



UNIVERSITÀ
DI PAVIA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
CORSO DI LAUREA MAGISTRALE A CICLO UNICO
IN GIURISPRUDENZA

La responsabilità degli Internet Service Provider tra Direttiva
2000/31/CE, Direttiva (UE) 2019/790 e Regolamento (UE)
2022/2065: analisi del passaggio dall'intermediario neutrale
all'accountability delle piattaforme digitali

Relatore: Chiar.mo Prof. Michele Bertani

Tesi di laurea di
Veronica Merola
Matricola 501179

Anno accademico 2025/2026

*A tutte le stelle, che nelle notti della vita,
hanno illuminato questo cammino,*

vi sarò per sempre infinitamente grata.

*“Nessun uomo è un’isola, intero in se stesso;
ogni uomo è un pezzo del continente, una parte del tutto.”*

(John Donne, Meditazione XVII)

*Ut corpora nostra sine mente, sic civitas sine lege suis partibus, ut
nervis et sanguine et membris, uti non potest. Legum ministri
magistratus, legum interpretes iudices, legum denique idcirco omnes
servi sumus ut liberi esse possimus.*

Come i nostri corpi senza lo spirito, così la città senza le leggi non può
servirsi delle sue parti, come si trattasse di nervi, sangue e membra.
Esecutori delle leggi sono i magistrati, interpreti delle leggi i giudici,
servi delle leggi infine, tutti noi, affinché possiamo essere liberi.

(Marco Tullio Cicerone, Pro Cluentio, 146)

INDICE

INTRODUZIONE	1
--------------------	---

CAPITOLO I – Il superamento del modello tradizionale di responsabilità degli Internet Service Provider..... 5

1. Il paradigma originario della Direttiva 2000/31/CE	5
1.1 I servizi di <i>mere conduit</i> , <i>caching</i> e <i>hosting</i>	10
1.2 L'esenzione di responsabilità (<i>safe harbor</i>) e la conoscenza effettiva dell'illecito	13
1.3 Il divieto di sorveglianza generale	23
2. L'evoluzione giurisprudenziale: la nascita della figura dell' <i>hosting provider</i> "attivo"	32
2.1 Gli indici di interferenza	37
2.2 La perdita della neutralità del <i>provider</i> e le conseguenze sul regime di responsabilità.....	42
3. Verso una responsabilità fondata sul ruolo del <i>provider</i>	45

CAPITOLO II – L'art. 17 della Direttiva (UE) 2019/790: una nuova forma di responsabilità..... 47

1. Introduzione della Direttiva <i>Copyright</i>	47
2. Ratio e struttura dell'art.17 Direttiva (UE) 2019/790	52
2.1 Ambito di applicazione soggettivo: <i>Online Content Sharing Service Provider</i> (OCSSP).....	55
2.2 Ambito di applicazione oggettivo: la licenza e l'art.12 della Direttiva (UE) 2019/790.....	59
3. La nozione di comunicazione al pubblico.....	69
4. I "massimi sforzi" come clausola generale di responsabilità delle piattaforme. 83	
4.1 Il contenuto dei "massimi sforzi": autorizzazione, indisponibilità dei contenuti e prevenzione dei caricamenti futuri.....	90
5. Sistemi di <i>enforcement</i> : l'obbligo di <i>upload filtering</i> e il rischio di <i>overblocking</i>	96
6. Il rapporto tra art.17 della Direttiva (UE) 2019/790 come <i>lex specialis</i> e la Direttiva 2000/31/CE come <i>lex generalis</i>	104

CAPITOLO III – Il <i>Digital Services Act</i>: dalla responsabilità all’<i>accountability</i>	111
1. Natura e obiettivi del Regolamento (UE) 2022/2065	111
2. Il nuovo ruolo delle piattaforme digitali nel <i>Digital Services Act</i>	117
3. Gli obblighi di diligenza (<i>due diligence</i>)	126
3.1 Procedure di <i>notice and action</i>	130
3.2 Sistemi di reclamo.....	133
3.3 Obblighi di trasparenza e i cd. <i>trusted flaggers</i>	135
4. La privatizzazione dell’ <i>enforcement</i> e le relative problematiche	139
4.1 La cd. <i>Good Samaritan Clause</i>	146
5. Il coordinamento tra disciplina orizzontale e disciplina verticale: analisi del rapporto tra <i>Digital Services Act</i> e Direttiva (UE) 2019/790	148
 CONCLUSIONI	 151
 BIBLIOGRAFIA	 158
FONTI GIURISPRUDENZIALI	171

INTRODUZIONE

La diffusione di Internet e l'affermazione delle piattaforme digitali hanno profondamente trasformato le modalità di produzione e circolazione delle informazioni, incidendo in misura crescente sull'organizzazione economica e sociale contemporanea. Se nella fase iniziale dello sviluppo della rete gli *Internet Service Provider* svolgevano prevalentemente una funzione tecnica di trasmissione o di memorizzazione dei dati, l'evoluzione delle tecnologie digitali e dei modelli di *business* ha modificato tale assetto, attribuendo ad alcuni *provider* un ruolo centrale nell'organizzazione, nella selezione, nella promozione e nella diffusione dei contenuti online.

