

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
PEDRO CRUZ VILLALÓN
presentate il 14 aprile 2011¹

I — Introduzione	I - 11964
II — Ambito normativo	I - 11967
A — Diritto dell'Unione	I - 11967
1. La normativa sulla tutela della proprietà intellettuale	I - 11967
a) La direttiva 2001/29 sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione	I - 11967
b) La direttiva 2004/48 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale	I - 11968
2. La normativa concernente la protezione dei dati personali	I - 11969
a) La direttiva 95/46 relativa alla tutela delle persone fisiche con riguar- do al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati	I - 11969
b) La direttiva 2002/58 relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche	I - 11969
3. — La normativa concernente il commercio elettronico: la direttiva 2000/31	I - 11970
B — Il diritto nazionale	I - 11970

1 — Lingua originale: il francese.

III — I fatti all'origine della controversia principale e le questioni pregiudiziali	I - 11971
A — I fatti e il procedimento principale	I - 11971
B — Le questioni pregiudiziali	I - 11974
C — Procedimento dinanzi alla Corte	I - 11974
IV — Analisi	I - 11975
A — Osservazioni preliminari	I - 11975
1. La riformulazione della prima questione: la CEDU e la Carta	I - 11975
2. La struttura della risposta	I - 11977
3. Un approccio in quattro fasi	I - 11978
B — La misura (provvedimento inibitorio) e il «sistema» (filtraggio e blocco) richiesti	I - 11979
1. Il sistema di filtraggio e di blocco	I - 11980
a) Il meccanismo di «filtraggio»	I - 11980
b) Il meccanismo di «blocco»	I - 11982
2. Le caratteristiche del provvedimento inibitorio	I - 11982
a) «senza limitazioni nel tempo»: l'ambito di applicazione ratione temporis della misura	I - 11983
b) «tutte le comunicazioni elettroniche, sia entranti che uscenti»: l'ambito di applicazione ratione materiae della misura	I - 11983
c) «nei confronti della sua intera clientela»: l'ambito di applicazione ratione personae della misura	I - 11984
d) «in abstracto e a titolo preventivo»: la funzione preventiva e dissuasiva della misura richiesta	I - 11985
e) «a spese di tale FAI»: l'onere dei costi afferenti all'esecuzione della misura richiesta	I - 11985
3. Conclusione intermedia	I - 11986

C — La qualificazione della misura alla luce delle direttive e degli artt. 7, 8 e 11 della Carta: una «limitazione» ai sensi dell'art. 52, n. 1, della Carta	I - 11988
1. «interpretate, in particolare, alla luce degli artt. 7 e 8 della Carta»: sul rispetto della vita privata e il diritto alla protezione dei dati personali	I - 11989
a) La protezione dei dati personali (art. 8 della Carta)	I - 11990
b) La riservatezza delle comunicazioni elettroniche (art. 7 della Carta) ...	I - 11992
2. «interpretate, in particolare, alla luce dell'art. 11 della Carta»: sulla garanzia della libertà di espressione e del diritto all'informazione	I - 11993
3. Conclusione intermedia	I - 11995
D — Sulle condizioni della limitazione dell'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Carta e in particolare sulla specifica condizione relativa alla «qualità della legge» (art. 52, n. 1, della Carta)	I - 11995
E — «in base alla sola disposizione di legge»: l'esame della normativa nazionale alla luce della condizione concernente la «qualità della legge» (art. 52, n. 1, della Carta)	I - 12000
V — Conclusione	I - 12004

I — Introduzione

1. La presente causa offre alla Corte l'opportunità di trattare a sua volta il problema

I - 11964

delle violazioni del diritto d'autore e dei diritti connessi su Internet, dello scaricamento illecito di file di opere protette, fenomeno comunemente indicato come «pirateria» di opere musicali, cinematografiche, audiovisive o letterarie, e di interessarsi alla lotta dei titolari di tali diritti o dei loro aventi diritto contro ciò che viene presentato come una piaga

mondiale². La Corte è chiamata più precisamente a pronunciarsi, questione inedita, sulla fattibilità, dal punto di vista del diritto dell'Unione, di alcune misure tecniche di contrasto alla pirateria, che, sebbene non ne sia stata pienamente dimostrata l'affidabilità e siano costantemente soggette al progresso tecnologico e all'evoluzione delle prassi, vengono presentate come una possibile risposta soddisfacente alle violazioni dei diritti di proprietà

intellettuale perpetrate quotidianamente sulla «rete».

2 — Non sembra necessario sottolineare che la pirateria su Internet è un problema su scala planetaria, che ha dato luogo a risposte diversificate nei vari paesi, per lo più giudiziarie [contro gli utenti stessi di Internet o contro i prestatori di servizi, i fornitori di accesso Internet, i fornitori di hosting, gli editori di software «peer to peer» o di servizi; v., in particolare, cause Napster (A&M Records v Napster, 239 F.3d 1004, 9th Cir. 201) e Grokster (Metro-Goldwyn-Mayer Studios v Grokster, 125 S. Ct. 2764, 2005) negli Stati Uniti, la causa Kazaa in Australia (Kazaa [2005] F. C. A. 1242) o la causa PirateBay in Svezia (Svea hovrätt) [Corte d'appello] 26 novembre 2010, causa n. B 4041-09)] o talvolta legislative [ad esempio, in Francia, la legge detta Hadopi, dal nome dell'Alta Autorità per la diffusione delle opere e la tutela dei diritti su Internet da essa istituita (legge 12 giugno 2009, n. 669, a favore della diffusione e della tutela della creazione su Internet, JORF n. 135 del 13 giugno 2009, pag. 9666); in Spagna, Disposición final cuadragésima tercera de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE del 5 marzo 2011 Sec. I. pag. 25033)], a volte sui generis (v., ad esempio, il *Joint Memorandum of Understanding on an approach to reduce unlawful file sharing* firmato nel 2008 tra i principali fornitori di accesso ad Internet del Regno Unito e rappresentanti delle industrie della creazione), abbondantemente commentate e di cui ovviamente non è possibile dare conto in questa sede, neppure succintamente, e che il dibattito da esso sollevato è esso stesso mondiale e particolarmente controverso; per una panoramica dell'approccio francese al problema, v., in particolare, E. Derieux e A. Granchet, *La lutte contre le téléchargement illégal, Lois DADVISI et HADOPI*, Lamy Axe Droit, 2010; per una panoramica dell'approccio sostenuto dalla Commissione, v. la sua Prima relazione in merito all'applicazione della direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno, del 21 novembre 2003 [COM(2003) 702 def., punto 4.7]; la sua relazione sull'applicazione della direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, del 22 dicembre 2010 [COM(2010) 779 def., punto 3.3], nonché la sua comunicazione del 16 luglio 2008, «Una strategia europea in materia di diritti di proprietà industriale», COM (2008) 465 def., punto 5.3. Si possono inoltre consultare, tra i lavori svolti nell'ambito del Consiglio d'Europa, la raccomandazione CM/Rec(2008)6 del Comitato dei ministri degli Stati membri, del 26 marzo 2008, sulle misure volte a promuovere il rispetto della libertà di espressione e di informazione con riguardo ai filtri Internet e gli Orientamenti per aiutare i fornitori di servizi Internet, del luglio 2008; v. anche la relazione dell'OCSE presentata il 13 dicembre 2005 al Working Party on the Information Economy, Digital Broadband Content: Music, DSTI/ICCP/IE(2004)12/FINAL.

2. Le questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte nella presente causa richiedono un'interpretazione sia di un insieme complesso di disposizioni di atti di diritto derivato, sia di disposizioni del diritto primario, più precisamente della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea³, alla luce della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁴. Tuttavia, va subito precisato che non sarebbe possibile, nell'ambito delle presenti conclusioni, esaminare tutte le questioni giuridiche e tutti i problemi tecnici⁵ sollevati dalle misure controverse. Basandosi sulla formulazione stessa delle questioni poste dal giudice del rinvio e sui termini con cui esso espone la situazione giuridica e di fatto della causa principale, tenterò di fornirgli una soluzione

3 — In prosieguo: la «Carta».

4 — In prosieguo: la «CEDU».

5 — Pertanto, non verranno esaminate, sul piano giuridico, la qualificazione giuridica degli atti di contraffazione controversi e l'incidenza delle eccezioni per copia privata; sul piano tecnico, non è possibile esaminare né le tecniche di scaricamento illecito di file né i possibili mezzi per opporvisi. Più in generale, si farà riferimento in proposito all'abbondante dottrina suscitata dall'apprensione giuridica per tale fenomeno.

utile concentrando l'attenzione sugli aspetti più fondamentali.

3. La Corte è chiamata, a tale proposito, principalmente ad indicare in concreto al giudice del rinvio se, dal punto di vista del diritto dell'Unione, un giudice nazionale possa adottare una misura come quella richiesta nella causa principale, ordinando ad un fornitore di accesso ad Internet⁶ di predisporre un sistema di filtraggio e di blocco delle comunicazioni elettroniche. Orbene, poiché la misura richiesta ha una portata del tutto diversa per tale FAI, da un lato, e per gli utenti dei suoi servizi e più in generale per gli utenti di Internet, dall'altro, si dovrà tenere conto di questa duplice prospettiva, anche se la questione sollevata riguarda in particolare i diritti degli utenti.

4. Si deve inoltre precisare anzitutto che la presente causa si distingue da quella che ha dato luogo alla sentenza *Promusicae*⁷, anche

se il loro ambito normativo e il loro contesto generale presentano evidenti analogie. Sebbene la presente causa imponga, come nella citata causa *Promusicae*, di conciliare le esigenze connesse alla tutela di vari diritti fondamentali, le due cause presentano differenze che, come sottolineato dallo stesso giudice del rinvio, escludono che gli insegnamenti della sentenza *Promusicae*, in particolare il principio del giusto equilibrio dei diritti ivi definito, siano sufficienti per consentirgli di adottare una decisione. Nella causa *Promusicae*, infatti, si chiedeva ad un FAI di rivelare, nell'ambito di un procedimento giurisdizionale, l'identità e l'indirizzo fisico delle persone identificate attraverso il loro indirizzo IP⁸, la data e l'ora della loro connessione. Era quindi in discussione una comunicazione, in un ambito giurisdizionale, di dati noti e identificati. Nella causa principale, invece, si pretende che un fornitore di accesso ad Internet predisponga un sistema di filtraggio delle comunicazioni elettroniche e di blocco dei file elettronici ritenuti lesivi di un diritto di proprietà intellettuale. Non viene richiesto un intervento a posteriori, una volta accertata una violazione di diritti d'autore o di diritti connessi, bensì un intervento a priori, al fine di evitare siffatta violazione, e più precisamente per predisporre un sistema tale da ostacolare, preventivamente, ogni futura violazione di un diritto di proprietà intellettuale⁹, con

6 — In prosieguo: il «FAI».

7 — Sentenza 29 gennaio 2008, causa C-275/06 (Racc. pag. I-271), conclusioni dell'avvocato generale Kokott del 18 luglio 2007.

8 — Un indirizzo IP è un indirizzo unico utilizzato dai dispositivi che comunicano conformemente al «Protocollo Internet» al fine di identificarsi e di comunicare tra loro su una rete informatica; v., in particolare, Jon Postel ed., *Internet Protocol, RFC 791*, settembre 1981, <http://www.faqs.org/rfcs/rfc791.html>. V. anche conclusioni dell'avvocato generale Kokott nella causa *Promusicae* cit. (paragrafi 30 e 31).

9 — Invero, benché, come vedremo, si esiga che il FAI in questione predisponga un dispositivo «preventivo» di contrasto alle violazioni dei diritti di proprietà intellettuale, tuttavia si deve sottolineare che, nella specie, esso è destinatario di un'ingiunzione adottata in risposta a violazioni accertate di diritti di proprietà intellettuale nell'ambito di un procedimento civile.

modalità che, come si vedrà, sollevano molti dubbi.

5. Ciò detto, è naturale, tuttavia, che la situazione controversa nella causa principale debba essere esaminata principalmente in una prospettiva di diritti fondamentali.

relative alla protezione dei dati personali, e della direttiva 2000/31/CE¹⁴ sul commercio elettronico, fra le quali intercorrono rapporti complessi. Tenuto conto di tale complessità, nell'esposizione del contesto normativo della causa verranno riprese solo le disposizioni indispensabili alla comprensione della controversia principale.

1. La normativa sulla tutela della proprietà intellettuale

II — Ambito normativo

A — *Diritto dell'Unione*

6. La Corte viene interrogata principalmente in merito all'interpretazione delle direttive 2001/29/CE¹⁰ e 2004/48/CE¹¹, relative alla protezione della proprietà intellettuale, delle direttive 95/46/CE¹² e 2002/58/CE¹³,

a) La direttiva 2001/29 sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione

7. L'art. 8 della direttiva 2001/29, intitolato «Sanzioni e mezzi di ricorso», è così redatto:

«1. Gli Stati membri prevedono adeguate sanzioni e mezzi di ricorso contro le violazioni dei diritti e degli obblighi contemplati nella presente direttiva e adottano tutte le misure necessarie a garantire l'applicazione delle sanzioni e l'utilizzazione dei mezzi di ricorso. Le sanzioni previste devono essere efficaci, proporzionate e dissuasive.

10 — Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione (GU L 167, pag. 10).

11 — Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 29 aprile 2004, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale (GU L 157, pag. 45; rettifiche nella GU 2004, L 195, pag. 16, e nella GU 2007, L 204, pag. 278).

12 — Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (GU L 281, pag. 31).

13 — Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (GU L 201, pag. 37).

14 — Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico») (GU L 178, pag. 1).

2. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie a garantire che i titolari dei diritti i cui interessi siano stati danneggiati da una violazione effettuata sul suo territorio possano intentare un'azione per danni e/o chiedere un provvedimento inibitorio e, se del caso, il sequestro del materiale all'origine della violazione, nonché delle attrezzature, prodotti o componenti di cui all'articolo 6, paragrafo 2.

3. Gli Stati membri si assicurano che i titolari dei diritti possano chiedere un provvedimento inibitorio nei confronti degli intermediari i cui servizi siano utilizzati da terzi per violare un diritto d'autore o diritti connessi».

b) La direttiva 2004/48 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale

8. L'art. 9, n. 1, lett. a), della direttiva 2004/48 così recita:

«Gli Stati membri assicurano che le competenti autorità giudiziarie possano, su richiesta dell'attore:

a) emettere nei confronti del presunto autore della violazione un'ingiunzione

interlocutoria volta a prevenire qualsiasi violazione imminente di un diritto di proprietà intellettuale, o a vietare, a titolo provvisorio e imponendo, se del caso, il pagamento di una pena pecuniaria suscettibile di essere reiterata, ove sia previsto dalla legislazione nazionale, il proseguimento di asserite violazioni di tale diritto, o a subordinare l'azione alla costituzione di garanzie finalizzate ad assicurare il risarcimento del titolare; un'ingiunzione interlocutoria può inoltre essere emessa, alle stesse condizioni, contro un intermediario, i cui servizi sono utilizzati da terzi per violare un diritto di proprietà intellettuale; ingiunzioni contro intermediari i cui servizi sono utilizzati da terzi per violare un diritto d'autore o un diritto connesso sono contemplate dalla direttiva 2001/29/CE».

9. L'art. 11 della direttiva 2004/48, intitolato «Ingiunzioni», prevede quanto segue:

«Gli Stati membri assicurano che, in presenza di una decisione giudiziaria che ha accertato una violazione di un diritto di proprietà intellettuale, le autorità giudiziarie possano emettere nei confronti dell'autore della violazione un'ingiunzione diretta a vietare il proseguimento della violazione. Se previsto dalla legislazione nazionale, il mancato rispetto di un'ingiunzione è oggetto, ove opportuno, del pagamento di una penale suscettibile di essere reiterata, al fine di assicurarne l'esecuzione. Gli Stati membri assicurano che i titolari possano chiedere un provvedimento ingiuntivo

nei confronti di intermediari i cui servizi sono utilizzati da terzi per violare un diritto di proprietà intellettuale, senza pregiudizio dell'articolo 8, paragrafo 3 della direttiva 2001/29/CE».

b) La direttiva 2002/58 relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche

2. La normativa concernente la protezione dei dati personali

a) La direttiva 95/46 relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati

10. L'art. 13, n. 1, lett. g), della direttiva 95/46 così recita:

«Gli Stati membri possono adottare disposizioni legislative intese a limitare la portata degli obblighi e dei diritti previsti dalle disposizioni dell'articolo 6, paragrafo 1, dell'articolo 10, dell'articolo 11, paragrafo 1 e degli articoli 12 e 21, qualora tale restrizione costituisca una misura necessaria alla salvaguardia:

(...)

g) della protezione della persona interessata o dei diritti e delle libertà altrui».

