processo cautelare, in piena attuazione dell'art. 24 Cost., che, nella interpretazione più recente, tutela parimenti il diritto di azione ordinaria e di azione cautelare;

— che ulteriore rilevante questione è quella della ammissibilità della discovery in via preventiva rispetto al processo (di merito o cautelare) da instaurare, che a parere di questo tribunale deve risolversi positivamente, con una interpretazione estensiva delle citate norme sulla discovery, che la ammettano anche come misura di istruzione preventiva,

per assicurarsi anticipatamente una prova altrimenti a rischio di assunzione;

— che la locuzione dell'art. 8 della direttiva enforcement « nel contesto dei procedimenti riguardanti la violazione di un diritto di proprietà intellettuale », nella perdurante disarmonia delle regole processuali negli Stati membri, deve ritenersi correttamente recepita se parametrata sul sistema processuale nazionale, quanto ai procedimenti e alle fasi dei medesimi in cui ammettere la discovery, purché la materia del contendere abbia a oggetto la violazione del diritto di proprietà industriale; — Sulle questioni preliminari di legittimazione del gestore della rete e di pericolo; che così risolte le questioni di qualificazione della azione e sua possibilità giuridica, anche la legittimazione ad agire e resistere deve essere accertata in relazione a una domanda di discovery in via preventiva e all'ordine di ostensione (vedi anche Trib. Roma, 18 agosto 2006);

— che l'art. 156-ter sopraccitato prevede che l'ordine di discovery possa essere rivolto anche a « ogni altra persona (n.d.e. diversa dall'autore della violazione ») che:... *b*) sia stata sorpresa a fornire su scala commerciale servizi utilizzati in attività di violazione di un diritto », e tale norma fonda di per sé la legittimazione a resistere del provider nel procedimento in esame;

— che, essendo la discovery misura istruttoria e non cautelare, non assume rilevanza il periculum in mora quale condizione dell'azione, ma semmai, stante l'uso del mezzo istruttorio in via preventiva, deve accertarsi l'urgenza di raccogliere la prova, che potrebbe volatilizzarsi nelle more, condizione rinvenibile nel caso di specie, in cui lo stesso sistema interplanetario di Internet, permettendo accessi ai siti di file sharing in numero indeterminato e con grande rapidità, rende presumibile la difficoltà di identificazione di tutti i singoli consumatori a distanza di tempo dai fatti;

— Sulla questione dell'uso della discovery per la comunicazione di dati personali, che la questione fondamentale posta dal caso in esame, che è alla base dell'interesse a intervenire del Garante e delle Associazioni dei Consumatori, è quella del conflitto apparente tra la norma dell'art. 8 della direttiva enforcement e le norme nazionali di recepimento di questa e dunque gli artt. 156-bis e 156-ter richiamati, a tutela dei diritti di proprietà industriale, da un lato, e alcune norme delle direttive CE in materia di società della informazione e del D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196 (codice in materia di protezione dei dati personali, d'ora in poi « Codice della privacy »);

— che tale questione è stata risolta con varie oscillazioni dalla giurisprudenza di questo tribunale ed è stata ora affrontata dalla sentenza della Corte di Giustizia del 29 gennaio 2008 nel procedimento C275/06 (Productores de Musica de Espana. Promusicae contro Telefonica de Espana SAU, d'ora in poi caso Promusicae), su rinvio pregiudiziale del Juzgado de lo Mercantil n. 5 de Madrid, pronuncia vincolante per la Corte, quale giudice europeo;

— che il contesto normativo comunitario rilevante può essere ricostruito come segue: l'art. 2 della direttiva enforcement fa salva la applicazione delle direttive 95/46 Ce, 1999/93 Ce e 2000/31 CE; l'art. 3 della medesima direttiva prevede che le misure per assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale debbano essere effettive e proporzionate, e il paragrafo 3 dello stesso art. 8 fa salve le disposizioni che « *e* » disciplinano la

protezione o la riservatezza delle fonti informative o il trattamento di dati personali » e l'art. 156 comma 3 prevede che con l'ordine di discovery siano adottate « le misure idonee a garantire la tutela delle informazioni riservate »;