Le moderne piattaforme digitali rappresentano oggi il principale punto di accesso all'ambiente digitale per milioni di utenti.

Attraverso sistemi di indicizzazione, algoritmi di raccomandazione, strumenti di moderazione automatizzata e criteri di organizzazione dei contenuti, esse incidono in modo significativo sulla circolazione delle informazioni, sull'accesso alle opere protette dal diritto d'autore e, più in generale, sull'esercizio di numerosi diritti fondamentali, quali la libertà di espressione, il diritto all'informazione, la libertà di impresa e la tutela della proprietà intellettuale¹. In questo scenario, il ruolo delle piattaforme trascende ormai quello del mero intermediario tecnico immaginato dal legislatore europeo all'inizio degli anni Duemila, assumendo una dimensione economica e sociale che impone una riflessione sull'apertura e sull'adeguatezza delle categorie giuridiche tradizionali.

L'evoluzione tecnologica ha, infatti, determinato una progressiva concentrazione dell'attività di intermediazione digitale nelle mani di operatori capaci non soltanto di ospitare contenuti caricati dagli utenti, ma anche di organizzarli, renderli facilmente reperibili e di suggerirli mediante sistemi algoritmici, traendone un rilevante vantaggio economico.

¹ Diritti che, tra l'altro, trovano protezione all'interno della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, rispettivamente agli articoli 11, 16, 17.

La gestione dello spazio digitale non costituisce più una funzione neutrale di mera conservazione delle informazioni, ma piuttosto un'attività che influenza concretamente la visibilità dei contenuti, la formazione dell'opinione pubblica e il funzionamento stesso dei mercati digitali.

Questa trasformazione ha inevitabilmente posto il diritto di fronte a interrogativi nuovi.

Il regime della responsabilità elaborato dalla Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico era stato concepito in un contesto profondamente diverso da quello attuale, dove l'obiettivo prioritario consisteva nel favorire lo sviluppo del commercio elettronico e della società dell'informazione attraverso un sistema di limitazione della responsabilità degli intermediari, ritenuto indispensabile per non ostacolare l'innovazione tecnologica e la crescita del mercato digitale. L'affermazione delle grandi piattaforme online ha, tuttavia, evidenziato come quel modello regolatorio, fondato sulla neutralità dell'intermediario e sul regime dei *safe harbor* non fosse più pienamente idoneo a disciplinare operatori che svolgono un ruolo sempre più incisivo e “attivo” nella gestione e nella valorizzazione economica dei contenuti caricati dagli utenti.

È su questa linea evolutiva che si colloca il presente lavoro, il quale analizza il progressivo mutamento della disciplina europea in materia di responsabilità degli *Internet Service Provider*, prendendo in considerazione il percorso che conduce dalla Direttiva *e-commerce* alla Direttiva (UE) 2019/790 sul diritto d'autore nel mercato unico digitale e infine al Regolamento (UE) 2022/2065, anche detto *Digital Services Act*. Più che descrivere una successione di interventi normativi, un'evoluzione di questo genere testimonia il graduale ripensamento del ruolo attribuito alle piattaforme digitali all'interno dell'ordinamento dell'Unione europea e della funzione che esse sono chiamate a svolgere nella tutela dei diritti fondamentali e nel corretto funzionamento dello spazio digitale.

L'analisi muove dalla premessa secondo cui l'evoluzione della disciplina europea della responsabilità degli intermediari digitali non può essere compresa attraverso l'esame isolato delle singole fonti normative.

Al contrario, essa richiede una ricostruzione unitaria del percorso seguito dal legislatore dell'Unione europea che, nell'arco di oltre vent'anni, ha via via adattato il quadro regolatorio alle profonde trasformazioni dell'ecosistema digitale e al crescente ruolo assunto dalle piattaforme online.

La questione centrale non consiste tanto nello stabilire se gli *Internet Service Provider* debbano essere chiamati a rispondere degli illeciti commessi dagli utenti, quanto nel comprendere in quale misura l'accresciuta incidenza delle piattaforme sulla diffusione delle informazioni e dei contenuti protetti abbia giustificato una progressiva ridefinizione del loro ruolo giuridico.

A tal fine, particolare attenzione sarà dedicata alle piattaforme di condivisione di contenuti online, individuate dalla Direttiva (UE) 2019/790, quali destinatarie di una disciplina speciale in materia di diritto d'autore e alle piattaforme online disciplinate dal *Digital Services Act*, sulle quali il legislatore europeo concentra un sistema rafforzato di obblighi di diligenza, trasparenza e gestione del rischio.

Pur appartenendo a discipline differenti, queste figure rappresentano due momenti di uno stesso percorso evolutivo, accomunati dalla crescente centralità riconosciuta agli intermediari digitali nella regolazione dello spazio online.