11. L'art. 5, n. 1, della direttiva 2002/58, dedicato alla riservatezza delle comunicazioni, dispone quanto segue:

«Gli Stati membri assicurano, mediante disposizioni di legge nazionali, la riservatezza delle comunicazioni effettuate tramite la rete pubblica di comunicazione e i servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, nonché dei relativi dati sul traffico. In particolare essi vietano l'ascolto, la captazione, la memorizzazione e altre forme di intercettazione o di sorveglianza delle comunicazioni, e dei relativi dati sul traffico, ad opera di persone diverse dagli utenti, senza [il] consenso di questi ultimi, eccetto quando sia autorizzato legalmente a norma dell'articolo 15, paragrafo 1. Questo paragrafo non impedisce la memorizzazione tecnica necessaria alla trasmissione della comunicazione fatto salvo il principio della riservatezza».

12. L'art. 15, n. 1, della direttiva 2002/58, che prevede l'applicazione di talune disposizioni della direttiva 95/46/CE, così recita:

«Gli Stati membri possono adottare disposizioni legislative volte a limitare i diritti e gli

obblighi di cui agli articoli 5 e 6, all'articolo 8, paragrafi da 1 a 4, e all'articolo 9 della presente direttiva, qualora tale restrizione costituisca, ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 95/46/CE, una misura necessaria, opportuna e proporzionata all'interno di una società democratica per la salvaguardia della sicurezza nazionale (cioè della sicurezza dello Stato), della difesa, della sicurezza pubblica; e la prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento dei reati, ovvero dell'uso non autorizzato del sistema di comunicazione elettronica. A tal fine gli Stati membri possono tra l'altro adottare misure legislative le quali prevedano che i dati siano conservati per un periodo di tempo limitato per i motivi enunciati nel presente paragrafo. Tutte le misure di cui al presente paragrafo sono conformi ai principi generali del diritto comunitario, compresi quelli di cui all'articolo 6, paragrafi 1 e 2, del trattato sull'Unione europea».

3. La normativa concernente il commercio elettronico: la direttiva 2000/31

13. L'art. 15 della direttiva 2000/31, che conclude la sezione 4 dedicata alla responsabilità dei prestatori intermediari, stabilisce il

principio dell'assenza di un obbligo generale di sorveglianza nei seguenti termini:

«1. Nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 12, 13 e 14, gli Stati membri non impongono ai prestatori un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite.

2. Gli Stati membri possono stabilire che i prestatori di servizi della società dell'informazione siano tenuti ad informare senza indugio la pubblica autorità competente di presunte attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi o a 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».

B — *Il diritto nazionale*

14. L'art. 87, n. 1, della legge 30 giugno 1994, sul diritto d'autore e sui diritti connessi¹⁵, come modificata dalla legge 10 maggio 2007,

¹⁵ — *Moniteur belge* del 27 luglio 1994, pag. 19297.

che recepisce l'art. 8, n. 3, della direttiva 2001/29 e l'art. 11 della direttiva 2004/48, dispone quanto segue:

«Il presidente del tribunal de première instance e il presidente del Tribunal de commerce (...) constatano l'esistenza e ordinano la cessazione di qualsiasi violazione del diritto d'autore o di un diritto connesso.

Essi possono altresì emanare un provvedimento inibitorio contro intermediari i cui servizi siano utilizzati da un terzo per violare il diritto d'autore o un diritto connesso».

III — I fatti all'origine della controversia principale e le questioni pregiudiziali

A — I fatti e il procedimento principale

15. Con atto di ricorso del 24 giugno 2004 la Société belge des auteurs compositeurs et éditeurs (Sabam) ha proposto, nel contesto della legge belga 30 giugno 1994, relativa al diritto d'autore e ai diritti connessi, una domanda di provvedimenti inibitori dinanzi al presidente del tribunal de première instance

de Bruxelles, come giudice dell'urgenza, nei confronti di un FAI, la Scarlet Extended SA¹⁶.

16. La Sabam sosteneva che, nella sua qualità di FAI, la Scarlet si trovava nella situazione ideale per adottare misure volte a far cessare le violazioni del diritto d'autore commesse dai suoi clienti, gli utenti di Internet che scaricano illegalmente opere contenute nel suo catalogo mediante software «peer to peer» senza pagare i diritti, pratica da cui la Scarlet trae vantaggio, in quanto è atta ad aumentare il suo volume di traffico e, pertanto, la richiesta dei suoi servizi.

17. La Sabam chiedeva, anzitutto, che venisse dichiarata la violazione dei diritti d'autore sulle opere musicali appartenenti al suo repertorio, in particolare dei diritti di riproduzione e di comunicazione al pubblico, che deriverebbe dallo scambio non autorizzato, mediante servizi forniti dalla Scarlet, di file elettronici musicali realizzato grazie a software «peer to peer».

18. La Sabam chiedeva, inoltre, che la Scarlet fosse condannata a far cessare tali violazioni, a pena di un'ammenda, rendendo impossibile o bloccando qualsiasi forma di invio o di ricezione da parte dei suoi clienti, mediante software «peer to peer», di file contenenti un'opera musicale senza autorizzazione dei titolari dei diritti.

¹⁶ — In prosieguo: la «Scarlet».

19. La Sabam pretendeva, infine, che la Scarlet le comunicasse, entro otto giorni dalla notifica della sentenza, a pena di un'ammenda, le misure adottate, pubblicasse un testo nella home page del suo sito Internet e pubblicasse detta sentenza in due quotidiani e un settimanale a sua scelta.

20. Con sentenza 26 novembre 2004 il presidente del tribunal de première instance de Bruxelles ha accertato le violazioni del diritto d'autore denunciate. Tuttavia, prima di statuire ulteriormente sull'istanza di provvedimenti inibitori, ha incaricato un perito di verificare se le soluzioni tecniche proposte dalla Sabam fossero tecnicamente realizzabili, se esse consentissero di filtrare unicamente gli scambi illeciti di file elettronici e se esistessero altri dispositivi idonei a controllare l'utilizzo di software «peer to peer», nonché di quantificare il costo dei dispositivi considerati.

21. In data 29 gennaio 2007 il perito designato ha depositato la propria relazione, le cui conclusioni, riprodotte nella decisione di rinvio, sono così redatte:

«1. Una rete *peer to peer* costituisce un mezzo trasparente per la condivisione di contenuti, indipendente, decentralizzato e dotato di avanzate funzioni di ricerca e di scaricamento di file.

2. Ad eccezione della soluzione proposta dalla Audible Magic, tutte le soluzioni cercano di impedire l'utilizzo delle reti *peer to peer* a prescindere dal contenuto che circola in tali reti.

3. Peraltro, la definitività delle soluzioni di filtraggio dell'applicazione *peer to peer* è lungi dall'essere garantita nel medio termine (2-3 anni) a causa del crescente utilizzo di criptaggio in questo genere di applicazione.

4. Pertanto, la soluzione proposta dalla società Audible Magic è l'unica che cerca di rispondere in modo specifico al problema. Tale soluzione, tuttavia, sostanzialmente destinata al settore educativo, non presenta intrinsecamente le dimensioni idonee per far fronte al volume di traffico di un FAI. Avvalersi di tale tecnica nel contesto FAI comporta un elevato costo di acquisizione e di gestione per ovviare a tale sottodimensionamento.

5. Detto costo deve essere messo in relazione con il periodo durante il quale questa soluzione sarà efficace, poiché il criptaggio di cui sopra rende questa soluzione inefficace anche nel contesto del filtraggio in transito.

6. I metodi di investigazione interna, applicati all'interno di una rete "peer to peer", sono più complessi da realizzare, ma forniscono risultati migliori. Tali metodi, infatti, colpiscono unicamente la parte censurabile degli scambi e sono tali da tener conto del contesto nel quale si svolgono gli scambi.

7. Detti metodi, peraltro, non sono sensibili al criptaggio, o lo sono in misura nettamente inferiore e, a nostro avviso, rappresentano il modo migliore di investire nel medio e lungo termine per garantire il rispetto dei diritti d'autore salvaguardando, allo stesso tempo, i diritti di tutti».

22. In base a tale relazione del perito, il 29 giugno 2007 il presidente del tribunal de première instance de Bruxelles ha pronunciato una seconda sentenza, con cui ha condannato la Scarlet a far cessare le violazioni del diritto d'autore accertate con la sentenza del 26 novembre 2004, rendendo impossibile qualsiasi forma, realizzata mediante un software «peer to peer», di invio o di ricezione, da parte dei suoi clienti, di file elettronici che contengano un'opera musicale appartenente al repertorio della Sabam a pena di un'ammenda pari a EUR 2 500 per ogni giorno, qualora la Scarlet non rispetti la sentenza, dopo la scadenza di un termine di sei mesi.

23. La Scarlet ha interposto appello contro tale sentenza dinanzi alla cour d'appel di Bruxelles in data 6 settembre 2007.

24. La Scarlet ha inoltre chiesto al presidente del tribunal de première instance de Bruxelles, con ricorso del 7 dicembre 2007, la soppressione o, per lo meno, la sospensione dell'ammenda pronunciata nei suoi confronti. La Scarlet faceva valere di trovarsi nell'impossibilità materiale o temporale di ottemperare al provvedimento inibitorio, in quanto il sistema Audible Magic non funzionava e non era dimostrato che un fornitore di accesso ad Internet potesse tecnicamente realizzare un blocco o un filtraggio efficace del traffico «peer to peer».

25. Il presidente del tribunal de première instance de Bruxelles ha respinto tale domanda con decisione 22 ottobre 2008, considerando che l'effetto devolutivo dell'appello ostasse alla ridiscussione della causa dinanzi ad esso. Riconoscendo che la soluzione suggerita dalla Audible Magic non aveva potuto essere attuata con esito positivo, esso ha tuttavia constatato che la Scarlet non aveva sperimentato altre soluzioni per il blocco o il filtraggio e che, pertanto, essa non aveva dimostrato di non poter ottemperare al provvedimento inibitorio. Ha tuttavia sospeso l'ammenda fino al 31 ottobre 2008, per consentire alla Scarlet di praticare altre soluzioni.

B — *Le questioni pregiudiziali*

26. In tale contesto, la cour d'appel de Bruxelles ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1. Se le direttive 2001/29 e 2004/48, lette in combinato disposto con le direttive 95/46, 2000/31 e 2002/58, interpretate, in particolare, alla luce degli artt. 8 e 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, consentano agli Stati membri di autorizzare un giudice nazionale, adito nell'ambito di un procedimento nel merito e in base alla sola disposizione di legge che prevede che “[i giudici nazionali] possono altresì emettere un'ingiunzione recante un provvedimento inibitorio nei confronti di intermediari i cui servizi siano utilizzati da un terzo per violare il diritto d'autore o un diritto connesso”, ad ordinare ad un Fornitore di Accesso ad Internet (FAI) di predisporre, nei confronti della sua intera clientela, in abstracto e a titolo preventivo, esclusivamente a spese di tale FAI e senza limitazioni nel tempo, un sistema di filtraggio di tutte le comunicazioni elettroniche, sia entranti che uscenti, che transitano per i suoi servizi, in particolare mediante l'impiego di software “peer to peer”, al fine di individuare, nella sua rete, la circolazione di file elettronici contenenti un'opera musicale, cinematografica o audiovisiva

sulla quale il richiedente affermi di vantare diritti, e in seguito di bloccare il trasferimento di questi, al momento della richiesta o in occasione dell'invio.

2. In caso di risposta affermativa alla [prima] questione (...), se tali direttive obblighino il giudice nazionale, adito per statuire su una richiesta di ingiunzione nei confronti di un intermediario dei cui servizi si avvalgano terzi per violare il diritto d'autore, ad applicare il principio della proporzionalità quando è chiamato a pronunciarsi sull'efficacia e sull'effetto dissuasivo della misura richiesta».

C — *Procedimento dinanzi alla Corte*

27. Hanno presentato osservazioni scritte la Scarlet, la Sabam, congiuntamente alla Belgian Entertainment Association Video (BEA Video) e alla Belgian Entertainment Association Music (BEA Music), l'Internet Service Provider Association (ISPA), il Regno del Belgio, la Repubblica ceca, il Regno dei Paesi Bassi, la Repubblica di Polonia, la Repubblica di Finlandia e la Commissione europea.

28. La Corte ha sentito i rappresentanti della Scarlet, della Sabam e dell'ISPA, nonché gli agenti del Regno del Belgio, della Repubblica

ceca, della Repubblica italiana, del Regno dei Paesi Bassi, della Repubblica di Polonia e della Commissione europea all'udienza tenutasi il 13 gennaio 2011.

IV — Analisi

A — Osservazioni preliminari

1. La riformulazione della prima questione: la CEDU e la Carta

29. Il giudice del rinvio indica che la sua prima questione pregiudiziale verte sull'interpretazione di varie disposizioni del diritto derivato dell'Unione «alla luce degli artt. 8 e 10 della CEDU». Così facendo, esso può certamente fondarsi sull'art. 6, n. 3, TUE, secondo cui «[i] diritti fondamentali, garantiti dalla [CEDU] (...) fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». A tal riguardo, tuttavia, si impongono alcune osservazioni preliminari, che condurranno ad una riformulazione specifica della questione.

30. Anzitutto, il medesimo art. 6 TUE inizia precisando, al n. 1, primo comma, che la Carta «ha lo stesso valore giuridico dei trattati», come la Corte non ha mancato di sottolineare negli ultimi sviluppi della sua giurisprudenza¹⁷. Poiché i diritti, le libertà e i principi enunciati nella Carta hanno quindi, di per sé stessi, un valore giuridico, oltretutto di primo rango, il ricorso ai principi generali sopra menzionati non è più necessario, nei limiti in cui i primi possono identificarsi nei secondi. È questo un primo elemento che milita a favore dell'esame della questione alla luce delle disposizioni della Carta, piuttosto che con riferimento a quelle della CEDU, *ceteris paribus*¹⁸.

31. Inoltre, l'art. 52, n. 3, della Carta prevede che, «[l]addove [essa] contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla [CEDU], il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione», restando inteso che «[tale] disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda

17 — V., in particolare, per le più recenti, sentenze 14 ottobre 2010, causa C-243/09, Fuß (punto 66); 9 novembre 2010, cause riunite C-92/09 e C-93/09, Volker und Markus Schecke e Eifert (punti 45 e segg.); nonché cause riunite C-57/09 e C-101/09, B e D (punto 78); 12 novembre 2010, causa C-339/10, Asparuhov Estov (punto 12); 23 novembre 2010, causa C-145/09, Tsakouridis (punto 52); 22 dicembre 2010, causa C-279/09, DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft (punto 30); causa C-208/09, Sayn-Wittgenstein (punto 52); cause riunite C-444/09 e C-456/09, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres (punto 75); causa C-491/10 PPU, Aguirre Zarraga, e 1° marzo 2011, causa C-236/09, Association Belge des Consommateurs Test-Achats e a. (punto 16).