— che la direttiva 45/96 CE relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, all'art. 2 definisce quali « dati personali » « qualsiasi informazione concernente una persona fisica identificata o identificabile (persona interessata) » anche indirettamente, « mediante riferimento a un numero di identificazione »; e quale « trattamento dei dati personali » ogni forma di messa a disposizione dei dati stessi;

— che la medesima direttiva all'art. 7 permette il trattamento dei dati personali « se necessario per il perseguimento dell'interesse legittimo...dei terzi cui vengono comunicati i dati, a condizione che non prevalgano l'interesse o i diritti e le libertà fondamentali della persona interessata » e l'art. 13 lett. d) permette agli Stati membri di limitare la portata delle norme a protezione dei dati personali se misura necessaria alla salvaguardia « della prevenzione, della ricerca, dell'accertamento e del perseguimento di infrazioni penali o di violazioni della deontologia delle professioni regolamentate »;

— che l'art. 1 della direttiva 2000/31 CE, relativa ad alcuni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione (c.d. direttiva sul commercio elettronico) all'art. 15.2 prevede la facoltà per gli Stati membri di prescrivere un obbligo dei prestatori di servizi di comunicare « alle autorità competenti, a loro richiesta, informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati », facoltà di cui lo Stato italiano non si è valso, e all'art. 18 prevede misure urgenti anche provvisorie atte « a porre fine alle violazioni e a impedire ulteriori danni agli interessi in causa »;

— che la direttiva 2001/29 CE, sulla tutela giuridica del diritto di autore e dei diritti connessi nell'ambito del mercato interno, con particolare riferimento alla società dell'informazione, che all'art. 8.3 prevede l'inibitoria nei confronti « degli intermediari i cui servizi siano utilizzati da terzi per violare un diritto di autore o diritti connessi », all'art. 9 fa salva la applicazione delle disposizioni sul rispetto della vita privata;

la direttiva 2002/58, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni (direttiva sulla privacy) all'art. 5 sancisce il principio di tutela della riservatezza delle comunicazioni effettuate tramite la rete pubblica di comunicazione e all'art. 15 prevede limiti alla tutela, con misure che, ai sensi della citata direttiva 1995/46CE, siano necessarie, opportune, e proporzionate all'interno di una società democratica per la salvaguardia, tra gli altri interessi, di quelli lesi da reati, e quindi per la prevenzione, la ricerca e l'accertamento degli stessi; — che infine gli artt. 17 e 47 della Carta di Nizza tutelano rispettivamente quali diritti fondamentali il diritto di proprietà, a cui può ascriversi anche il diritto di proprietà intellettuale (CGE, sentenza 12 settembre 2006, C. 479/2004 caso *Lasedisken*) e il diritto a un ricorso effettivo, mentre gli artt. 7 e 8 della medesima Carta garantiscono rispettivamente il diritto al rispetto della vita privata e il diritto alla tutela dei dati personali, riproducendo l'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e sono richiamati dal secondo considerando della citata direttiva 2002/58;

— che in questo contesto normativo, nell'ambito di una controversia pendente tra la Promusicae, associazione senza scopo di lucro, che agisce per conto dei titolari dei diritti di proprietà intellettuale che ne fanno parte, e la Telefonica, in cui quest'ultima si rifiuta di fornire alla prima dati personali relativi all'utilizzo di Internet mediante connessioni da essa fornite, il Juzgado Mercantil ha sospeso il processo e rinviato alla Corte di Giustizia per pronuncia pregiudiziale;

— che la Corte Spagnola ha chiesto alla Corte di Giustizia se il diritto comunitario, e specificamente 15 n. 2 e 18 della direttiva 2000/31, l'art. 8 nn. 1 e 2 della direttiva 2001/29 e, l'art. 8 della direttiva 2004/48, nonché gli artt. 17 n. 2 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000 (d'ora in poi Carta di Nizza), consentano agli Stati membri di escludere nei processi civili, l'obbligo di conservare e mettere a disposizione i dati sulle connessioni ed il traffico generati dalle comunicazioni effettuate durante la prestazione di un servizio della società dell'informazione da parte degli operatori di rete e di servizi di comunicazione elettronica e ai fornitori di accesso alle reti di telecomunicazioni;