La ricerca adotta un approccio prevalentemente sistematico. L'analisi della normativa europea è costantemente affiancata dall'esame della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, il cui contributo si è rivelato essenziale nella definizione dei confini della responsabilità degli intermediari² e nell'interpretazione di quelle “zone grigie” lasciate dal legislatore. Viene, poi, attribuito ampio rilievo al dibattito dottrinale, che ha accompagnato l'evoluzione della disciplina mettendone in luce criticità, profili applicativi e possibili prospettive di sviluppo.

L'obiettivo vuole, dunque, essere quello di offrire una lettura sistematica dell'evoluzione normativa europea ricostruendo il percorso che ha condotto dalla figura dell'*hosting provider* passivo, delineata dalla Direttiva *e-commerce* al modello di *accountability* introdotto dal *Digital Services Act*, passando attraverso la disciplina

² In particolare, durante la vigenza ventennale della Direttiva *e-commerce*, la quale ha riposto nella Corte di giustizia l'unica sua speranza di sopravvivenza, vista la necessità di rimanere al passo con il celere mutamento del mondo di Internet, nell'attesa di un intervento legislativo armonizzatore.

speciale prevista dall'articolo 17 della Direttiva *Copyright* per gli *Online Content Sharing Service Provider*.

La tesi che si intende sostenere è che il diritto dell'Unione europea non abbia determinato il definitivo superamento del sistema delle esenzioni introdotto dalla Direttiva *e-commerce*, ma abbia modificato, nel tempo, la funzione attribuita agli intermediari digitali.

L'attenzione del legislatore non è più rivolta esclusivamente all'individuazione dei presupposti della responsabilità civile, ma alla costruzione di un modello regolatore, nel quale le piattaforme sono chiamate a svolgere un ruolo attivo nella prevenzione degli illeciti, nella gestione dei rischi, nella tutela dei diritti fondamentali, attraverso un complesso di obblighi organizzativi e procedurali, che trascendano il tradizionale paradigma della responsabilità.

Infine, resta una questione di fondo destinata ad assumere un rilievo sempre maggiore, anche nella futura applicazione della disciplina: occorre verificare se il progressivo rafforzamento degli obblighi gravanti sugli intermediari riesca effettivamente a realizzare il delicato equilibrio perseguito dal legislatore europeo tra innovazione, libertà fondamentali e tutela dei diritti oppure se esso rischi di determinare nella prassi applicativa un sostanziale avvicinamento a forme di responsabilità sempre più intense.³

³ Con il rischio di trasformarsi in responsabilità oggettive; Cfr. L. ANSELMINI, *Provider "attivi" e danno "in re ipsa": evoluzione verso una responsabilità oggettiva?*, in AIDA 2022, p. 802

CAPITOLO I – Il superamento del modello tradizionale di responsabilità degli Internet Service Provider

SOMMARIO: 1. Il paradigma originario della Direttiva 2000/31/CE - 1.1 I servizi di *mere conduit*, *caching* e *hosting* - 1.2 L'esenzione di responsabilità (*safe harbor*) e la conoscenza effettiva dell'illecito - 1.3 Il divieto di sorveglianza generale - 2. L'evoluzione giurisprudenziale: la nascita della figura dell'*hosting provider* "attivo" - 2.1 Gli indici di interferenza - 2.2 La perdita della neutralità del *provider* e le conseguenze sul regime di responsabilità - 3. Verso una responsabilità fondata sul ruolo del *provider*

1. Il paradigma originario della Direttiva 2000/31/CE

La gestione dei diritti di proprietà intellettuale sulle opere creative in un ambiente dematerializzato, qual è quello di Internet, costituisce il punto di partenza per lo sviluppo della normativa europea sul commercio elettronico. In particolare, il legislatore europeo avvertì l'esigenza, tra la fine degli anni Novanta e l'inizio degli anni Duemila, di disciplinare quanto accadeva nell'etere, emanando in un breve lasso di tempo due direttive, la n.2000/31/CE, cd. "Direttiva sul commercio elettronico" o "Direttiva *e-commerce*", e la n.2001/29/CE sull'armonizzazione di alcuni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società di informazione.

Per comprendere le ragioni che hanno condotto il legislatore europeo all'adozione della Direttiva *e-commerce*, è necessario considerare il contesto economico e tecnologico nel quale essa è maturata. La diffusione di Internet aveva, infatti, posto una serie di nuove questioni giuridiche legate alla possibile responsabilità degli intermediari di Internet per gli illeciti commessi dagli utenti mediante l'utilizzo dei servizi da essi forniti. Il problema non riguardava tanto le ipotesi in cui il *provider* fosse autore diretto dell'illecito, quanto piuttosto quelle situazioni nelle quali il servizio offerto dall'intermediario costituiva lo strumento attraverso cui terzi realizzavano condotte lesive di diritti altrui. In tale prospettiva, la questione della responsabilità degli *Internet Service Provider* assumeva una rilevanza centrale, poiché l'imposizione di regole eccessivamente severe avrebbe rischiato di compromettere lo

svolgimento di attività essenziali per il funzionamento della rete e per lo sviluppo dell'economia digitale.