18 — Si vedano altresì, in questo senso, le conclusioni dall'avvocato generale Bot del 5 aprile 2011 nella causa C-108/10, Scattolon.

una protezione più estesa»¹⁹. Orbene, nelle circostanze della causa principale, i diritti garantiti dall'art. 8 della CEDU «corrispondono», ai sensi dell'art. 52, n. 3, della Carta, a quelli garantiti dagli artt. 7 («Rispetto della vita privata e della vita familiare») e 8 («Protezione dei dati di carattere personale») della Carta, così come i diritti garantiti dall'art. 10 della CEDU «corrispondono» a quelli garantiti dall'art. 11 della Carta («Libertà di espressione e d'informazione»), nonostante le differenze relative, rispettivamente, alle formulazioni impiegate e alle nozioni utilizzate²⁰.

e delle libertà» ad una serie di condizioni. Il termine «limitazioni» corrisponderebbe a sua volta al termine «ingerenza» utilizzato all'art. 8 della CEDU, e al termine «restrizioni» impiegato all'art. 10 della CEDU, disposizioni in cui sono elencate varie condizioni che corrisponderebbero del pari, in gran parte, alle condizioni stabilite dall'art. 52, n. 1, della Carta e la cui interpretazione data dalla Corte europea dei diritti dell'uomo dovrà essere presa in considerazione dalla Corte²¹. Qualora, invece, fra tali condizioni vi fossero delle differenze, mi pare evidente che occorrerà dare un'interpretazione autonoma alle disposizioni della Carta²².

32. Infine, è d'uopo rilevare che le disposizioni della CEDU autorizzano, a determinate condizioni, misure restrittive dei diritti e delle libertà in tal modo garantiti, nella specie i suoi artt. 8, n. 2, e 10, n. 2, trovano parimenti corrispondenza, con una formulazione leggermente diversa, in una disposizione trasversale della Carta, comune a tutti i diritti e a tutte le libertà ivi garantiti, vale a dire l'art. 52, primo comma («Portata e interpretazione dei diritti e dei principi»).

33. Quest'ultima disposizione subordina «[e]ventuali limitazioni all'esercizio dei diritti

34. Pertanto, e con le riserve espresse in precedenza, propongo di modificare la questione del giudice del rinvio sostituendo il riferimento agli artt. 8 e 10 della CEDU con quello agli artt. 7, 8 e 11 della Carta, in combinato con l'art. 52, n. 1, della stessa, come interpretati, ove necessario, alla luce degli artt. 8 e 10 della CEDU».

19 — V. sentenze 5 ottobre 2010, causa C-400/10 PPU, McB. (Racc. pag. I-8965, punto 53), e DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft, cit. (punto 35).

20 — Si vedano anche, a questo proposito, le spiegazioni elaborate per l'interpretazione della Carta di cui all'art. 52, n. 7 e, in particolare, le spiegazioni sugli artt. 7, 8, 11 e 52 della Carta.

21 — Come la Corte ha ricordato al punto 35 nella citata sentenza DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft, «il significato e la portata dei diritti garantiti sono determinati non solo dal testo della CEDU, ma anche, in particolare, dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo», conformemente alle spiegazioni elaborate al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione della Carta, menzionate all'art. 52, n. 7, della stessa.

22 — V., a tale proposito, le mie conclusioni del 1° marzo 2011 nella causa C-69/10, Samba Diouf (paragrafo 42), pendente dinanzi alla Corte.

2. La struttura della risposta

35. La Scarlet e l'ISPA, nonché i governi belga, ceco, italiano, olandese, polacco e finlandese, ritengono, in generale, sul fondamento di un'analisi sostanziale delle disposizioni pertinenti ma con approcci differenti al problema, che il diritto dell'Unione osti all'adozione di una misura come quella richiesta nella fattispecie. La Commissione considera invece che, se pure le direttive controverse non ostano di per sé stesse all'applicazione di un sistema di filtraggio e di blocco come quello richiesto, tuttavia le sue concrete modalità di attuazione non sono conformi al principio di proporzionalità. Essa ritiene infatti, sostanzialmente, che sia stato in definitiva il giudice nazionale di primo grado ad omettere di tener conto delle esigenze derivanti dal principio di proporzionalità, mentre le norme giuridiche nazionali, di per sé, non sono censurabili.

36. Certamente, a tal riguardo occorre rammentare che l'art. 52, n. 1, della Carta dispone che le eventuali limitazioni dei diritti e delle libertà devono essere operate, tra altre condizioni, nel rispetto del principio di proporzionalità. Il rispetto del principio di proporzionalità si impone indubbiamente allorché si pone la questione di una limitazione ai sensi della disposizione citata, vale a dire non solo nella fase della sua applicazione in concreto da parte del giudice, il che costituisce proprio l'oggetto della seconda questione, ma anche,

preliminarmente, nella fase della sua definizione in abstracto, della sua formulazione da parte del legislatore. A mio avviso è su questo aspetto che l'argomento della Commissione appare carente.

37. In ogni caso, non vi è alcun dubbio che, se la «legge» medesima deve essere sottoposta ad un controllo di proporzionalità, quest'ultimo può intervenire solo dopo l'eventuale accertamento dell'«esistenza» stessa di detta legge. Non è un caso, infatti, che la prima delle condizioni delle eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Carta fissate dal suo art. 52, n. 1, è che esse siano «previste dalla legge». Orbene, si dà il caso che, interrogando la Corte in merito alla questione se il provvedimento controverso possa essere adottato «in base alla sola disposizione di legge» da esso citata, il giudice del rinvio la invita, in primo luogo, a verificare se questa prima condizione sia stata rispettata. Tale aspetto della questione, a mio avviso, è ineludibile e viene in esame prima di qualsiasi altro²³. Infatti, in assenza di «legge» ai sensi dell'art. 52, n. 1, della Carta, non occorrerebbe esaminare in ordine successivo le condizioni cui sono subordinate le eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Carta, in particolare la condizione della proporzionalità. Sebbene la Corte abbia avuto solo raramente l'occasione

23 — Tale era, precisamente, il significato della specifica domanda che mi sono premurato di porre in udienza ai vari intervenienti.

di esaminare tale condizione²⁴, quest'ultima tuttavia è comune agli artt. 8 e 10 della CEDU e alimenta da molto tempo un'abbondante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, motivo per cui si farà riferimento in particolare a detta giurisprudenza al fine di fornire una risposta completa e soprattutto utile al giudice del rinvio.

questione debba essere risolta in senso negativo, non occorrerà esaminare la seconda²⁵.

3. Un approccio in quattro fasi

38. La cour d'appel de Bruxelles articola il suo rinvio pregiudiziale in due questioni, di cui la seconda, relativa al rispetto del principio di proporzionalità da parte dei giudici nazionali, viene sollevata solo in subordine, nella specie per il caso in cui la Corte risolvesse la prima in senso affermativo. Mi sia consentito anticipare che, poiché ritengo che la prima

39. Ciò detto, la formulazione stessa della prima questione pregiudiziale, notevolmente articolata e precisa, mi consentirà di sviluppare il mio ragionamento basandomi direttamente sui vari elementi che la costituiscono. A tal fine, mi propongo di esporre il mio ragionamento in quattro fasi.

40. In primo luogo, si dovranno esaminare dettagliatamente la natura e le caratteristiche del provvedimento che si chiede al giudice del rinvio di adottare, o più esattamente di confermare o annullare in appello, nella specie l'installazione di un sistema di filtraggio e di blocco, distinguendo le caratteristiche della misura richiesta, vale a dire il provvedimento inibitorio stesso, da quelle del suo contenuto. L'analisi di tale misura dovrebbe già permettere di fornire una risposta di massima alla questione sollevata, quanto meno sotto il profilo dei diritti e degli interessi della Scarlet. Tuttavia, poiché alla Corte si chiede principalmente di risolvere la questione sollevata dal punto di vista dei diritti fondamentali degli utenti dei servizi della Scarlet e più in

24 — Per semplici «riferimenti» alla condizione, v., in particolare, sentenze 21 settembre 1989, cause riunite 46/87 e 227/88, Hoechst/Commissione (Racc. pag. 2859, punto 19); 17 ottobre 1989, causa 85/87, Dow Benelux/Commissione (Racc. pag. 3137, punti 30 e segg.); 26 giugno 1997, causa C-368/95, Familiapress (Racc. pag. I-3689, punto 26); 11 luglio 2002, causa C-60/00, Carpenter (Racc. pag. I-6279, punto 42), e 1° luglio 2010, causa C-407/08 P, Knauf Gips/Commissione (Racc. pag. I-6375, punto 91); per un «controllo» della condizione, v. sentenza 9 novembre 2010, cause riunite C-92/09 e C-93/09, Volker und Markus Schecke e Eifert (punto 66). V. anche conclusioni dell'avvocato generale Kokott nella causa Promusicae, cit. (paragrafo 53).

25 — Nel prosieguo delle conclusioni si farà quindi riferimento semplicemente alla questione pregiudiziale al singolare.

generale degli utenti di Internet, l'esame dovrà proseguire più specificamente in questa prospettiva.

di vista degli utenti dei servizi della Scarlet e più in generale degli utenti di Internet, una misura come quella richiesta possa essere adottata sul fondamento delle sole disposizioni di legge del diritto nazionale richiamate dal giudice del rinvio.

41. Sulla base di tale analisi si potrà quindi esaminare, in secondo luogo, la misura richiesta alla luce delle varie direttive evocate, e in particolare delle disposizioni applicabili della Carta, come eventualmente interpretate alla luce delle corrispondenti disposizioni della CEDU menzionate dal giudice del rinvio. L'analisi approfondita della misura controversa deve infatti consentire di esaminare detta misura nella prospettiva delle limitazioni ai diritti e alle libertà previsti dall'art. 52, n. 1, della Carta.

B — *La misura (provvedimento inibitorio) e il «sistema» (filtraggio e blocco) richiesti*

42. Poiché tale misura costituisce, come si vedrà, una «limitazione» all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Carta ai sensi dell'art. 52, n. 1, della stessa, si dovrà esaminare, in terzo luogo, a quali condizioni sarebbe ammissibile tale misura, con riguardo principalmente alla condizione secondo cui essa deve essere «prevista dalla legge». Non dovrebbe infatti essere necessario, visti i termini della questione pregiudiziale e allo scopo di fornire una risposta utile, analizzare la misura alla luce delle altre condizioni previste dalla suddetta disposizione.

44. Per quanto riguarda tale aspetto, il giudice del rinvio chiede alla Corte, sostanzialmente, se un giudice di uno Stato membro possa «ordinare ad un [FAI] di predisporre, nei confronti della sua intera clientela, in abstracto e a titolo preventivo, esclusivamente a spese di tale FAI e senza limitazioni nel tempo, un sistema di filtraggio di tutte le comunicazioni elettroniche, sia entranti che uscenti, che transitano per i suoi servizi, in particolare mediante l'impiego di software "peer to peer", al fine di individuare, nella sua rete, la circolazione di file elettronici contenenti un'opera musicale, cinematografica o audiovisiva sulla quale il richiedente affermi di vantare diritti, e in seguito di bloccare il trasferimento di questi, al momento della richiesta o in occasione dell'invio», e ciò sotto forma di un provvedimento inibitorio.

43. In base a tali considerazioni si esaminerà quindi, in terzo ed ultimo luogo, se, dal punto

45. Esaminerò in base ai termini e alle espressioni utilizzati in questa parte della questione le caratteristiche sia del sistema stesso di filtraggio e di blocco che quelle del provvedimento ingiuntivo richiesto.

a) Il meccanismo di «filtraggio»

1. Il sistema di filtraggio e di blocco

46. Il «sistema» da predisporre è duplice. Esso deve garantire, da un lato, il filtraggio di tutte le comunicazioni di dati che transitano sulla rete della Scarlet, al fine di individuare o, se si preferisce, di isolare, quelle che comportano una violazione del diritto d'autore²⁶. Partendo da tale filtraggio, il sistema deve garantire, in secondo luogo, il blocco delle comunicazioni che comportano effettivamente una violazione del diritto d'autore, «al momento della richiesta» o «in occasione dell'invio»²⁷. Posto che l'efficacia del sistema di filtraggio è una condizione di efficacia del meccanismo di blocco, queste due operazioni, ancorché strettamente connesse, risultano di natura molto diversa e hanno quindi implicazioni differenti.

47. Il giudice del rinvio indica che la misura richiesta imporrebbe alla Scarlet anzitutto di predisporre, nei confronti della sua intera clientela, un sistema di filtraggio di tutte le comunicazioni elettroniche, sia entranti che uscenti, che transitano per i suoi servizi, e in particolare le comunicazioni «peer to peer». Esso precisa che lo scopo perseguito con tale filtraggio è «individuare (...) la circolazione di file elettroniche contenenti un'opera musicale, cinematografica o audiovisiva sulla quale [la Sabam] affermi di vantare diritti».

48. Lo scopo del controllo viene precisamente individuato nel permettere di filtrare le comunicazioni elettroniche che transitano per i servizi della Scarlet, sia in entrata che in uscita. Tale filtraggio deve consentire di per sé di individuare i «file elettronici» inviati e ricevuti dagli abbonati ai servizi della Scarlet che vengono ritenuti lesivi di un diritto d'autore o di diritti connessi. Il controllo da predisporre, che comporta dunque una fase di filtraggio e una fase di identificazione, è quindi essenzialmente definito dai risultati che deve produrre, in relazione all'obiettivo di bloccare i file individuati come lesivi di un diritto di proprietà intellettuale. Deve inoltre potersi

²⁶ — In prosieguo: il «sistema di filtraggio».

²⁷ — In prosieguo: il «meccanismo di blocco».

adeguare alle evoluzioni tecnologiche. Per risultare efficace, esso dev'essere al contempo sistematico, universale ed evolutivo²⁸.

file che si ritengono piratati²⁹. Alla Corte non è stata fornita, in particolare, alcuna precisazione in merito all'intensità o alla portata del controllo da effettuare.

49. Va rilevato che né il giudice del rinvio né la Sabam forniscono il minimo indizio circa le modalità concrete con cui può o deve essere effettuato tale controllo, né per quanto riguarda le tecniche di filtraggio, né per quanto riguarda le procedure di individuazione dei

50. Anche se, a tale riguardo, occorre rammentare che non spetta alla Corte, ma unicamente al giudice del rinvio, se del caso, esaminare gli aspetti tecnici di tale questione³⁰, tuttavia si deve precisare che, ovviamente, la

28 — Nelle sue memorie, la Sabam sottolinea, tuttavia, che la misura richiesta riguarda solo le comunicazioni «peer to peer». L'espressione «peer to peer» indica un metodo di comunicazione con cui computer connessi in rete in linea diretta si scambiano, tramite software che utilizzano protocolli specifici, informazioni che possono essere file (il «file sharing» oggetto della presente causa), ma anche, ad esempio, servizi di telefonia come Skype. Si possono citare, a titolo di esempio, i seguenti protocolli e software di «file sharing»: BitTorrent (Azureus, BitComet, Shareaza, MIDonkey...), eDonkey (eDonkey2000, MIDonkey), FastTrack (Kazaa, Grokster, iMesh, MIDonkey...), Gnutella (BearShare, Shareaza, Casbos, LimeWire, MIDonkey) Gnutella2 (Shareaza, Trustyfiles, Kiwi Alpha, FileScope, MIDonkey...), OpenNap (Napster, Lopster, Teknap, MIDonkey); per una presentazione più dettagliata del «peer to peer», v., in particolare, R. Stevens, Peer-to-Peer (P2P) Resource Sharing, luglio 2010 (sul sito dell'Università di Oxford, Information and Communications Technology <<http://www.ict.ox.ac.uk/oxford/rules/p2p.xml>>). La Sabam precisa che la misura mira «a rendere impossibile qualsiasi forma di invio o ricezione, tramite un software «peer to peer», (...) di file contenenti un'opera musicale del repertorio della Sabam». Spetta al giudice del rinvio stabilire in cosa consista esattamente tale misura, e in particolare se il sistema debba anche adattarsi alle modalità di scambio di file alternative al «peer to peer», quale lo «streaming» (flusso di dati) e il «direct download» (scaricamento diretto di file attraverso, ad esempio, RapidShare o MegaUpload). La Corte, vincolata dai termini della questione pregiudiziale che le è stata sottoposta e dalla motivazione della decisione di rinvio, deve partire dal principio secondo cui il sistema di filtraggio e di blocco richiesto riguarda «in particolare», e quindi non esclusivamente, le comunicazioni realizzate mediante software «peer to peer».

29 — Si tratta di una conseguenza inevitabile del principio della «neutralità tecnologica» sostenuto dalla Sabam, secondo cui la misura richiesta non impone alla Scarlet l'adozione di alcuna tecnologia particolare.