— che la Corte di Giustizia, interpretando pregiudizialmente le disposizioni comunitarie sopra citate, ha enunciato il principio secondo cui esse « non impongono agli Stati membri...di istituire un obbligo di comunicare dati personali per garantire l'effettiva tutela del diritto di autore nel contesto di un procedimento civile », pur affermando che l'art. 15 n. 1 della direttiva 2002/58 attribuisce agli Stati membri la facoltà di prescrivere siffatto obbligo;

— che la Corte ha inoltre statuito che « il diritto comunitario richiede che detti Stati, in occasione della trasposizione di tali direttive, abbiano cura di fondarsi su una interpretazione delle medesime tale da garantire un giusto equilibrio tra i diversi diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico comunitario . Inoltre in sede di attuazione delle misure di recepimento delle dette direttive, le autorità e i giudici degli Stati membri devono non solo interpretare il loro diritto nazionale in modo conforme a tali direttive, ma anche evitare di fondarsi su una interpretazione di esse che entri in conflitto con i detti diritti fondamentali o con gli altri principi generali del diritto comunitario, come ad esempio, il principio di proporzionalità »;

— che dunque la Corte europea da un lato richiama le corti nazionali a una interpretazione delle disposizioni di diritto interno di recepimento delle direttive comunitarie conforme al diritto comunitario e dall'altro a una interpretazione delle direttive stesse che ne adegui il significato alla protezione dei diritti fondamentali e ai principi generali del diritto comunitario, quale quello di proporzionalità, rimettendo di fatto al giudice nazionale, in sede di ricostruzione del sistema, di effettuare il bilanciamento tra gli interessi in conflitto e dunque tra l'interesse alla protezione del diritto di autore quale diritto di proprietà intellettuale e il diritto alla protezione dei dati personali;

— che il contesto normativo interno in cui si muove il giudice italiano è il seguente: l'art. 4 del D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali, d'ora in poi Codice) definisce il trattamento dei dati come « qualunque operazione o complesso di operazioni... concernenti la raccolta, ... la conservazione... la comunicazione », essendo chiaro che le tre operazioni elencate tra altre sono legate tra loro da un

nesso di consequenzialità e strumentalità, giacché i dati sono raccolti e conservati per essere eventualmente comunicati alle condizioni di legge; — che l'art. 24.1 f) permette il trattamento dei dati senza consenso «per far valere un diritto in sede giudiziaria», l'art. 123 del Codice, in attuazione della direttiva 2002/58, porta un generale divieto di conservazione dei dati relativi al traffico nelle comunicazioni elettroniche e l'art. 132 dello stesso codice vi deroga per un tempo massimo di 24 mesi nel caso di finalità di accertamento e repressione dei reati, e di ulteriori 24 mesi per le medesime finalità in relazione ai delitti di cui all'art. 407.2 a) c.p.p., nonché ai delitti in danno di sistemi informatici e telematici valendosi dunque il legislatore nazionale della facoltà di disporre l'obbligo di comunicazione anche per l'uso non autorizzato del sistema di comunicazione elettronica per la commissione di illeciti non penali ma civili;

— che la norma permissiva dell'art. 24.1 f) ha portata generale e rispetto a essa quella dell'art. 132 ha natura speciale, ancorché non possa predicarsene l'eccezionalità, in una ricostruzione del sistema conforme al diritto comunitario, che attribuisce pur sempre agli Stati membri la facoltà di derogare al divieto assoluto di trattamento dei dati, ancorché lo Stato italiano non se ne sia valso; — ma per effetto del mero principio di specialità può ritenersi che la deroga al divieto di trattamento dei dati senza consenso sia ristretta al caso di azioni giudiziarie penali, in cui solo vige l'obbligo di conservazione dei dati per un limitato periodo, parametrato sulla gravità del reato, al fine della comunicazione e utilizzazione dei dati stessi come prova nel processo penale;