La finalità principale dell'intervento normativo era quella di favorire lo sviluppo dell'*e-commerce* e del mercato digitale attraverso la predisposizione di un regime di responsabilità che non scoraggiasse l'attività degli intermediari della rete. Tali soggetti, infatti, rivestono un ruolo essenziale sia nella circolazione delle informazioni online sia nell'innovazione dei servizi e delle tecnologie digitali, sicché un'eccessiva esposizione ai rischi derivanti dalle condotte degli utenti e la conseguente imposizione di regole di responsabilità troppo rigide avrebbe potuto tradursi in un forte disincentivo agli investimenti e allo sviluppo tecnologico⁴.

Alla luce di queste considerazioni, l'introduzione di specifiche limitazioni di responsabilità risponde all'esigenza di evitare che gli *Internet Service Provider* siano gravati da rischi giuridici eccessivi derivanti dalle condotte degli utenti. In mancanza di un sistema di esenzioni adeguato, gli operatori sarebbero infatti incentivati ad adottare strategie prevalentemente difensive, destinando risorse ed energie alla prevenzione delle possibili contestazioni anziché all'implementazione e al miglioramento dei servizi offerti. Ne deriverebbe un effetto frenante sull'innovazione tecnologica e, più in generale, sullo sviluppo dell'economia digitale, che costituisce invece uno degli obiettivi fondamentali perseguiti dalla disciplina europea⁵.

Prima dell'emanazione della Direttiva *e-commerce*, la giurisprudenza italiana di merito che è stata chiamata a pronunciarsi sulla responsabilità degli intermediari di Internet ha, talvolta, equiparato la loro figura a quella dei direttori di testate giornalistiche e altre volte si è posta in senso diametralmente opposto. Secondo il primo orientamento, i giudici hanno preteso dai *provider* una condotta in grado di non

⁴ In questo senso, L. NIVARRA, *La responsabilità degli intermediari*, AIDA 2002.

⁵ Il considerando 2 della Dir. 2000/31/CE esplicita tale finalità: «lo sviluppo del commercio elettronico nella società dell'informazione offre grandi opportunità per l'occupazione della Comunità, in particolare nelle piccole e medie imprese. Esso facilita la crescita delle imprese europee, nonché gli investimenti nell'innovazione ed è tale da rafforzare la competitività dell'industria europea a condizione che Internet sia accessibile a tutti». Ancora, al considerando 3 si specifica che «il diritto comunitario e le caratteristiche dell'ordinamento giuridico comunitario costituiscono una risorsa essenziale affinché i cittadini e gli operatori europei possano usufruire appieno e al di là delle frontiere delle opportunità offerte dal commercio elettronico».

agevolare i comportamenti illeciti degli utenti ed è stato imposto loro un obbligo di controllo dei contenuti web⁶.

Accanto a questo orientamento, se ne sviluppò un altro di segno opposto, secondo il quale il *provider* non poteva essere ritenuto responsabile dei contenuti pubblicati in rete dai propri utenti solamente per il fatto di fornire la connessione web oppure uno spazio digitale sul proprio server⁷. Secondo tale impostazione, il ruolo dell'intermediario era assimilabile a quello di un mero fornitore di infrastrutture tecniche, privo di un effettivo potere di controllo sulle informazioni diffuse dagli utenti.

Infine, non sono mancate un terzo tipo di pronunce, secondo le quali l'intermediario è stato ritenuto solidalmente responsabile con l'utente per la condotta dolosa o colposa posta in essere da quest'ultimo *ex art.* 2043 c.c. In particolare, si era riconosciuta in capo al *provider* una responsabilità di tipo concorsuale nell'illecito *ex art.* 2055 c.c. tutte le volte in cui l'utente abbia realizzato illeciti avvalendosi dell'infrastruttura tecnologica dell'*Internet Service Provider* oppure allorché il *provider* non abbia effettuato i necessari controlli, così come richiesto dall'*art.* 2049 c.c.⁸, e quindi sia stato negligente.

Proprio tale disomogeneità applicativa, riscontrabile non soltanto nell'ordinamento italiano, ma anche negli altri Stati membri, rese evidente la necessità di un intervento armonizzatore a livello europeo. La Direttiva 2000/31/CE rappresentò il primo

⁶ Trib. Napoli 8 agosto 1997, caso "Cirino Pomicino", ove si è affermata la responsabilità civile del *provider* per aver "autorizzato, consentito, o comunque agevolato il comportamento illecito" di un utente colpevole di aver diffuso in rete messaggi promozionali contenenti nomi e marchi appartenenti a società concorrenti, sul presupposto della compartecipazione colposa per il *provider*, assimilabile a un responsabile editoriale, in quanto "il proprietario di un canale di comunicazione destinato a un pubblico di lettori - al quale va equiparato quale organo di stampa un sito Internet - ha l'obbligo di vigilare sul compimento di atti di concorrenza sleale eventualmente perpetrati attraverso la pubblicazione di messaggi pubblicitari di cui deve verificare la natura palese, veritiera e corretta, concorrendo, in difetto, e a titolo di responsabilità aquiliana, nell'illecito di concorrenza sleale"; cfr. F. MASSA, *L'evoluzione della responsabilità degli ISP dalla Direttiva e-commerce al Digital Services Act*, in *Giustizia*, 2022, par. 3.