30 — Con tutta la prudenza che si impone a chi non è esperto in materia, sembra che la realizzazione di un sistema di filtraggio e di blocco possa basarsi su vari meccanismi di individuazione. Si possono distinguere: 1) l'individuazione del protocollo di comunicazione utilizzato: poiché ciascun protocollo «peer to peer» dispone di meccanismi propri per gestire la rete e coordinare la distribuzione del traffico, è possibile realizzare filtri che cerchino in ogni pacchetto IP l'impronta di ciascun protocollo (la firma). È inoltre possibile, una volta riconosciuta la firma, bloccare, o rallentare notevolmente a scopo dissuasivo, tutte le comunicazioni che utilizzano tale protocollo, oppure sfruttare le possibilità di controllo approfondito del contenuto dei file per bloccare solo quelli individuati come lesivi di un diritto; 2) l'individuazione del contenuto dei file scambiati: questo tipo di sistema può individuare un «tatuaggio informatico» collocato preventivamente in un file, oppure confrontare l'impronta informatica di un file con le impronte prestabilite delle opere. Il sistema CopySense dell'Audible Magic evocato nella decisione di rinvio è un sistema di questo tipo; 3) l'individuazione del comportamento degli attori della comunicazione controversa: individuazione delle porte di comunicazione, individuazione dell'apertura da parte di un computer server/cliente di vari collegamenti a diversi clienti; individuazione delle richieste di ricerca/trasferimento di file o individuazione del criptaggio dello scambio come indizio di un tentativo di eludere le misure di rilevamento. Per una panoramica delle diverse tecniche che possono essere prese in considerazione, v., ad esempio, la Relazione Kahn-Brugidou, del 9 marzo 2005, e la Relazione Olivennes sullo sviluppo e la protezione delle opere culturali sulle nuove reti, del 23 novembre 2007, che ha ispirato la citata legge Hadopi.

natura del filtraggio da realizzare non è irrilevante sotto il profilo giuridico³¹.

b) Il meccanismo di «blocco»

51. Il giudice del rinvio spiega che il meccanismo di blocco deve poter entrare in azione o «in occasione dell'invio» o «al momento della richiesta», ma non fornisce alcuna precisazione complementare riguardo al *modus operandi* di siffatto meccanismo. La Sabam ribadisce la tesi secondo cui il meccanismo da predisporre è definito essenzialmente dalla sua finalità, ossia la sua capacità di rendere «impossibile qualsiasi forma, realizzata mediante un software “peer to peer”, di invio o di ricezione, da parte dei suoi clienti, di file elettronici che contengano un'opera musicale appartenente al repertorio della Sabam». Essa precisa che si tratta di impedire la trasmissione di certe informazioni mediante la visualizzazione di messaggi detti «time-out» che indicano l'impossibilità di procedere alla trasmissione.

52. È impossibile, in realtà³², descrivere le modalità di funzionamento concrete, il mo-

do operandi, del sistema di filtraggio e del meccanismo di blocco che la misura richiesta imporrebbe di predisporre. La portata del filtraggio richiesto, vale a dire le persone interessate dai controlli, le comunicazioni oggetto dei controlli e l'intensità del controllo da effettuare, è al contempo molto generica e parzialmente indeterminata. Conseguentemente, non si possono stabilire a priori né il suo impatto concreto sugli scambi di dati, né il suo costo economico complessivo, in particolare il costo di installazione e le spese di manutenzione.

2. Le caratteristiche del provvedimento inibitorio

53. La natura e le principali caratteristiche del sistema di filtraggio e di blocco richiesto, quali descritte, hanno un impatto diretto sulla natura stessa del provvedimento richiesto al giudice. La portata molto generale del sistema da predisporre fa sì che gli ambiti di applicazione *ratione personae* e *ratione materiae* del provvedimento inibitorio richiesto siano essi stessi necessariamente di carattere generale, al pari del suo ambito di applicazione *ratione temporis*, come precisato dal giudice del rinvio.

54. La misura richiesta presenta anche altre caratteristiche che è importante evidenziare. Essa imporrebbe alla Scarlet, in via preventiva, un obbligo di risultato a pena di

31 — Nonostante il principio della neutralità tecnologica sostenuto dalla Sabam, la scelta del sistema da predisporre non appare neutrale neppure sul piano tecnologico. Si può, ad esempio, ragionevolmente ritenere che un sistema di filtraggio attraverso il contenuto di tutte le comunicazioni avrebbe verosimilmente un impatto maggiore sulla rete di comunicazione rispetto ad un filtraggio dei soli file scambiati secondo un protocollo di cui sia stata identificata la firma.

32 — Si tratta di una conseguenza diretta dell'idea di neutralità tecnologica sostenuta dalla Sabam.

un'ammenda, da un lato, e porrebbe a suo carico i costi di realizzazione del sistema di filtraggio e di blocco, dall'altro. Tale misura è quindi caratterizzata anche dal suo scopo principale, che consiste nel delegare ai FAI la responsabilità giuridica ed economica della lotta contro lo scaricamento illecito di opere piratate su Internet. Vediamo tali caratteristiche più nel dettaglio.

aggiornare un sistema di filtraggio e di blocco definito esclusivamente secondo l'efficacia dei risultati alla luce dell'obiettivo di tutela dei diritti di proprietà intellettuale perseguito.

a) «senza limitazioni nel tempo»: l'ambito di applicazione *ratione temporis* della misura

b) «tutte le comunicazioni elettroniche, sia entranti che uscenti»: l'ambito di applicazione *ratione materiae* della misura

55. Il giudice del rinvio precisa che la misura viene richiesta «senza limitazioni nel tempo». La Sabam, da parte sua, ha confermato nelle proprie memorie che l'ingiunzione richiesta non deve formare oggetto di una limitazione nel tempo diversa da quella inerente alla durata del diritto d'autore stesso. Essa insiste inoltre sul fatto che la misura è suscettibile di progressive trasformazioni, che deve essere adattata all'evoluzione tecnologica e, pertanto, deve poter formare oggetto di adeguamenti.

57. Le comunicazioni soggette a filtraggio ed eventualmente a blocco non sono, come si è visto, specificate in alcun modo. Non è possibile stabilire se i controlli debbano riguardare tutte le comunicazioni o solo quelle effettuate mediante un software «peer to peer»; sembra tuttavia che il controllo da realizzare, per produrre risultati efficaci, debba essere al contempo sistematico ed universale.

56. La misura richiesta imporrebbe quindi alla Scarlet e, come si vedrà, più in generale ai FAI, un obbligo al contempo permanente e perpetuo di cercare, testare, attuare ed

58. Di conseguenza, la misura richiesta, presentata come una semplice ingiunzione rivolta ad un FAI nell'ambito di un procedimento civile diretto a far dichiarare e sanzionare la violazione di diritti di proprietà intellettuale, nonché ad ottenere il risarcimento dei danni che ne derivano, tende, in realtà, all'attuazione permanente e perpetua di un dispositivo sistematico ed universale di filtraggio di tutte le comunicazioni elettroniche che transitano per i servizi di tale FAI.

c) «nei confronti della sua intera clientela»: l'ambito di applicazione *ratione personae* della misura

violazione del diritto d'autore sia stata previamente e specificamente individuata.

59. Il sistema da predisporre è destinato, ed è questa una conseguenza diretta del controllo dell'universalità del filtraggio delle comunicazioni, ad includere i comportamenti di tutti gli utenti dei servizi del FAI in questione, e non solo dei suoi abbonati. Come precisato dalla Sabam nelle sue memorie, è irrilevante che la comunicazione abbia per origine o per destinazione un cliente del FAI. Il sistema, per essere efficace, deve funzionare, secondo i termini stessi della questione pregiudiziale, senza che le persone ritenute all'origine delle violazioni del diritto d'autore siano state previamente individuate e a prescindere da qualsiasi relazione contrattuale fra tali persone ed il FAI.

60. Il sistema da predisporre deve poter bloccare l'invio da parte di qualsiasi utente di Internet abbonato della Scarlet a qualsiasi altro utente di Internet, abbonato o meno della Scarlet, di file ritenuti lesivi di un diritto di cui la Sabam garantisce la gestione, lo sfruttamento e la tutela. Ma detto sistema deve anche poter bloccare la ricezione da parte di qualsiasi abbonato della Scarlet di file lesivi del diritto d'autore provenienti da qualsiasi altro utente di Internet, abbonato o meno della Scarlet. Il sistema deve consentire di bloccare qualsiasi file il cui contenuto appartenga al repertorio della Sabam, senza che la

61. L'ampia portata della misura richiesta presenta inoltre un'ulteriore dimensione, che deve assolutamente essere messa in evidenza. Benché sia chiaro che la controversia principale oppone solo la Sabam alla Scarlet, tuttavia dall'ordinanza di rinvio e dalle memorie dei vari intervenienti risulta che la portata della lite travalica necessariamente gli interessi delle parti nella causa principale. La soluzione della controversia che verrà accolta è innegabilmente destinata ad essere estesa e generalizzata non solo a tutti i FAI, ma anche e più in generale ad altri attori importanti di Internet³³, non solo nello Stato membro all'origine delle questioni pregiudiziali, ma in tutti gli Stati membri, o addirittura al di là di essi³⁴. Il giudice del rinvio chiede infatti alla Corte, come si è già sottolineato, di indicare se il diritto dell'Unione osti a che gli venga riconosciuto il potere di adottare una misura come quella richiesta e, più in generale, se esso osti a che i titolari dei diritti possano intensificare la loro lotta contro lo scaricamento illecito di

33 — La Corte è stata peraltro adita con una questione pregiudiziale identica nell'ambito di un'altra controversia che oppone la Sabam alla Netlog, una piattaforma di social network; v. causa C-360/10, Sabam, pendente dinanzi alla Corte (GU C 288 del 23 ottobre 2010, pag. 18).

34 — Le decisioni dei giudici belgi in tale causa hanno avuto infatti una notevole risonanza anche al di là delle frontiere europee, come si può constatare con una rapida ricerca su Internet.

file moltiplicando le richieste di questo tipo in tutti gli Stati membri ed oltre³⁵.

di un'azione civile, di un'effettiva violazione, o di un rischio di violazione imminente, di un diritto d'autore o di un diritto connesso. Tale misura è quindi concepita come un provvedimento al contempo preventivo e dissuasivo³⁶.

62. Conseguentemente, la misura richiesta, presentata come un'ingiunzione rivolta ad una persona giuridica individuata e che le impone di attuare un sistema di filtraggio e di blocco, è destinata in realtà ad incidere durvolmente su un numero indeterminato di persone giuridiche o fisiche, di FAI o di utenti di Internet, di prestatori di servizi della società dell'informazione e di utilizzatori di tali servizi.

e) «a spese di tale FAI»: l'onere dei costi afferenti all'esecuzione della misura richiesta

d) «in abstracto e a titolo preventivo»: la funzione preventiva e dissuasiva della misura richiesta

63. Il giudice del rinvio specifica di essere chiamato ad imporre alla Scarlet la misura richiesta «in abstracto» e «a titolo preventivo», senza tuttavia precisare cosa intenda esattamente con queste espressioni. Si può presumere, tuttavia, che la misura richiesta non sia intesa ad imporre ad un FAI un obbligo di fare fondato sull'accertamento, in concreto, da parte di un giudice nell'ambito

64. Il giudice del rinvio precisa, infine, che i costi di realizzazione del sistema di filtraggio e di blocco richiesto devono essere sopportati dal fornitore. Da questo punto di vista, la misura controversa ha l'effetto di riversare sulla Scarlet l'onere, certamente non trascurabile, dei costi inerenti all'avvio dei procedimenti civili che di regola devono essere promossi dai titolari di diritti d'autore o di diritti connessi o dai loro aventi diritto per ottenere la

35 — Non occorre insistere sui notevoli vantaggi che deriverebbero, per i titolari di diritti o i loro aventi diritto e in particolare per le società di gestione collettiva dei diritti impegnate nella lotta contro lo scaricamento illecito di file, dall'attuazione generalizzata di sistemi di filtraggio e di blocco, ammesso che essi possano essere realmente efficaci, anzitutto sul piano procedurale e patrimoniale, rispetto ad una strategia consistente nel chiedere per via giudiziaria il concorso dei FAI al fine di individuare e censire gli autori di infrazioni e agire successivamente nei loro confronti.

36 — La Sabam precisa, a tal riguardo, che non intende tanto agire nei confronti della Scarlet in quanto autrice o responsabile delle violazioni della proprietà intellettuale, bensì piuttosto dissuaderla dal fornire i suoi servizi a terzi qualora questi li utilizzino per violare un diritto d'autore o un diritto connesso. A tale proposito, tuttavia, occorre rammentare che la Scarlet è stata destinataria in primo grado di un provvedimento inibitorio corredato di un'ammenda, che costituisce l'oggetto dell'impugnazione principale, e che la Sabam chiede la conferma delle decisioni dei giudici di primo grado, nonché la traduzione e la pubblicazione sul suo sito e su vari giornali della decisione che verrà adottata.

dichiarazione e la sanzione delle violazioni di tali diritti, nonché, eventualmente, il risarcimento dei danni.

65. L'impatto economico diretto della misura in questione³⁷, che non è stato e in realtà non può³⁸ essere oggetto di alcuna valutazione, è inoltre aggravato dalle ammende che possono accompagnare la misura richiesta, e in particolare quella volta a sanzionare i ritardi nella realizzazione del sistema di filtraggio e di blocco.

3. Conclusione intermedia

66. Dalle considerazioni che precedono risulta che la misura richiesta, la quale impone ad un FAI di predisporre un sistema di filtraggio e di blocco come quello sopra descritto, appare in realtà come un «obbligo» nuovo di carattere generale che può essere esteso, in definitiva, in maniera permanente a tutti i

FAI. Essa non presenta, di per sé, le caratteristiche di concretezza e individualità attese di norma da qualsiasi risposta o reazione ad un comportamento che si presume specifico e determinato. Al giudice del rinvio si chiede, per reagire a violazioni più o meno individualizzate di diritti di proprietà intellettuale, di adottare una misura che, lo ripeto, per sua stessa natura, non può che essere generale sotto tutti gli aspetti, personale, spaziale e temporale.

67. Mi sia qui consentito osservare che, da questo punto di vista e qualora la questione del giudice del rinvio dovesse essere esaminata solo nella prospettiva dei diritti e degli interessi della Scarlet, tale questione potrebbe essere risolta, in applicazione del principio di legalità nel suo significato più ampio, in senso negativo. Infatti, come la Corte ha sottolineato nella citata sentenza *Hoechst/Commissione*³⁹, «gli interventi dei pubblici poteri nella sfera di attività privata di ogni persona, sia fisica che giuridica, devono essere fondati sulla legge ed essere giustificati dai motivi contemplati dalla legge». Tale esigenza di tutela, riconosciuta come un principio generale del diritto dell'Unione, è il corollario dei principi di legalità e della certezza del diritto, che discendono a loro volta dall'idea dello Stato di

37 — Il perito incaricato dal presidente del tribunal de première instance de Bruxelles insiste su tale aspetto della questione. V. punti 4 e 5 delle conclusioni della sua relazione del 29 gennaio 2007, citati nella decisione di rinvio e riprodotti supra, al paragrafo 21.

38 — Ancora una volta, il principio della neutralità tecnologica sostenuto dalla Sabam implica che sia impossibile valutare ex ante i costi complessivi dell'attuazione di un siffatto sistema di filtraggio e di blocco, siano essi costi relativi alla ricerca e ai test sul sistema stesso, oppure costi di investimento (i dispositivi di filtraggio, i router, ecc.), costi di ingegneria e di gestione del progetto o ancora costi ricorrenti di manutenzione e di supervisione operativa.

39 — Punto 19.

diritto⁴⁰. La Corte ha infatti dichiarato a più riprese che il principio della certezza del diritto richiede che una normativa che impone oneri ai contribuenti⁴¹, comporta conseguenze svantaggiose per i privati⁴², o ancora impone misure restrittive di notevole incidenza sui diritti e sulle libertà delle persone designate⁴³, sia chiara e precisa, affinché gli interessati possano conoscere senza ambiguità i loro diritti ed i loro obblighi e possano agire

di conseguenza⁴⁴. Orbene, come si avrà modo di dimostrare dettagliatamente più avanti⁴⁵, concentrando l'attenzione sulla prospettiva degli utenti dei servizi della Scarlet e più in generale degli utenti di Internet, la disposizione di legge nazionale sulla cui base può essere adottato l'obbligo imposto alla Scarlet non risponde, tra l'altro, a tali esigenze.