— che quindi il legislatore nazionale, attuando tutte le direttive sopracitate, ha effettuato la scelta di limitare le deroghe alle norme protettive della riservatezza al caso di illeciti penali, senza estenderle al caso di illeciti civili, scelta compatibile con il diritto comunitario come interpretato dalla Corte di Giustizia con la pronuncia sopraesaminata, che esclude il vincolo per gli Stati a prevedere un obbligo di comunicazione dei dati in processi civili;

— che dunque il legislatore nazionale ha già effettuato il bilanciamento tra i due diritti, entrambi fondamentali, di proprietà intellettuale e alla riservatezza, ritenendo che la prevalenza del primo sul secondo sia giustificata unicamente se unita alla lesione di interessi della collettività protetti dal diritto penale, invertendosi i termini del rapporto qualora sia leso soltanto il l'interesse individuale del titolare del diritto di esclusiva pur protetto dal diritto della proprietà intellettuale;

— che la Corte Costituzionale con sentenza 372/2006 ha respinto la eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 132 nella parte in cui permette la conservazione dei dati di traffico per ulteriori 24 mesi per finalità di repressione soltanto di determinati reati, giustificando la ragionevolezza del diverso trattamento con la gravità dei reati stessi e richiamando la necessità di un bilanciamento tra il diritto alla riservatezza e gli interessi tutelati dal diritto penale;

— che la Corte Costituzionale, con le recenti sentenze 348 e 349/2007 ha affermato il principio secondo cui la violazione degli obblighi derivanti dalla CEDU (n.d.e. che all'art. 8 tutela appunto il diritto alla riservatezza) costituisce altresì violazione dell'art. 117 Cost.;

— che il giudice italiano, quale interprete del diritto interno in conformità al diritto comunitario e di questo nel rispetto dei diritti fondamentali e del principio di proporzionalità deve prendere atto della scelta legisla-

tiva di non avvalersi della facoltà di estendere alle azioni civili l'uso di misure a protezione del diritto di autore se queste violano il diritto alla riservatezza, in ragione della ritenuta non proporzionalità di tali mezzi di enforcement alla lesione del diritto proprietario, di fuori dell'ipotesi di reati, e del bilanciamento di interessi così effettuato dal legislatore;

— che ciò il giudice nazionale può fare, tenuto in conto che, in difetto di un vincolo in senso contrario da parte delle direttive in materia siffatta scelta può ritenersi conforme al diritto comunitario secondo la pronuncia della Corte di Giustizia esaminata e che la giurisprudenza comunitaria stessa rimette alla discrezionalità delle Autorità competenti degli Stati membri il giudizio di proporzionalità;

— che inoltre sotto il profilo della efficacia delle misure per l'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale, principio richiamato dall'art. 3 della relativa direttiva insieme a quello di proporzionalità, la conseguenza sul sistema della ritenuta prevalenza del diritto di privacy dei consumatori sul diritto proprietario non costituisce sottrazione di ogni tutela a fronte del fenomeno del downloading, ben potendosi ragionare in termini di responsabilità dei gestori della rete peer to peer e dei produttori e fornitori dei servizi di file sharing, come avvenuto nella giurisprudenza statunitense, in cui si registrano i primi leading cases in materia (vedi primo tra tutti il caso Napster);

— che in conclusione nel caso di specie, in cui l'esecuzione dell'ordine di discovery si risolverebbe in una comunicazione dei dati personali dei consumatori senza alcun consenso dei medesimi, che operano sulla rete sulla presunzione di anonimato., la misura violerebbe il diritto alla riservatezza dei medesimi e pertanto ne difetta il requisito di ammissibilità;

— che il ricorso dunque deve essere respinto, ma la novità e la difficoltà del caso e le iniziali oscillazioni della giurisprudenza nazionale sulle questioni dirimenti costituiscono ragione di compensazione integrale tra tutte le parti delle spese di procedimento; tutto ciò ritenuto 1) respinge il ricorso; 2) compensa integralmente tra le parti le spese di procedimento.