⁷ Trib. Cuneo 23 giugno 1997, causa Milano Finanza editori s.p.a. c. STB servizi telematici di Borsa; Trib. Roma 4 luglio 1998, caso Banca del Salento c. Pantheon s.r.l, secondo il quale: "Neppure la Pantheon s.r.l è da ritenersi legittimata passiva dal presente ricorso, in quanto il news-server si limita a mettere a disposizione degli utenti lo spazio "virtuale" dell'area di discussione e nel caso di specie, trattandosi di un newsgroup non moderato, non ha alcun potere di controllo e vigilanza sugli interventi che vi vengono inseriti".

⁸ J. LIQUORI, *La responsabilità dell'Internet service provider*, in G. Cassano – B. Tassone (a cura di), *Diritto industriale e diritto d'autore nell'era digitale*, Milano, 2022, 281.

tentativo organico del legislatore dell'Unione di disciplinare i rapporti giuridici che si sviluppano nell'ambiente digitale e di individuare il ruolo dei diversi soggetti che vi operano. In tale contesto, particolare rilievo fu attribuito agli *Internet Service Provider*, la cui attività costituisce un presupposto indispensabile per il funzionamento stesso della rete e per lo sviluppo dei servizi della società dell'informazione.

La Direttiva *e-commerce* non adotta una classificazione fondata sulle diverse figure di intermediari presenti online, ma adotta una classificazione dei *provider* sulla base delle attività concretamente svolte. Tale scelta risponde all'esigenza di tenere conto della realtà economica del settore digitale nella quale un medesimo operatore può svolgere contemporaneamente una pluralità di funzioni differenti⁹. All'articolo 2 viene infatti utilizzata la nozione generale di prestatore di servizi della società dell'informazione, mentre gli articoli 12, 13 e 14 individuano le principali categorie di servizi rilevanti ai fini della responsabilità: *mere conduit*, *caching* e *hosting provider*.

La disciplina introdotta dalla direttiva riguarda, tuttavia, esclusivamente gli intermediari che svolgono un ruolo neutrale rispetto ai contenuti veicolati dagli utenti. I *provider* cd. passivi si limitano a svolgere un'attività di natura tecnica e automatica e, proprio per questa ragione, possono beneficiare delle limitazioni di responsabilità previste dal legislatore europeo.

Se volessimo arrivare al cuore della Direttiva *e-commerce*, giungeremmo a comprendere il duplice obiettivo dalla stessa perseguito. Da un lato, si intendeva favorire la crescita del commercio elettronico e dei servizi digitali attraverso un regime giuridico che non scoraggiasse l'attività degli intermediari della rete; dall'altro, si cercava di garantire una maggiore uniformità normativa tra gli Stati membri, superando le divergenze interpretative che ostacolavano il corretto funzionamento del mercato interno. La creazione di un quadro regolatorio comune era infatti considerata essenziale per promuovere l'innovazione tecnologica, incentivare gli investimenti nel settore digitale e assicurare condizioni di maggiore certezza giuridica agli operatori economici.

⁹ In questo senso G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli Internet Service Providers*, Giappichelli Editore, Torino, 2002.

La scelta del legislatore europeo segnò una netta presa di distanza tanto dai modelli di responsabilità oggettiva quanto dalle forme di responsabilità aggravata elaborate in alcuni ordinamenti nazionali sulla base della disciplina delle attività pericolose. L'idea di assoggettare gli *Internet Service Provider* a una responsabilità automatica per gli illeciti commessi dagli utenti venne infatti ritenuta incompatibile con il ruolo svolto dagli intermediari della rete e con l'esigenza di favorire lo sviluppo dell'economia digitale.

Gli *Internet Service Provider* passivi possono pertanto beneficiare di tali *safe harbor*, purché rispettino le condizioni previste dagli articoli 12, 13 e 14 della direttiva e intervengano tempestivamente una volta acquisita effettiva conoscenza dell'illecito. Ne emerge un sistema fondato su una responsabilità di natura soggettiva: colposa, nel momento in cui il fornitore del servizio, conscio della presenza sul sito di materiale sospetto, si astenga dal verificarne l'illiceità e, conseguentemente, dal rimuoverlo; dolosa, quando egli sia consapevole anche dell'antigiuridicità della condotta dell'utente e, ancora, ometta di intervenire.¹⁰ La responsabilità dell'intermediario assume, dunque, carattere sussidiario rispetto a quella dell'autore materiale della violazione e si colloca all'interno di un delicato bilanciamento tra tutela dei diritti lesi, libertà di iniziativa economica degli intermediari, sviluppo del mercato digitale e libera circolazione delle informazioni online.