40 — È appena il caso di ricordare che l'Unione, ai sensi dell'art. 2 TUE, è fondata sui valori, in particolare, dello Stato di diritto, e che la Corte aveva sancito da tempo nella sua giurisprudenza il principio della «Comunità di diritto»; v., in particolare, sentenze 23 aprile 1986, causa 294/83, *Les Verts/Parlamento* (Racc. pag. 1339, punto 23), e 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi e Al Barakaat International Foundation/Consiglio e Commissione* (Racc. pag. I-6351, punto 281). Su tali questioni e con tutte le riserve che devono accompagnare l'uso di nozioni nazionali nel diritto dell'Unione, v., in particolare, C. Callies und M. Ruffert, *EU/EGV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtcharta, Kommentar*, Beck, 2007, pag. 62; J. Schwarze, *Droit administratif européen*, Bruylant 2009, pagg. 219 e segg.; L. Azoulay, *Le principe de légalité*, in J.-B. Aubry e J. Duteil de la Rochère, *Droit administratif européen*, Bruylant 2007, pag. 394, in particolare pag. 399; D. Simon, *La Communauté de droit*, in F. Sudre, e H. Labayle, *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, 2000, pag. 85, in particolare pagg. 117 e segg.

41 — V. sentenze 9 luglio 1981, causa 169/80, *Gondrand e Garancini* (Racc. pag. 1931, punto 17); 22 febbraio 1989, cause riunite 92/87 e 93/87, *Commissione/Francia e Regno Unito* (Racc. pag. 405, punto 22); 13 febbraio 1996, causa C-143/93, *Van Es Douane Agenten* (Racc. pag. I-431, punto 27); 17 luglio 1997, causa C-354/95, *National Farmers' Union e a.* (Racc. pag. I-4559, punto 57); 16 ottobre 1997, causa C-177/96, *Banque Indosuez e a.* (Racc. pag. I-5659, punto 27); 23 settembre 2003, causa C-378/01, *BGL* (Racc. pag. I-9543, punto 71), e 20 novembre 1997, causa C-338/95, *Wiener SI* (Racc. pag. I-6495, punto 19).

42 — V., in particolare, sentenze 7 giugno 2005, causa C-17/03, *VEMW e a.* (Racc. pag. I-4983, punto 80); 14 gennaio 2010, causa C-226/08, *Stadt Papenburg* (Racc. pag. I-131, punto 45); 14 settembre 2010, causa C-550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals e Akros Chemicals/Commissione e a.* (Racc. pag. I-8301, punto 100), e 2 dicembre 2010, causa C-225/09, *Jakubowska* (Racc. pag. I-12329, punto 42).

43 — Sentenza 29 aprile 2010, causa C-340/08, *M e a.* (Racc. pag. I-3913, punto 65).

68. Peralto, e seguendo un approccio giustamente sostenuto in particolare dalla Commissione, risulta molto chiaramente che tra la violazione dei diritti di proprietà intellettuale denunciata e la misura richiesta difetta il rapporto di proporzionalità. Ma non è questa, a mio avviso, la questione che viene sollevata in via principale. Il problema che si pone è se questo nuovo «obbligo» di predisporre un sistema di filtraggio e di blocco con le caratteristiche sopra descritte possa essere imposto ai FAI, tenuto conto del suo impatto sui diritti fondamentali degli utenti dei servizi di tali FAI, vale dire gli utenti di Internet, sotto

44 — V. anche sentenze 30 gennaio 1985, causa 143/83, *Commissione/Danimarca* (Racc. pag. 427, punto 10); 21 giugno 1988, causa 257/86, *Commissione/Italia* (Racc. pag. 3249, punto 12); 16 giugno 1993, causa C-325/91, *Francia/Commissione* (Racc. pag. I-3283, punto 26); 1° ottobre 2009, causa C-370/07, *Commissione/Consiglio* (Racc. pag. I-8917, punto 39); 11 novembre 2010, causa C-152/09, *Groote* (Racc. pag. I-11285, punto 43), e 22 dicembre 2010, causa C-77/09, *Gowan Comércio* (Racc. pag. I-13533, punto 47). Sull'esigenza di chiarezza e di precisione degli atti di trasposizione delle direttive, v. in particolare sentenze 20 ottobre 2005, causa C-6/04, *Commissione/Regno Unito* (Racc. pag. I-9017, punto 21); 10 maggio 2007, causa C-508/04, *Commissione/Austria* (Racc. pag. I-3787, punto 73), e 3 marzo 2011, causa C-50/09, *Commissione/Irlanda* (Racc. pag. I-873, punto 46).

45 — V. infra, sub E, paragrafi 101 e segg.

forma di un'ingiunzione e su un fondamento normativo che esaminerò più avanti.

C — La qualificazione della misura alla luce delle direttive e degli artt. 7, 8 e 11 della Carta: una «limitazione» ai sensi dell'art. 52, n. 1, della Carta

69. La questione pregiudiziale verte sull'interpretazione da parte della Corte delle «direttive 2001/29 e 2004/48, lette in combinato disposto con le direttive 95/46, 2001/31 e 2002/58, interpretate, in particolare, alla luce degli artt. [7, 8, 11 e 52, n. 1, della Carta]». Si tratta sostanzialmente di stabilire se, con riguardo alla legislazione nazionale vigente, tale complesso normativo, costituito da diritto primario e derivato dell'Unione, consenta ai giudici degli Stati membri di accordare con un'ingiunzione una misura come quella sopra descritta. Tuttavia, occorre esaminare la causa principale ed interpretare il diritto derivato in primo luogo alla luce del diritto primario, dato che i diritti e le libertà garantiti dagli artt. 7, 8 e 11 della Carta sono direttamente interessati, come si è visto, dalla misura controversa. Tale affermazione richiede alcune osservazioni preliminari.

70. Si deve a questo punto ricordare che le direttive citate nella questione costituiscono il contesto normativo in cui si presume che

rientri l'adozione della misura richiesta⁴⁶. Alcuni ritengono che esse autorizzino o non ostino a tale adozione, altri, al contrario, reputano che esse non consentano o addirittura ostino a detta adozione⁴⁷. Tali direttive fanno riferimento, in modo più o meno esplicito, ai diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e ora dalla Carta⁴⁸. Nella sentenza *Promusicae* la Corte ha dichiarato che gli Stati membri erano tenuti, nella trasposizione e nell'applicazione di tali direttive, a mantenere un giusto equilibrio tra i diritti fondamentali che esse contribuiscono a garantire.

71. Gli artt. 7, 8 e 11 della Carta garantiscono rispettivamente, come è noto, il diritto al

46 — A titolo indicativo, l'art. 8, n. 3 della direttiva 2001/29 e l'art. 9, n. 1, della direttiva 2004/48 impongono agli Stati membri un duplice obbligo di istituire meccanismi giudiziari idonei a prevenire e sanzionare le violazioni dei diritti di proprietà intellettuale. L'art. 15, n. 1, della direttiva 2000/31 impone agli Stati membri un duplice obbligo di non fare: essi non devono imporre ai «prestatori» un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite. Le direttive 95/46 e 2002/58 garantiscono, attraverso il loro stesso oggetto, il diritto alla protezione dei dati personali. L'art. 4 della direttiva 2006/24 prevede che gli Stati membri devono adottare misure per garantire che i dati conservati ai sensi di tale direttiva siano trasmessi solo alle autorità nazionali competenti, in casi specifici e conformemente alle normative nazionali.

47 — V., a tale proposito, le conclusioni dell'avvocato generale Kokott nella citata causa *Promusicae*, che esamina approfonditamente i rapporti intercorrenti tra le diverse direttive.

48 — V., in particolare, il primo, il secondo, il decimo e il trentasettesimo «considerando» della direttiva 95/46/CE, il terzo, l'undicesimo e il ventiquattresimo «considerando» della direttiva 2002/58, il nono «considerando» della direttiva 2000/31, nonché il nono e il venticinquesimo «considerando» e l'art. 4 della direttiva 2006/24.

rispetto della vita privata e della vita familiare, il diritto alla protezione dei dati personali e la libertà di espressione e di informazione. Non occorre sottolineare che nella presente causa sono in discussione altri diritti fondamentali, in particolare il diritto di proprietà, garantito dall'art. 17, n. 1, della Carta, e, più specificamente, è chiaro che al centro della controversia principale si trova il diritto al rispetto della proprietà intellettuale, garantito dall'art. 17, n. 2, della Carta, la cui violazione attraverso lo scaricamento illecito di file su Internet assume proporzioni massicce. Tuttavia, tenuto conto della misura richiesta, del sistema di filtraggio e di blocco preteso nonché dei termini della questione posta, vengono in esame principalmente i diritti garantiti dagli artt. 7, 8 e 11 della Carta, mentre il diritto di proprietà è interessato solo secondariamente, dato che il sistema deve essere realizzato esclusivamente a spese del FAI⁴⁹.

della CEDU. Qualora detta misura, di per sé, dovesse essere considerata una limitazione⁵⁰, occorrerebbe verificare se essa risponda alle varie condizioni stabilite da tali disposizioni.

1. «interpretate, in particolare, alla luce degli artt. 7 e 8 della Carta»: sul rispetto della vita privata e il diritto alla protezione dei dati personali

72. È in tale contesto che ci si deve ora chiedere se la misura richiesta possa essere considerata una «limitazione» dei diritti e delle libertà ai sensi dell'art. 52, n. 1, della Carta, letto alla luce degli artt. 8, n. 2, e 10, n. 2,

73. Occorre poi esaminare, in successione, la misura richiesta in quanto eventuale

49 — Poiché il sistema di filtraggio e di blocco deve essere predisposto esclusivamente a spese del FAI, detta misura potrebbe anche apparire come una «privazione» del diritto di proprietà ai sensi dell'art. 17 della Carta, come interpretato alla luce dell'art. 1 del protocollo n. 1 della CEDU e della pertinente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Tale aspetto della questione, tuttavia, non verrà esaminato nelle presenti conclusioni.

50 — Oppure un'«ingerenza» ai sensi dell'art. 8 della CEDU o una «restrizione» ai sensi dell'art. 10 della CEDU. Su tali nozioni v., in particolare, W.J. Ganshof van der Meersch, *Réflexions sur les restrictions à l'exercice des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg*, *Völkerrecht als Rechtsordnung — Internationale Gerichtsbarkeit — Menschenrechte, Festschrift für H. Mosler*, Springer, 1983, pag. 263; C.-A. Kiss, *Les clauses de limitation et de dérogation dans la CEDH*, in D. Turp e G. Beaudoin, *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, Yvon Blais, 1986, pag. 119; B. Duarte, *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme*, tesi, Università di Lille II, 2005; J. Viljanen, *The European Court of Human Rights as a Developer of the General Doctrines of Human Rights Law. A Study of the Limitation Clauses of the European Convention on Human Rights*, tesi, Università di Tampere, 2003; L.G. Loucaides, *Restrictions or limitations on the Rights guaranteed by the European Convention on Human Rights*, in *The Finnish Yearbook of International Law*, Vol. 3, pag. 334.

limitazione del diritto alla protezione dei dati personali, da un lato, e del diritto al rispetto della riservatezza delle comunicazioni, dall'altro. In generale, come talora dichiarato dalla Commissione⁵¹, la possibilità di mantenere l'anonimato è essenziale, se si vogliono preservare i diritti fondamentali alla vita privata nel cyberspazio. Tuttavia, mentre appare evidente che le direttive 95/46 e 2002/58 devono essere interpretate con riferimento agli artt. 7 e 8 della Carta⁵², letti, ove necessario, alla luce dell'art. 8 della CEDU⁵³, risulta molto meno chiaro il nesso tra il diritto alla protezione dei dati personali (art. 8 della Carta) e la realizzazione del sistema di filtraggio e di blocco richiesto⁵⁴.

a) La protezione dei dati personali (art. 8 della Carta)

74. La valutazione in concreto dell'incidenza di un sistema di filtraggio e di blocco sul diritto alla protezione dei dati personali presenta alcune difficoltà. Una prima difficoltà consiste nell'individuare i dati personali in questione, dato che essi, salvo per quanto riguarda gli «indirizzi IP»⁵⁵, non sono chiaramente identificati. La neutralità tecnologica rivendicata dalla Sabam implica, infatti, che non sia possibile stabilire a priori se il sistema da predisporre comporti un trattamento di dati personali. A fortiori, non è possibile stabilire se esso implichi la raccolta e la risoluzione di indirizzi IP.

51 — Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni - Creare una società dell'informazione sicura migliorando la sicurezza delle infrastrutture dell'informazione e mediante la lotta alla criminalità informatica — eEurope 2002, COM (2000) 890 def., in particolare pag. 23.

52 — A tale riguardo v., in particolare, sentenze 20 maggio 2003, cause riunite C-465/00, C-138/01 e C-139/01, Rundfunk (Racc. pag. I-4989, punto 68); 16 dicembre 2008, causa C-73/07, Satakunnan Markkinapörssi e Satamedia (Racc. pag. I-9831), nonché Volker und Markus Schecke e Eifert, cit. (punti 56 e segg.). V. anche conclusioni dell'avvocato generale Kokott nella causa Promusicae, cit. (paragrafi 51 e segg.).

53 — V., in particolare, il decimo «considerando» della direttiva 95/46, il primo, il secondo, il settimo, il decimo, l'undicesimo e il ventiquattresimo «considerando» nonché l'art. 1, n. 1, della direttiva 2002/58.

54 — La Scarlet e l'ISPA, ai pari dei governi belga, ceco e olandese, fanno valere, sostanzialmente, che l'attuazione di un siffatto sistema di filtraggio e di blocco condurrebbe i FAI a realizzare trattamenti di dati personali, in violazione delle disposizioni delle direttive 95/46 e 2002/58. La Sabam, i governi polacco e finlandese e la Commissione ritengono invece che l'attuazione di tale sistema non sia in contrasto con le direttive 95/46 e 2002/58. Per un esame dei divieti di trattamento previsti da tali direttive, v., in particolare, le conclusioni dell'avvocato generale Kokott nella causa Promusicae, cit. (paragrafi 64 e segg.).

75. Una seconda difficoltà consiste nello stabilire se gli indirizzi IP costituiscano dati personali. Fino ad ora la Corte ha dovuto conoscere solo di fattispecie concernenti dati nominativi connessi agli indirizzi IP⁵⁶. Per contro, essa non ha ancora avuto l'occasione di esaminare se un indirizzo IP possa

55 — La Scarlet e l'ISPA ritengono che l'indirizzo IP di ciascun utente di Internet costituisca un dato personale proprio perché consente di identificarlo. Pertanto, la raccolta e la risoluzione degli indirizzi IP degli utenti di Internet, indispensabili per l'identificazione di questi ultimi e quindi per il funzionamento di tale sistema, costituirebbero un trattamento di dati personali che non sarebbe consentito dalle direttive.

56 — Sentenza Promusicae, cit. (punto 45), e ordinanza 19 febbraio 2009, causa C-557/07, LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten (Racc. pag. I-1227).

essere considerato, di per sé, come un dato personale⁵⁷.

personali ai sensi dell'art. 2, lett. a), di detta direttiva⁶¹.

76. Il garante europeo della protezione dei dati ha invece avuto occasione di indicare che⁵⁸ «il controllo del comportamento degli utenti di Internet, sommato alla raccolta dei loro indirizzi IP, costituisce un'interferenza nel loro diritto al rispetto della vita privata e della corrispondenza»⁵⁹. Il Gruppo per la tutela delle persone con riguardo al trattamento dei dati personali, istituito dalla direttiva 95/46⁶⁰, considera inoltre che gli indirizzi IP costituiscano, senza ombra di dubbio, dati

77. Tali prese di posizione corrispondono alla realtà giuridica derivante dall'art. 5 della direttiva 2006/24/CE⁶², che obbliga i fornitori di accesso ad Internet, in particolare, a conservare un certo numero di dati ai fini della ricerca, dell'accertamento e del perseguimento di gravi reati. Più precisamente si menzionano, da un lato, i «dati necessari per rintracciare e identificare la fonte di una comunicazione», tra cui i nomi e l'indirizzo dell'abbonato o dell'utente registrato al quale è stato attribuito un indirizzo IP, e, dall'altro, i dati necessari per determinare «data e ora del log-in e del log-off del servizio di accesso Internet sulla base di un determinato fuso orario, unitamente all'indirizzo IP (...), dinamico o statico, assegnato dal fornitore di accesso Internet a una comunicazione».

78. In questa prospettiva, un indirizzo IP può essere considerato un dato personale in quanto può consentire l'identificazione di una

57 — Si può osservare che la questione si pone indirettamente nella causa C-461/10, *Bonnier Audio e a.*, pendente dinanzi alla Corte (GU C 317, pag. 24), nel cui ambito si chiede alla Corte, sostanzialmente, se la direttiva 2006/24, che modifica la direttiva 2002/58, osti all'applicazione di una disposizione di diritto nazionale, istituita in base all'art. 8 della direttiva 2004/48, che, ai fini dell'identificazione di un abbonato, consente di ordinare ad un FAI di comunicare al titolare di un diritto d'autore o al suo avente diritto l'indirizzo IP che sarebbe stato utilizzato per commettere la violazione di tale diritto.

58 — Parere del garante europeo della protezione dei dati 22 febbraio 2010, in merito ai negoziati attualmente condotti dall'Unione europea per il raggiungimento di un accordo commerciale anticontraffazione (ACTA) (GU C 147, pag. 1, punto 24); parere del garante europeo della protezione dei dati 10 maggio 2010, sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedopornografia, che abroga la decisione quadro 2004/68/GAI (GU C 323, pag. 6, punto 11).

59 — Esso fa riferimento, a tale riguardo, alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, decisione 29 giugno 2006, *Weber e Saravia/Germania*, ricorso n. 54934/00, Racc. 2006-XI, e sentenza 1° luglio 2008, *Liberty e a./Regno Unito*, ricorso n. 58243. Si deve osservare, tuttavia, che queste due cause non riguardano specificamente la raccolta di indirizzi IP su Internet, bensì la sorveglianza sulle telecomunicazioni.

60 — Detto «gruppo di lavoro "articolo 29"».

61 — V., in particolare, il parere 4/2007 del 20 giugno 2007, sulla nozione di dati personali, WP 136, disponibile all'indirizzo <<http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/>>. V. anche, più in generale, la raccomandazione n. 3/97 del 3 dicembre 1997, *L'anonimato su Internet*, WP 6, e il documento di lavoro intitolato «Le respect de la vie privée sur Internet — Une approche européenne intégrée sur la protection des données en ligne», adottato il 21 novembre 2000, WP 37, in particolare pag. 22.

62 — Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 15 marzo 2006, riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE (GU L 105, pag. 54).

persona, mediante riferimento ad un numero di identificazione o a qualsiasi altro elemento che le appartenga⁶³.

diritto alla tutela dei dati personali⁶⁵ in misura sufficiente per poter essere considerato una limitazione ai sensi dell'art. 52, n. 1, della Carta.

79. La questione che qui si pone è, quindi, non tanto sapere quale sia lo status giuridico degli indirizzi IP, quanto stabilire a quali condizioni e per quali scopi essi possano essere raccolti, a quali condizioni si possa procedere alla loro risoluzione e al trattamento dei dati personali che ne risultano, o ancora a quali condizioni se ne possa chiedere la raccolta e la risoluzione⁶⁴.

b) La riservatezza delle comunicazioni elettroniche (art. 7 della Carta)

80. Ciò di cui occorre tenere conto nella specie è che un sistema di filtraggio e di blocco come quello richiesto è incontestabilmente idoneo, nonostante le incertezze di ordine tecnologico sopra menzionate, ad incidere sul

81. Lo sviluppo di un sistema di filtraggio delle comunicazioni elettroniche come quello richiesto non è neppure privo di incidenza sul diritto al rispetto della corrispondenza e, più in generale, sul diritto alla riservatezza delle comunicazioni garantito dall'art. 7 della Carta⁶⁶, quale interpretato alla luce dell'art. 8

63 — Tale è, ad esempio, l'approccio adottato dalla Commission nationale de l'informatique et des libertés in Francia; v. delibera 8 novembre 2007, n. 2007-334. Su tali questioni v., ad esempio, M. González Pascual, La Directiva de retención de datos ante el Tribunal Constitucional Federal alemán. La convergencia de jurisprudencias en la Europa de los Derechos: un fin no siempre deseable, *REDE*, 2010, n. 36, pag. 591.

64 — Sulla portata del divieto di memorizzare e comunicare i dati di traffico ai sensi della direttiva 2002/58 e sulle sue eccezioni, si rinvia alle conclusioni dell'avvocato generale Kokott nella causa Promusicae, cit. (paragrafi 64 e segg.).

65 — L'art. 11 della direttiva 2006/24 ha, in particolare, aggiunto un n. 1 bis all'art. 15 della direttiva 2002/58, ai sensi del quale l'art. 15, n. 1, della medesima direttiva non si applica ai dati la cui conservazione è specificamente prevista dalla direttiva 2006/24. L'art. 4 della direttiva 2006/24 dispone, nella specie, che «[g]li Stati membri adottano misure per garantire che i dati conservati ai sensi della presente direttiva siano trasmessi solo alle autorità nazionali competenti, in casi specifici e conformemente alle normative nazionali. Le procedure da seguire e le condizioni da rispettare per avere accesso ai dati conservati in conformità dei criteri di necessità e di proporzionalità sono definite da ogni Stato membro nella legislazione nazionale, con riserva delle disposizioni in materia del diritto dell'Unione europea o del diritto pubblico internazionale e in particolare della CEDU, secondo l'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo».

66 — La Scarlet, sostenuta dall'ISPA, fa valere che l'attuazione di siffatto sistema violerebbe le disposizioni della direttiva 2002/58 relative alla riservatezza delle comunicazioni elettroniche, facendo riferimento, in proposito, al ventiseiesimo «considerando» e all'art. 5 della medesima direttiva.

della CEDU e della pertinente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

82. La Corte europea dei diritti dell'uomo non ha ancora avuto occasione di pronunciarsi sulla compatibilità con la CEDU di specifiche misure di controllo delle comunicazioni elettroniche né, a fortiori, di un sistema di filtraggio e di blocco come quello richiesto. Si può tuttavia ritenere che, tenuto conto della giurisprudenza relativa alle intercettazioni telefoniche⁶⁷, siffatte misure costituiscano ingerenze ai sensi dell'art. 8 della CEDU. Essa ha peraltro avuto modo di dichiarare che la raccolta e la conservazione, all'insaputa dell'interessato, di dati personali relativi al suo uso del telefono, della posta elettronica e di Internet costituivano un'«ingerenza» nell'esercizio del suo diritto al rispetto della sua vita privata e della sua corrispondenza, ai sensi dell'art. 8 della CEDU⁶⁸.

83. Dal canto suo, l'art. 5 della direttiva 2002/58⁶⁹ definisce e garantisce la

riservatezza delle comunicazioni effettuate tramite la rete pubblica di comunicazione o servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, nonché dei relativi dati sul traffico. Tale disposizione impone in particolare agli Stati membri di vietare qualsiasi sorveglianza o intercettazione di tali comunicazioni al di fuori dei casi previsti dalla legge conformemente all'art. 15 della detta direttiva. Quest'ultima disposizione consente agli Stati membri di adottare disposizioni legislative volte a limitare la portata del diritto alla riservatezza delle comunicazioni, qualora tale limitazione costituisca una misura necessaria per assicurare, in particolare, la ricerca, l'accertamento e il perseguimento dei reati. Le misure che si possono adottare a tal fine devono comunque essere «conformi ai principi generali del diritto comunitario, compresi quelli di cui all'articolo 6, paragrafi 1 e 2, del trattato sull'Unione europea».

2. «interpretate, in particolare, alla luce dell'art. 11 della Carta»: sulla garanzia della libertà di espressione e del diritto all'informazione

67 — Essa ha esaminato una misura di sonorizzazione di un appartamento con esplicito riferimento a tale giurisprudenza. V. Corte eur. D. U., sentenza 31 maggio 2005, *Vetter/Francia*, ricorso n. 59842/00, punto 27, che rinvia espressamente al ragionamento da essa svolto nelle sentenze 24 aprile 1990, *Huvig/Francia*, ricorso n. 11105/84, Serie A n. 176-B, e *Kruslin/Francia*, ricorso n. 11801/85, Serie A n. 176-A.

68 — Corte eur. D. U., sentenza 3 aprile 2007, *Copland/Regno Unito*, ricorso n. 62617/00, §§ 43 e 44.

69 — Va rilevato che il quindicesimo «considerando» della direttiva 2000/31 rinvia espressamente all'art. 5 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 15 dicembre 1997, 97/66/CE, sul trattamento dei dati personali e sulla tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni (GU 1998, L 24, pag. 1), che è stata abrogata dalla direttiva 2002/58.

84. L'art. 11 della Carta, che garantisce non solo il diritto di trasmettere informazioni,

ma anche quello di riceverne⁷⁰, è ovviamente applicabile ad Internet⁷¹. Come sottolineato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, «grazie alla loro accessibilità e alla loro capacità di conservare e divulgare grandi quantità di dati, i siti Internet contribuiscono ampiamente a migliorare l'accesso del pubblico all'attualità e, in generale, a facilitare la comunicazione delle informazioni»⁷².

n. 1, della Carta⁷³, a prescindere dalle modalità tecniche con cui viene concretamente realizzato il controllo delle comunicazioni, dalla portata e dalla profondità del controllo operato, nonché dall'efficacia e dall'affidabilità del controllo effettivamente svolto, questioni controverse, come si è già rilevato.

85. È indubbio che, come sottolineato dalla Scarlet, la realizzazione di un sistema di filtraggio e di blocco come quello richiesto, e in particolare il meccanismo di blocco, che può comportare un controllo di tutte le comunicazioni elettroniche che transitano per i suoi servizi, costituisce, per sua natura, una «restrizione», ai sensi dell'art. 10 della CEDU, alla libertà di comunicazione sancita dall'art. 11,

86. Come fatto valere dalla Scarlet, un sistema combinato di filtraggio e di blocco inciderà inevitabilmente sugli scambi leciti di contenuti e avrà quindi ripercussioni sul contenuto dei diritti garantiti dall'art. 11 della Carta, se non altro in quanto la liceità o meno di una determinata comunicazione, che dipende dall'estensione del diritto d'autore di cui trattasi, varia da un paese all'altro e sfugge quindi alla tecnica. A quanto risulta, nessun sistema di filtraggio e di blocco sembra in grado di garantire, compatibilmente con le esigenze di cui agli artt. 11 e 52, n. 1, della Carta, il blocco dei soli scambi specificamente identificabili come illeciti.

70 — Al pari dell'art. 10 della CEDU. V., in particolare, Corte eur. D. U., sentenze 26 novembre 1991, *Observer e Guardian/Regno Unito*, ricorso n. 13585/88, Serie A n. 216, § 59, e 19 febbraio 1998, *Guerra e a./Italia*, ricorso n. 14967/89, Racc. 1998-I, § 53.

71 — Si può osservare che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha anche avuto occasione di tenere conto della «potenza» di Internet — che, essendo di per sé accessibile a tutti, produce un effetto moltiplicatore di grande portata — nella sua valutazione della compatibilità di una «restrizione» alla libertà di espressione alla luce delle esigenze di cui all'art. 10, n. 2, della CEDU. V., in particolare, Corte eur. D. U., sentenze 13 gennaio 2011, *Mouvement Raëlien Suisse/Svizzera*, ricorso n. 16354/06, §§ 54 e segg.; 16 febbraio 2010, *Akdaş/Turchia*, ricorso n. 41056/04, § 28, e 16 luglio 2009, *Willem/Francia*, ricorso n. 10883/05, §§ 36 e 38.

72 — Corte eur. D. U., sentenza 10 maggio 2009, *Times Newspapers Limited/Regno Unito*, ricorsi nn. 3002/03 e 23676/03, § 27. La Corte ha dichiarato, nella specie, che «la creazione di archivi su Internet, che rappresentano un aspetto essenziale delle funzioni dei siti Internet», rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 10 della CEDU.

73 — È stato sostenuto che le disposizioni del diritto della proprietà intellettuale di uno Stato membro potevano costituire di per sé una restrizione ai sensi dell'art. 10 della CEDU; v. R. Danay, *Copyright vs. Free Expression: the Case of peer-to-peer File-sharing of Music in the United Kingdom*, *Yale Journal of Law & Technology*, 2005-2006, Vol. 8, n. 2, pag. 32.

3. Conclusione intermedia

87. Dalle considerazioni che precedono risulta che la misura richiesta, imponendo la realizzazione di un sistema di filtraggio e di blocco delle comunicazioni elettroniche come quello sopra descritto, è atta a pregiudicare l'esercizio dei diritti e delle libertà tutelati dalla Carta come analizzati sopra, e deve quindi essere considerata, nei confronti degli utenti dei servizi della Scarlet e, più in generale, degli utenti di Internet, come una «limitazione» ai sensi dell'art. 52, n. 1, della Carta⁷⁴. Orbene, le limitazioni all'esercizio dei diritti fondamentali degli utenti che l'attuazione di tale sistema di filtraggio e di blocco comporterebbe sono ammissibili solo se rispondono ad un certo numero di condizioni, che passo ora ad esaminare.

D — Sulle condizioni della limitazione dell'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Carta e in particolare sulla specifica condizione relativa alla «qualità della legge» (art. 52, n. 1, della Carta)

88. La Carta enuncia, in termini noti, le condizioni cui sono subordinate le eventuali

limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà ivi riconosciuti, così come la CEDU definisce le condizioni nelle quali, in particolare, possono essere considerate legittime eventuali ingerenze nel diritto alla vita privata o restrizioni alla libertà di espressione.

89. L'art. 52 della Carta fa infatti riferimento all'«esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui» nonché alla necessità che eventuali misure di questo tipo perseguano «finalità di interesse generale» e siano conformi al principio di proporzionalità. Sebbene la tutela dei diritti di proprietà intellettuale costituisca certamente una finalità di interesse generale, come testimoniano le direttive 2001/29 e 2004/48, tuttavia, nelle circostanze della causa principale, il sistema di filtraggio e di blocco richiesto trova la sua principale giustificazione nell'esigenza di tutelare i «diritti e le libertà altrui». L'«esigenza di proteggere i diritti» dei titolari di diritti d'autore o di diritti connessi si trova al centro della presente controversia ed è la causa fondamentale del procedimento civile promosso dalla Sabam contro la Scarlet.

90. Nella specie occorre infatti sottolineare, con insistenza, che il diritto di proprietà è attualmente sancito dall'art. 17 della Carta, il cui n. 2, non va dimenticato, precisa espressamente che la «proprietà intellettuale è protetta». Si ricorderà inoltre che la Corte aveva già sancito il diritto di proprietà in quanto diritto fondamentale facente parte

⁷⁴ — O in alternativa come un'«ingerenza» ai sensi dell'art. 8 della CEDU o una «restrizione» ai sensi dell'art. 10 della CEDU.

dei principi generali del diritto⁷⁵ e aveva riconosciuto che i diritti d'autore fanno parte del diritto di proprietà⁷⁶. Le stesse direttive 2001/29 e 2004/48⁷⁷ hanno lo scopo di garantire un livello elevato di protezione della proprietà intellettuale. Peraltro, secondo una giurisprudenza costante della Commissione e della Corte europea dei diritti dell'uomo, la proprietà intellettuale beneficia indubbiamente, in quanto tale, della protezione di cui all'art. 1 del Protocollo n. 1 della CEDU⁷⁸.