Nonostante il significativo contributo apportato dalla Direttiva 2000/31/CE alla definizione di un regime uniforme di responsabilità degli intermediari della rete, la disciplina europea ha lasciato irrisolte alcune rilevanti questioni applicative. In particolare, la direttiva subordina la responsabilità dell'*hosting provider* all'acquisizione di una conoscenza effettiva dell'illiceità dell'attività e

¹⁰ In questo senso L. NIVARRA, *La responsabilità degli intermediari*, AIDA 2002. A conclusioni non dissimile perviene G. PONZANELLI, *Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli internet service providers*, in *Danno e resp.civ.*, 2002, p. 10, nonché in giurisprudenza, Trib. Firenze, 7 giugno 2001, il quale mette in evidenza il carattere colposo di tale responsabilità: "La responsabilità del provider nei confronti dei terzi è, invece, di natura extracontrattuale, e, come tale, andrà ravvisata in quei casi di violazione di quelle norme comuni di prudenza, diligenza, perizia, individuate secondo il parametro dell'agente modello, qualora da dette violazioni sia scaturito il danno a terzi. (...) La responsabilità del provider dovrà in concreto essere affermata con riferimento a quei casi palesi di illecito confusorio, come nel caso di abusi di marchi o nomi celebri." E afferma che: "Nessun tipo di responsabilità sarà configurabile al di fuori dell'ipotesi di registrazione di un nome di dominio corrispondente ad un marchio, di tale risonanza, da indurre necessariamente il provider, secondo le normali regole di prudenza, ad astenersi dall'eseguire la prestazione, essendo di immediata evidenza l'illecito dell'utente finale"; Trib. Catania 29 giugno 2004, in *Foro.it*, 2005, I, 1259

dell'informazione memorizzata, senza tuttavia precisare le modalità attraverso cui tale conoscenza debba essere acquisita né individuare una procedura idonea a determinarne con certezza il momento di insorgenza. La mancanza di una disciplina procedurale specifica ha suscitato numerose difficoltà interpretative, poiché l'accertamento della conoscenza dell'illecito è stato inevitabilmente rimesso alla valutazione del giudice nel singolo caso concreto¹¹.

Tale lacuna rappresenta una delle principali criticità del sistema delineato dalla Direttiva 2000/31/CE e costituisce uno degli elementi che hanno successivamente favorito l'evoluzione verso modelli più strutturati di segnalazione e gestione dei contenuti illeciti, culminati nei meccanismi di *notice and action* introdotti dal *Digital Services Act*, i quali verranno approfonditi nel corso della trattazione.

1.1 I servizi di *mere conduit*, *caching* e *hosting*

La Sezione 4 della Direttiva *e-commerce* disciplina la casistica dell'esenzione di responsabilità dei prestatori intermediari, fornendo, allo stesso tempo, una categorizzazione degli stessi.

Secondo l'art.12 della Direttiva, denominato "Semplice trasporto ("*mere conduit*")" si considera *mere conduit provider* colui che funge da mero veicolo tecnico, in quanto si limita a fornire agli utenti l'accesso a Internet e a consentire la trasmissione dei dati tra gli stessi utenti (es. gli operatori telefonici). Questa tipologia di *provider* si considera esente da responsabilità "a condizione che egli: a) non dia origine alla trasmissione; b) non selezioni il destinatario della trasmissione; e c) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse"¹².

L'art. 12 al secondo paragrafo specifica, poi, che le attività di trasmissione dei dati e di accesso agli stessi includono la memorizzazione automatica, intermedia e transitoria delle informazioni trasmesse, a condizione che questa serva solo alla trasmissione sulla

¹¹ In questo senso G.M. RICCIO, *Profili di responsabilità civile dell'internet service provider*, Salerno, 2000, p.87; vedi anche paragrafo 1.2 della presente trattazione.

¹² Art.12 Dir. 2000/31/CE.

rete di comunicazione e che la sua durata non ecceda il tempo ragionevolmente necessario a tale scopo.

L'art.13, invece, si occupa di definire il cd. *caching provider*, ossia l'operatore che si occupa della memorizzazione temporanea dei dati e delle informazioni al solo scopo di rendere più efficace il loro successivo inoltro a tutti i destinatari che ne facciano richiesta. Le condizioni poste dal primo comma ai fini dell'esclusione della responsabilità per i contenuti illeciti sono le seguenti: a) il *provider* non deve modificare le informazioni che gli vengono fornite; b) il *provider* deve conformarsi alle condizioni di accesso alle informazioni; c) il *provider* deve conformarsi alle norme di aggiornamento delle informazioni, indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore; d) il *provider* non deve interferire con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni; e) il *provider* deve agire prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitare l'accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione dell'accesso¹³.

Di rilevante importanza, il paragrafo secondo, il quale lascia impregiudicata la possibilità in capo agli Stati membri che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa esiga che il prestatore impedisca o ponga fine a una violazione.

Ed infine, all'art. 14 viene definito il cd. *hosting provider*, ossia l'operatore che memorizza durevolmente le informazioni fornite da un destinatario del servizio. In questo caso, "il prestatore non viene considerato responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore:

a) non sia effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione, o

¹³ Art.13 Dir. 2000/31/CE.

b) non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.”¹⁴

Il secondo comma specifica che “il paragrafo 1 non si applica se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore”.

Sulla falsariga dell'art.13 paragrafo secondo, anche il presente articolo “lascia impregiudicata la possibilità, per un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa, in conformità agli ordinamenti giuridici degli Stati membri, di esigere che il prestatore ponga fine a una violazione o la impedisca nonché la possibilità, per gli Stati membri, di definire procedure per la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime”.

La Direttiva *e-commerce* è stata recepita dal legislatore italiano con il d.lgs. n.70/2003¹⁵ e gli art.14-16 del decreto sono stati dedicati proprio alla (quasi) pedissequa riproduzione di questa triplice distinzione.

Le principali incertezze interpretative emerse nell'ordinamento italiano, infatti, non derivano tanto dalla formulazione dell'art.14 della Direttiva *e-commerce*, quanto piuttosto dalle scelte operate in sede di recepimento. In particolare, l'inserimento, nell'art.16, comma 1, lett. b), del d.lgs. n.70/2003, dell'inciso “su comunicazione delle autorità competenti”, del tutto assente nella direttiva, nonché la previsione del terzo comma dell'art.17, hanno alimentato il dibattito circa la natura della conoscenza dell'illecito idonea a far sorgere l'obbligo di attivazione del *provider*. Tali profili, che hanno dato origine a un significativo contrasto interpretativo in dottrina e giurisprudenza, costituiscono il nucleo del successivo paragrafo.

¹⁴ Art. 14 Dir. 2000/31/CE.

¹⁵ Recante norme di “attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno”.

1.2 L'esenzione di responsabilità (*safe harbor*) e la conoscenza effettiva dell'illecito

La Direttiva 2000/31/CE non si è limitata alla distinzione delle tre tipologie di *Internet Service Provider* richiamate nel paragrafo precedente, ma è anche intervenuta sui profili di responsabilità di siffatte tipologie e di converso di tutti gli altri *provider*.

In particolare, essa ha riservato ai servizi di *mere conduit*, *caching* e *hosting* un favor giuridico in ragione della ratio perseguita dalla direttiva di “costituire la base adeguata per elaborare sistemi rapidi e affidabili idonei a rimuovere le informazioni illecite e disabilitare l'accesso alle medesime”¹⁶, ritenuto necessario per “instaurare un vero e proprio spazio senza frontiere interne per i servizi della società dell'informazione”¹⁷.

La Direttiva *e-commerce* non individua direttamente i presupposti della responsabilità degli intermediari, ma delimita le condizioni in presenza delle quali i prestatori dei servizi di *mere conduit*, *caching* e *hosting* possono beneficiare delle relative esenzioni, ferma restando l'applicazione delle regole nazionali sulla responsabilità al di fuori dell'ambito del *safe harbor*.

Il *provider*, infatti, è tenuto a limitare il proprio intervento a un apporto meramente tecnico, automatico e passivo, rispetto alla condotta illecita altrui. L'*Internet Service Provider* non deve essere a conoscenza delle informazioni illecite trasmesse o memorizzate, né esercitare su di esse un'attività di controllo; allo stesso modo, non può intervenire manipolandone il contenuto.

L'intermediario, dunque, può compiere esclusivamente quelle operazioni di natura tecnica necessarie alla trasmissione delle informazioni immesse in rete dagli utenti dei propri servizi, purché tali interventi non incidano sull'integrità o sul contenuto delle informazioni stesse.

¹⁶ Considerando n. 40 Dir. 2000/31/CE.

¹⁷ Considerando n. 3 Dir. 2000/31/CE.

Inoltre, al fine di favorire l'accesso alla rete di un numero sempre maggiore di operatori riconducibili alle tre categorie (*mere conduit*, *caching* e *hosting provider*), il legislatore ha previsto, a loro favore, un'esenzione sia da qualsiasi obbligo generale di sorveglianza sui contenuti trasmessi o memorizzati, sia dall'obbligo di ricercare attivamente fatti o circostanze indicative della presenza di attività illecite poste in essere dagli utenti dei rispettivi servizi¹⁸.

L'assetto normativo appena richiamato ha trovato applicazione per oltre vent'anni, rivelandosi in alcuni casi inidoneo a disciplinare le situazioni emerse nella prassi, mentre in altri casi ha richiesto un significativo intervento interpretativo da parte della giurisprudenza. Quest'ultima ha progressivamente ampliato e precisato i criteri in materia di responsabilità degli *Internet Service Provider*, contribuendo a un'evoluzione tale da rendere necessario un nuovo intervento del legislatore euro-unitario, come si vedrà nel prosieguo della trattazione.

Il presente lavoro si propone, pertanto, di ricostruire l'evoluzione storica, ma offrendo un'analisi critica della capacità del sistema normativo di adattarsi, da un lato, alle trasformazioni determinate dal progresso tecnologico e, dall'altro, alle nuove dinamiche imposte dalle moderne tecniche di mercato e di comunicazione digitale.