91. La Corte ha indicato, infine, che la ragion d'essere fondamentale del diritto d'autore consiste nel conferire al creatore di un'opera dell'ingegno originale il diritto esclusivo di sfruttare tali opere⁷⁹. Il diritto d'autore e i diritti connessi presentano del pari un carattere economico in quanto prevedono, tra l'altro, la facoltà di sfruttare commercialmente la messa in circolazione dell'opera tutelata,

attraverso, in particolare, la concessione di licenze dietro il pagamento di compensi⁸⁰.

92. Siamo quindi certamente in presenza di un'«esigenza di proteggere [un] diritt[o]» ai sensi dell'art. 52, n. 1, della Carta, che potrebbe legittimare la «limitazione» di altri diritti e di altre libertà ai sensi della medesima disposizione.

93. Ciò detto, si deve rilevare che non sarà necessario procedere all'esame dettagliato di tutte le condizioni di ammissibilità delle limitazioni ai diritti e alle libertà riconosciuti dalla Carta al fine di fornire al giudice del rinvio una risposta utile alla sua questione. Quest'ultimo, infatti, chiede specificamente alla Corte se la limitazione all'esercizio dei diritti e delle libertà, che, secondo quanto sopra esposto, deriverebbe dall'attuazione del sistema di filtraggio e di blocco richiesto, possa intervenire «in base alla sola disposizione di legge» nazionale costituita dall'art. 87, n. 1, della legge 30 giugno 1994, relativa al diritto d'autore e ai diritti connessi, che peraltro esso cita integralmente. Tale aspetto della questione pregiudiziale impone di esaminare prioritariamente la prima condizione

75 — V., in particolare, sentenza 12 settembre 2006, causa C-479/04, *Laserdisken* (Racc. pag. I-8089, punto 62).

76 — Sentenza *Laserdisken*, cit. (punto 65).

77 — V., in particolare, il terzo e il quarto «considerando» della direttiva 2001/29, nonché il primo e il decimo «considerando» della direttiva 2004/48.

78 — V., in particolare, Comm. Eur. D. U., decisioni 4 ottobre 1990, *Smith Kline e French Laboratories Ltd./Paesi Bassi*, ricorso n. 12633/87, DR 66, pag. 81, e 11 gennaio 1994, *A. D./Paesi Bassi*, ricorso n. 21962/93; Corte eur. D. U., sentenze 20 novembre 1995, *British-American Tobacco Company Ltd./Paesi Bassi*, Serie A n. 331, §§ 71-72; 30 marzo 1989, *Chappel/Regno Unito*, ricorso n. 10461/83, Serie A n. 152-A, § 59, e 11 gennaio 2007, *Anheuser-Bush Inc./Portogallo*, ricorso n. 73049/01, §§ 71 e 72; decisione 5 luglio 2005, *Melnychuk/Ucraina*, ricorso n. 28743/03, § 3.

79 — V. sentenza 17 maggio 1988, causa 158/86, *Warner Brothers e Metronome Video* (Racc. pag. 2605, punto 13).

80 — V. sentenze 20 gennaio 1981, cause riunite 55/80 e 57/80, *Musik-Vertrieb membran e K-tel International* (Racc. pag. 147, punto 12), e 20 ottobre 1993, cause riunite C-92/92 e C-326/92, *Phil Collins e a.* (Racc. pag. I-5145, punto 20).

definita all'art. 52, n. 1, della Carta, quella dell'essere «prevista dalla legge», che coincide letteralmente con gli artt. 8, n. 2, e 10, n. 2, della CEDU, esame che verrà svolto alla luce delle pertinenti decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo che interpretano queste due ultime disposizioni, le quali, come si è già sottolineato, hanno costituito nel tempo un corpus giurisprudenziale particolarmente abbondante che mi consente di definire i contorni della condizione in parola.

94. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha dichiarato a più riprese che le disposizioni della CEDU che subordinano l'ingerenza nell'esercizio di un diritto o la restrizione all'esercizio di una libertà da essa garantiti alla condizione che essa sia «prevista dalla legge»⁸¹ implicano non solo che il provvedimento abbia un fondamento normativo in quanto tale, abbia «un fondamento di diritto interno», ma impongono altresì esigenze relative, per riprendere l'espressione impiegata da detta Corte, alla «qualità della legge in

questione»⁸². Tale «legge», infatti, deve essere «sufficientemente accessibile e prevedibile, vale a dire formulata in modo molto preciso per consentire all'interessato — avvalendosi, ove necessario, di consulenti esperti — di regolare il proprio comportamento», di «prevederle le conseguenze per sé»⁸³ e «di prevedere, con sufficiente grado di ragionevolezza nelle circostanze del caso di specie, le possibili conseguenze di un determinato atto»⁸⁴.

95. La «legge» deve quindi essere sufficientemente chiara⁸⁵ e prevedibile per quanto riguarda il significato e la natura delle misure applicabili⁸⁶, nonché definire con sufficiente chiarezza l'estensione e le modalità dell'esercizio del potere di ingerenza nell'esercizio

81 — In particolare, P. van Dijk e a., *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 4a ed., Intersentia, 2006, pag. 336; F.G. Jacobs, R.C. White e C. Ovey, *The European Convention on Human Rights*, 5a ed., Oxford University Press, 2010, pag. 315; D.J. Harris, M. O'Boyle e C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2a ed., Oxford University Press, 2009; C. Grabenwarter, *Europäische Menschenrechtskonvention: ein Studienbuch*, 3a ed., Helbing & Lichtenhahn, 2008, pag. 112; F. Matscher, *Der Gesetzesbegriff der EMRK*, in Adamovich und Kobzina A., *Der Rechtsstaat in der Krise — Festschrift Edwin Loebenstein zum 80. Geburtstag*, Mainz, 1991, pag. 105; J. Gundel, *Beschränkungsmöglichkeiten, in Handbuch der Grundrechte*, Band. VI/1, Müller, 2010, pag. 471; R. Weiß, *Das Gesetz im Sinne der europäischen Menschenrechtskonvention*, Duncker & Humblot, 1996.

82 — V, in particolare, L. Martín-Retortillo Baquer, *La calidad de la ley según la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos*, in *Derecho Privado y Constitución*, 2003, n. 17, pag. 377; P. Wachsmann, *De la qualité de la loi à la qualité du système juridique*, in *Libertés, Justice, Tolérance, Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, Bruxelles, Vol. 2, pag. 1687.

83 — Corte eur. D. U., sentenza 26 marzo 1987, Leander/Svezia, ricorso n. 9248/81, Serie A n. 116, § 50.

84 — Corte eur. D. U., sentenza 25 febbraio 1992, Margareta e Roger Andersson/Svezia, ricorso n. 12963/87, Serie A n. 226-A, pag. 25, § 75.

85 — Corte eur. D. U., sentenza 3 luglio 2007, Tan/Turchia, ricorso n. 9460/03, §§ 22-26; in tale causa, la Corte ha esaminato la conformità con il principio della chiarezza della legge di una normativa sulla corrispondenza dei detenuti. Essa ha ritenuto che la normativa che concedeva ai direttori degli stabilimenti penitenziari, su decisione della commissione disciplinare, di non recapitare, di censurare o procedere alla distruzione di tutte le lettere considerate «sconvenienti», non indicasse con sufficiente chiarezza l'estensione e le modalità di esercizio del potere discrezionale delle autorità nella materia considerata.

86 — V, in particolare, Corte eur. D. U., sentenza Kruslin/Francia, cit., § 30; decisione 25 settembre 2006, Coban/Spagna, ricorso n. 17060/02.

dei diritti garantiti dalla CEDU⁸⁷. Una legge che conferisce un potere discrezionale non è incompatibile di per sé con tale esigenza, a condizione che l'estensione e le modalità di esercizio di un siffatto potere vengano definite con sufficiente chiarezza, in considerazione del legittimo obiettivo in gioco, per fornire all'individuo una protezione adeguata contro l'arbitrio⁸⁸. Una legge che conferisce un potere discrezionale deve quindi stabilirne la portata⁸⁹.

l'esigenza dell'accessibilità e della prevedibilità della legge per l'interessato⁹³.

96. Conseguentemente, una limitazione è possibile solo se trova sostegno in un fondamento normativo del diritto interno, fondamento che deve essere accessibile, chiaro e prevedibile⁹⁰, tutte condizioni derivanti dal principio della preminenza del diritto⁹¹. È da tale principio di preminenza che discenderebbe⁹²

97. La condizione secondo cui le eventuali limitazioni devono essere «previste dalla legge» implica quindi, secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che l'azione dei titolari dell'autorità pubblica rientri nei limiti previamente definiti dalle norme giuridiche, il che «comporta talune condizioni che devono essere soddisfatte sia

87 — V., in particolare, Corte eur. D. U., 14 settembre 2010, *Sanoma Uitgevers/Paesi Bassi*, ricorso n. 38224/03, §§ 81 e 82.

88 — Tra le altre, sentenza *Margareta e Roger Andersson*, cit., § 75.

89 — Corte eur. D. U., sentenza 25 marzo 1983, *Silver e a./Regno Unito*, ricorsi nn. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 e 7136/75, Serie A n. 61, § 88.

90 — V. a tale riguardo, le conclusioni dell'avvocato generale Kokott nella causa *Promusicae*, cit. (paragrafo 53), che richiama la citata sentenza *Österreichischer Rundfunk*, punti 76 e 77.

91 — Per una formulazione concisa di tali diverse esigenze, v., in particolare, Corte eur. D. U., sentenza 25 maggio 1998, *Kopp/Svizzera*, ricorso n. 23224/94, Racc. 1998-II, § 55.

92 — Corte eur. D. U., sentenza 30 luglio 1998, *Valenzuela Contreras/Spagna*, ricorso n. 27671/95, Racc. 1998-V, § 46, che rinvia alla sentenza 2 agosto 1984, *Malone*, ricorso n. 8691/79, Serie A n. 82, nonché alle citate sentenze *Kruslin e Kopp*.

93 — Il principio della preminenza del diritto, che figura nel preambolo della CEDU, implica che il diritto interno offra una certa protezione contro le violazioni arbitrarie dei diritti ivi garantiti da parte dei pubblici poteri. Tale principio «comporta che un'ingerenza delle autorità nei diritti di un individuo deve poter essere sottoposta ad un controllo efficace» (Corte eur. D. U., sentenza 6 settembre 1978, *Klass e a./Germania*, ricorso n. 5029/71, Serie A n. 28, pagg. 25 e 26, § 55; *Malone*, cit., § 68, e *Silver e a.*, cit., § 90), «comporta, tra l'altro, che un'ingerenza delle autorità amministrative nei diritti di un individuo sia sottoposta a un controllo efficace, che dovrebbe essere di norma assicurato, almeno in ultima analisi, dall'autorità giudiziaria, offrendo così le migliori garanzie di indipendenza, imparzialità e regolarità delle procedure» (Corte eur. D. U., sentenza *Klass e a.*, cit. § 55) ed esige altresì un «livello minimo di protezione» che verrebbe negato «qualora il potere discrezionale conferito al potere esecutivo fosse illimitato» (sull'art. 8 della CEDU, v., oltre alle citate sentenze *Malone*, § 68, e *Kruslin*, § 30, Corte eur. D. U., sentenze 4 maggio 2000, *Rotaru/Roumania*, ricorso n. 28341/95, Racc. 2000-V, § 55; 6 giugno 2006, *Segerstedt-Wiberg e a./Svezia*, ricorso n. 62332/00, Racc. 2006-VII, § 76; 8 giugno 2006, *Lupsa/Romania*, ricorso n. 10337/04, Racc. 2006-VII, § 34; decisione 29 giugno 2006, *Weber e Saravia/Germania*, ricorso n. 54934/00, Racc. 2006-XI, § 94; sull'art. 10 della CEDU, sentenza *Sanoma Uitgevers*, cit., § 82), o se il potere discrezionale conferito ad un giudice fosse illimitato (Corte eur. D. U., sentenza 24 aprile 1990, *Huvig/Francia*, ricorso n. 11105/84, Serie A n. 176-B, pag. 55, § 29; decisione *Weber e Saravia/Germania*, cit., § 94; sentenze *Liberty e a.*, cit., § 62, e 10 marzo 2009, *Bykov/Russia*, ricorso n. 4378/02, § 78).

dalle stesse norme giuridiche sia dalle procedure intese a garantirne l'effettivo rispetto»⁹⁴.

che l'interessato sia condotto a ricorrere a un illuminato parere legale al fine di valutare, in una misura ragionevole in base alle circostanze, le conseguenze che possono risultare da un atto determinato⁹⁶. Ciò vale in particolare per i professionisti, abituati a dover dare prova di grande prudenza nello svolgimento del loro lavoro.

98. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha inoltre dichiarato che la portata della nozione di prevedibilità ed accessibilità della legge dipende in larga parte dal contenuto del testo di cui si tratta, dal settore interessato nonché dal numero e dalla qualità dei suoi destinatari⁹⁵. La prevedibilità della legge non impedisce

99. Infine, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha avuto occasione di precisare che il termine «legge» doveva essere inteso nella sua accezione «materiale», e non solo nella sua accezione formale, nel senso che essa può includere sia il «diritto scritto» che il «diritto non scritto» o il «diritto elaborato» dai giudici⁹⁷. Da questo punto di vista, può in particolare essere necessario tenere conto dell'eventuale giurisprudenza. «Una giurisprudenza costante» pubblicata, quindi accessibile, e seguita dai giudici inferiori, è idonea, in determinate circostanze, a completare una disposizione legislativa ed a chiarirla al punto da renderla prevedibile⁹⁸.

94 — P. Wachsmann, La prééminence du droit, in *Le droit des organisations internationales, Recueil d'études à la mémoire de Jacques Schwob*, pag. 241, in particolare pag. 263; v. anche G. Wiarda, La Convention européenne des droits de l'homme et la prééminence du droit, *Rivista di studi politici internazionali*, 1984, pag. 452; K. Grabarczyk, Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, PUAM, 2008, in particolare pagg. 194 e segg.; J.-Y. Morin, La prééminence du droit dans l'ordre juridique européen, in *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski, Kluwer Law International*, 1996, pag. 643.

95 — Corte eur. D. U., sentenze 28 marzo 1990, Groppera Radio e a./Svizzera, ricorso n. 10890/84, Serie A n. 173, pag. 26, § 68; 15 novembre 1996, Cantoni/Francia, ricorso n. 17862/91, Racc. 1996-V, § 35. Come essa ha sottolineato con riguardo ad una misura di controllo tramite GPS degli spostamenti in pubblico di una persona, i criteri relativamente restrittivi, definiti ed applicati nel contesto specifico della sorveglianza sulle telecomunicazioni, non sono applicabili mutatis mutandis a tutte le forme di ingerenza. V. Corte eur. D. U., sentenza 2 settembre 2009, Uzun/Germania, ricorso n. 35623/05, § 66. In detta causa, la Corte ha preferito seguire i principi generali da osservare «affinché sussista una protezione adeguata contro un'ingerenza arbitraria nell'esercizio dei diritti tutelati dall'art. 8» della CEDU. Nella specie, come ricordato dalla stessa Corte, «quando si tratta di misure di sorveglianza segreta da parte delle autorità pubbliche, l'assenza di controllo pubblico ed il rischio di abuso di potere implicano che il diritto interno offre una protezione contro le ingerenze arbitrarie nell'esercizio dei diritti garantiti dall'art. 8». «La Corte deve convincersi dell'esistenza di garanzie adeguate e sufficienti contro gli abusi. Tale valutazione dipende dal complesso delle circostanze della fattispecie, ad esempio la natura, l'estensione e la durata delle eventuali misure, i motivi per cui si chiede di disporle, le autorità competenti ad autorizzarle, il tipo di ricorso fornito dal diritto interno».

96 — Tra le altre, sentenze Groppera Radio, cit., § 68, e Tolstoy Miloslavsky, cit., § 37.

97 — V., in particolare, Corte eur. D. U., sentenze 26 aprile 1979, Sunday Times/Regno Unito (n. 1), ricorso n. 6538/74, Serie A n. 30, § 49; 13 luglio 1995, Tolstoy Miloslavsky/Regno Unito, ricorso n. 18139/91, Serie A n. 316-B, § 37, e Sanoma Uitgevers, cit., § 83.

98 — In particolare, Corte eur. D. U., sentenza 24 maggio 1988, Müller e a./Svizzera, ricorso n. 10737/84, Serie A n. 133, § 29.

100. In conclusione, la Carta e la CEDU ammettono le limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà, le ingerenze nell'esercizio dei diritti o le restrizioni all'esercizio delle libertà ivi garantiti a condizione, in particolare, che esse siano «previste dalla legge». La Corte europea dei diritti dell'uomo, basandosi fondamentalmente sul principio della preminenza del diritto sancito dal preambolo della CEDU, ha costruito a partire da tale espressione, essenzialmente attraverso la nozione di «qualità della legge»⁹⁹, una vera e propria dottrina, secondo cui le eventuali limitazioni, ingerenze o restrizioni devono già essere state oggetto di una previsione di legge, quanto meno nel senso materiale del termine, sufficientemente precisa per quanto riguarda lo scopo perseguito, vale a dire conforme a condizioni minime. Detta giurisprudenza deve essere presa in considerazione dalla Corte nell'interpretazione della portata delle disposizioni corrispondenti della Carta.

E — *«in base alla sola disposizione di legge»: l'esame della normativa nazionale alla luce della condizione concernente la «qualità della legge» (art. 52, n. 1, della Carta)*

101. Giunti a questa fase della nostra analisi, non resta che rispondere alla questione se il fondamento normativo individuato dal giudice del rinvio nell'ordinamento giuridico dello Stato membro sia, dal punto di vista degli utenti dei servizi dei FAI e più in generale degli utenti di Internet, effettivamente tale da costituire la «legge» richiesta dalla Carta, ai sensi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sopra esaminata, eventualmente adeguata alle particolarità dell'ordinamento giuridico dell'Unione.

⁹⁹ — Va rilevato che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha progressivamente conferito alla nozione di «qualità della legge» un significato autonomo, adeguato agli scopi perseguiti dalla CEDU, che la distingue da nozioni analoghe, aventi contenuto spesso più ampio, riscontrabili nelle normative di taluni Stati membri; v., tra l'altro, L. Milano, *Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi*, *Revue du Droit public*, 2006, n. 3, pag. 637; *La mauvaise qualité de la loi: Vagueness Doctrine at the French Constitutional Council*, *Hastings Constitutional Law Quarterly*, inverno 2010, n. 37, pag. 243; M. Reicherzer, *Legitimität und Qualität von Gesetzen*, *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 2004, pag. 121; P. Wachsmann, *La qualité de la loi*, *Mélanges Paul Amselek*, pag. 809; P. de Montalivet, *La «juridicisation» de la légistique. À propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la Loi*, in *La confection de la loi*, PUF, 2005, pag. 99; H. Moysan, *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi. Des objectifs à l'épreuve de la pratique normative*, *AJDA*, 2001, pag. 428.

102. Inizierò ricordando il tenore letterale della disposizione di legge nazionale controversa, nella specie l'art. 87, n. 1, secondo comma, della legge 30 giugno 1994, sul diritto d'autore e sui diritti connessi, che il giudice del rinvio ha avuto cura di riprodurre in estenso nella sua stessa questione pregiudiziale: «[Il presidente del tribunal de première instance e il presidente del tribunal de commerce] possono altresì emettere un'ingiunzione recante un provvedimento inibitorio nei confronti di intermediari i cui servizi siano utilizzati da un terzo per violare il diritto d'autore o un diritto connesso».

103. Fatta questa precisazione, è indubbio che il diritto belga contiene «un» fondamento normativo per l'adozione, nell'ambito di un'azione civile promossa per ottenere la dichiarazione, la sanzione e il risarcimento dei danni per una violazione al diritto d'autore o ai diritti connessi, di un'ingiunzione recante un provvedimento inibitorio diretta, come nella causa principale, contro un FAI quale la Scarlet al fine di garantire la cessazione effettiva di tale violazione. Tuttavia, il problema sollevato dalla questione del giudice del rinvio non è se il giudice belga competente possa, in generale, adottare un provvedimento inibitorio in tale contesto e a tale scopo, bensì se esso possa, tenuto conto dell'esigenza derivante dalla «qualità della legge» ai sensi della CEDU, e attualmente della Carta, disporre una misura come quella richiesta nel caso di specie sul fondamento di un siffatto potere ingiuntivo.

risulta così caratterizzato, se non singolare, da un lato, e «nuovo», se non inatteso, dall'altro, da essere ammissibile solo a condizione che sia previsto anticipatamente in maniera esplicita, chiara e precisa, da una «legge» ai sensi della Carta. Orbene, è difficile sostenere che, adottando la misura richiesta sul fondamento della disposizione nazionale controversa, il giudice nazionale competente rimarrebbe nei limiti espressamente, previamente, chiaramente e precisamente definiti dalla «legge», in particolare se si tiene conto delle disposizioni dell'art. 15 della direttiva 2000/31¹⁰⁰. Dal punto di vista della Scarlet, l'adozione da parte di un giudice belga di un provvedimento di tale natura era difficilmente prevedibile¹⁰¹ e, tenuto conto delle potenziali conseguenze economiche, confinerebbe addirittura con l'arbitrio.

104. In tale prospettiva, occorre anzitutto riprendere la riflessione iniziale sulle caratteristiche e, in definitiva, sulla «natura» della misura richiesta.

106. Nella prospettiva degli utenti dei servizi della Scarlet e più in generale degli utenti di Internet, il sistema di filtraggio richiesto è

105. Come si è detto, nella prospettiva della Scarlet e dei FAI, l'obbligo di predisporre, esclusivamente a loro spese, un sistema di filtraggio e di blocco come quello controverso

100 — L'art. 15, n. 1, della direttiva 2000/31 impone agli Stati membri un duplice obbligo di non fare. Essi non devono imporre ai «prestatori» un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite. L'art. 12, n. 1, della direttiva 2000/31 impone inoltre agli Stati membri di provvedere affinché i prestatori di servizi di fornitura di un accesso alla rete di comunicazione, e quindi in particolare i FAI, non siano responsabili delle informazioni trasmesse.

101 — Il trentesimo «considerando» della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 25 novembre 2009, 2009/136/CE, recante modifica della direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche e del regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori (GU L 337, pagg. 11–36), precisa inoltre che «la direttiva 2002/22/CE (direttiva servizio universale) non richiede che i fornitori controllino le informazioni trasmesse sulle loro reti o intendino azioni legali nei confronti dei loro clienti a causa di tali informazioni, né rende i fornitori responsabili di tali informazioni».

destinato, a prescindere dalle sue modalità di funzionamento in concreto, a trovare applicazione in maniera sistematica ed universale, permanente e perpetua, ma la sua attuazione non è accompagnata da alcuna garanzia specifica per quanto riguarda, in particolare, la protezione dei dati personali e la riservatezza delle comunicazioni. Peraltro, il meccanismo di blocco è inteso, parimenti a prescindere dalle modalità del suo funzionamento in concreto, ad entrare in azione senza che gli interessati, vale a dire gli utenti di Internet, abbiano la possibilità di opporsi al blocco di un determinato file, o di contestarne la legittimità.

107. Difficilmente potrebbe essere altrimenti, dato che la legge nazionale controversa non ha affatto lo scopo di autorizzare i giudici nazionali competenti ad adottare una misura di filtraggio di tutte le comunicazioni elettroniche degli abbonati ai FAI che esercitano la loro attività sul territorio dello Stato membro di cui trattasi.

108. La conclusione è quindi che la disposizione controversa del diritto nazionale non può essere considerata, alla luce degli artt. 7, 8 e 11 della Carta, in particolare delle esigenze relative alla «qualità della legge» e più in generale delle esigenze connesse alla preminenza del diritto, come un fondamento normativo sufficiente per adottare un'ingiunzione che

impone un sistema di filtraggio e di blocco come quello richiesto nella causa principale.

109. Del resto, anche dal punto di vista della nozione «materiale» della «legge», si deve constatare che non è stata affatto dimostrata l'esistenza di un'abbondante giurisprudenza dei giudici belgi, che abbia ribadito ed affinato l'interpretazione e l'applicazione della disposizione controversa del diritto nazionale, in conformità con il diritto dell'Unione e il diritto della CEDU, nel senso della misura richiesta, e che consenta quindi di concludere che è stata rispettata la condizione relativa alla prevedibilità della legge¹⁰².

110. Alla luce di suddetta constatazione, non è necessario esaminare l'incidenza del diritto dell'Unione¹⁰³ sulla «qualità» del fondamento normativo nazionale. A tal riguardo, l'avvocato generale Kokott ha sottolineato, nelle sue conclusioni relative alla citata causa *Promusicae*¹⁰⁴, che «[l]'equilibrio tra i diritti fondamentali interessati deve essere definito inizialmente dal legislatore comunitario» e che «[t]ale equilibrio deve essere tuttavia rispettato anche dagli Stati membri nello sfruttare

102 — V., in particolare, Corte eur. D. U., sentenza *Chappel*, cit., § 56. V. anche sentenze 15 febbraio 2007, *Bock e Palade/Romania*, ricorso n. 21740/02, §§ 61-64; 14 febbraio 2008, *July e Libération/Francia*, ricorso n. 20893/03, § 55, e 5 febbraio 2009, *Brunet-Lecomte e a./Francia*, ricorso n. 42117/04, § 42.

103 — Sulla presa in considerazione, da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, del diritto dell'Unione nell'esame della qualità della legge, v., in particolare, Corte eur. D. U., sentenza *Cantoni*, cit., § 30, e decisione 27 maggio 2008, *Marchiani/Francia*, ricorso n. 30392/03.

104 — Paragrafo 56.

il margine d'azione normativa loro restante nell'ambito del recepimento delle direttive».

111. Viene così in esame la questione, particolarmente delicata, della «responsabilità» rispettivamente dell'Unione e degli Stati membri, alla luce delle condizioni di preminenza del diritto esaminate sopra, in una situazione in cui talune direttive, insieme alle misure nazionali di trasposizione, formano oggetto di un'applicazione che comporta una «limitazione» di un diritto garantito o di una libertà riconosciuta dalla Carta. Tuttavia, i termini della questione posta dal giudice del rinvio, che menziona espressamente le disposizioni della normativa nazionale che si ritiene recepiscano le direttive 2001/29 e 2004/48 sulla protezione della proprietà intellettuale, consentono, una volta appurato che nessuna delle direttive in questione impone di predisporre un sistema di filtraggio e di blocco come quello richiesto nella causa principale, di lasciare provvisoriamente da parte tale questione.

112. Infine, la tesi secondo cui le direttive in questione, e in particolare la direttiva 2000/31, dovrebbero essere oggetto di un'interpretazione evolutiva, che tenga conto dell'evoluzione della tecnologia e degli usi di Internet, deve, in tale contesto, essere respinta. Anche se, evidentemente, la condizione della prevedibilità non comporta una certezza assoluta, come la Corte europea dei diritti dell'uomo

ha dichiarato a più riprese¹⁰⁵, l'approccio che sostiene l'interpretazione «vivente» dei testi non può supplire alla mancanza di una base normativa nazionale che menzioni esplicitamente un sistema di filtraggio e di blocco delle comunicazioni elettroniche. Un'interpretazione del diritto dell'Unione, e in particolare dell'art. 15 della direttiva 2000/31, nel senso che consente o non osta all'adozione di una misura come quella richiesta non sarebbe conforme alle condizioni relative alla «qualità della legge» e contravverrebbe ai principi della certezza del diritto¹⁰⁶ e della tutela del legittimo affidamento.

113. Mi sia consentito aggiungere alcune considerazioni conclusive. La carta, al pari della CEDU, esigendo che le eventuali «limitazioni» (o «ingerenze» o «restrizioni») dei diritti e delle libertà siano «previste dalla legge», rinvia, in modo molto specifico, alla funzione della legge, del diritto in senso proprio, in quanto fonte di tranquillitas publica, e ciò nel settore estremamente sensibile che qui ci occupa. Orbene, la Carta esige non solo che la legge «preesista» a qualsiasi limitazione dei diritti e delle libertà, ma richiede altresì che tale limitazione rispetti il suo «contenuto essenziale», il che rende praticamente imprescindibile l'intervento del legislatore nella determinazione dei confini tra la limitazione del

105 — Come sottolineato da detta Corte, «la certezza, ancorché fortemente auspicabile, si accompagna talora ad un rigidità eccessiva; orbene, il diritto deve sapersi adeguare ai cambiamenti di situazione»; v., in particolare, sentenza Sunday Times cit., § 49, Corte eur. D. U., sentenza 18 maggio 2004, Editions Plon/Francia, ricorso n. 58148/00, Racc. 2004-IV, § 26.

106 — Sul nesso talora stabilito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo tra i principi della preminenza del diritto e della «certezza delle situazioni giuridiche», v., in particolare, Corte eur. D. U., sentenze 25 luglio 2002, Sovtransavto Holding/Ucraina, ricorso n. 48553/99, Racc. 2000-VII, § 77, e 8 novembre 2005, Timotiyevich/Ucraina, ricorso n. 63158/00, § 32. V. anche K. Grabarczyk, Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, tesi citata, in particolare pagg. 209 e segg., nn. 583 e segg.

diritto e il territorio in linea di principio inviolabile di tale contenuto essenziale. Inoltre, la Carta esige che qualsiasi limitazione dell'esercizio dei diritti e delle libertà ivi riconosciuti rispetti il principio di proporzionalità, risponda al principio di necessità e persegua effettivamente obiettivi di interesse generale riconosciuti dall'Unione o risponda all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. Alla luce di tutte queste condizioni, è l'esistenza di tale «legge» che, a mio avviso, fa nuovamente difetto, «legge» intesa come diritto «deliberato», vale a dire democraticamente legittimato. Infatti, solo una legge nel senso parlamentare del termine avrebbe potuto consentire di procedere all'esame delle altre condizioni stabilite dall'art. 52, n. 1, della Carta. A tal riguardo si potrebbe sostenere che l'art. 52, n. 1, della

Carta incorpora l'esigenza implicita di una legge «deliberata», in corrispondenza con l'intensità del dibattito pubblico. Nella specie, tuttavia, è in discussione l'esigenza esplicita di una legge, in quanto «diritto previo». Avendo constatato che quest'ultima era mancante nel caso di specie, si può rispondere alla prima questione sollevata dal giudice del rinvio.

114. In conclusione, propongo alla Corte di risolvere in senso negativo la prima questione pregiudiziale posta dalla cour d'appel de Bruxelles e, conseguentemente, di dichiarare che non occorre rispondere alla seconda questione, sollevata in subordine.

V — Conclusione

115. In conclusione, propongo alla Corte di rispondere al quesito pregiudiziale sollevato dalla cour d'appel de Bruxelles nei termini che seguono:

«Le direttive del Parlamento europeo e del Consiglio 22 maggio 2001, 2001/29/CE, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, e 29 aprile 2004, 2004/48/CE, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, in combinato disposto con le direttive del Parlamento europeo e del Consiglio 24 ottobre 1995, 95/46/CE, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati,

12 luglio 2002, 2002/58/CE, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, e 8 giugno 2000, 2000/31/CE, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno ("direttiva sul commercio elettronico"), interpretate alla luce degli artt. 7, 8, 11 e 52, n. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in base agli artt. 8 e 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, devono essere interpretate nel senso che ostano all'adozione da parte di un giudice nazionale, sulla base della sola disposizione di legge che prevede che "[i giudici competenti] possono altresì emettere un'ingiunzione recante un provvedimento inibitorio nei confronti di intermediari i cui servizi siano utilizzati da un terzo per violare il diritto d'autore o un diritto connesso", di una misura che ordina "ad un Fornitore di Accesso ad Internet (...) di predisporre, nei confronti della sua intera clientela, in abstracto e a titolo preventivo, esclusivamente a [sue] spese (...) e senza limitazioni nel tempo, un sistema di filtraggio di tutte le comunicazioni elettroniche, sia entranti che uscenti, che transitano per i suoi servizi, in particolare mediante l'impiego di software peer to peer, al fine di individuare, nella sua rete, la circolazione di file elettronici contenenti un'opera musicale, cinematografica o audiovisiva sulla quale il richiedente affermi di vantare diritti, e in seguito di bloccare il trasferimento di questi, al momento della richiesta o in occasione dell'invio"».