L'individuazione dei presupposti della responsabilità dell'*hosting provider* costituisce uno dei profili più discussi della disciplina introdotta dalla Direttiva 2000/31/CE e recepita nell'ordinamento italiano dal d.lgs. n. 70/2003. Come già rilevato, il principale nodo interpretativo riguarda il rapporto tra le condizioni previste dall'articolo 16 comma 1, lett. a) e b), disposizione dalla quale dipende l'operatività in Italia del regime di esenzione riconosciuto ai prestatori di servizi di *hosting*¹⁹.

¹⁸ Art. 15 Direttiva 2000/31/CE, derubricato "Assenza dell'obbligo generale di sorveglianza", il quale sancisce al primo comma che "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.", recepito in Italia dall'art. 17 d.lgs.70/2003.

¹⁹ Art. 16 d.lgs. 70/2003, primo comma, recita così: "Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione, consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore:

a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione;

b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso".

Il dibattito si concentra, in particolare, sul significato da attribuire al requisito della conoscenza dell'illecito commesso dall'utente.

Il tema riveste un'importanza centrale nell'ambito dell'intero sistema di responsabilità delineato dalla Direttiva *e-commerce*, poiché rappresenta il punto di equilibrio tra esigenze tra loro contrapposte. Infatti, occorre evitare che gli intermediari siano gravati da un obbligo generale di controllo preventivo sui contenuti immessi dagli utenti, incompatibile con il modello delineato dal legislatore europeo. Allo stesso tempo, è necessario garantire un'effettiva tutela ai titolari dei diritti lesi, impedendo che il regime di esenzione si traduca in una sostanziale immunità del prestatore.

La nozione di conoscenza effettiva assume, dunque, un ruolo decisivo nell'individuazione dei confini applicativi del *safe harbor* previsto dall'art. 14 della Direttiva 2000/31/CE²⁰.

Affinché il *provider* possa beneficiare del regime di esenzione, devono ricorrere due presupposti. In prima battuta, egli non deve essere consapevole dell'illiceità dell'attività svolta dall'utente. In un secondo momento, qualora venga a conoscenza della violazione, è tenuto ad intervenire con tempestività, provvedendo alla rimozione del contenuto illecito oppure alla disabilitazione dell'accesso allo stesso²¹.

Proprio sull'individuazione della forma di conoscenza richiesta dall'art. 16 si registra, tuttavia, una profonda divergenza sia in dottrina che giurisprudenza. Secondo un primo orientamento, è sufficiente che il *provider* acquisisca una conoscenza “semplice” degli illeciti, anche a seguito della segnalazione proveniente dal titolare del diritto leso o attraverso altre fonti idonee a rendergli manifesta l'illiceità dell'attività svolta dall'utente²². Tale ricostruzione valorizza principalmente il disposto dell'art. 16,

²⁰ F. PIRAINO, *Spunti per una rilettura della disciplina giuridica degli internet service provider*, in AIDA 2017, pp. 475-477.

²¹ R. BOCCHINI, *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*, in Giur. It. 2017, pagg. 638 s; F. PIRAINO, *Spunti per una rilettura della disciplina giuridica degli internet service provider*, in AIDA 2017.

²² In tal senso Trib. Milano, ord., 25 gennaio 2011, *Bardolla c. Google Suggest*, confermata da Trib. Milano, 31 marzo 2011, in Riv. Dir. Ind., 2011, p. 21 ss., con nota di E. TOSI, *La responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider e dei motori di ricerca a margine dei recenti casi “Google Suggest” per errata programmazione del software di ricerca e “Yahoo! Italia” per “link” illecito in violazione dei diritti di proprietà intellettuale*; Trib. Milano, sez. sec. proprietà ind. e int., 7 giugno 2011; Trib. Roma, sez. spec. proprietà ind. e int., 20 marzo 2011, *PFA Films c. Yahoo.it*, in Dir. Ind., 2012, p. 79 ss. con commento di L. GIOVE-A. COMELLI, *Responsabilità del provider per mancata rimozione di link a materiale illecito* in Riv. dir. ind. 2012, p. 29 ss. (revocata però dal Tribunale di Roma sez. spec. proprietà ind. e int., ordinanza 11 luglio 2011, *ivi*, pag. 37 ss, in quanto la segnalazione

comma 1, lett. a), il quale esclude il beneficio del regime di esenzione qualora il prestatore sia a conoscenza di fatti o circostanze che rendano evidente l'illiceità dell'attività o dell'informazione memorizzata.

Un diverso orientamento, invece, interpreta la disciplina in senso maggiormente favorevole agli intermediari, sostenendo che l'obbligo di rimozione possa sorgere soltanto in presenza di una conoscenza qualificata dell'illecito²³. Secondo questa impostazione, la semplice diffida del soggetto che si ritiene leso, pur se dettagliata e circostanziata, non sarebbe sufficiente a far nascere il dovere di intervento del *provider*, essendo invece necessaria una comunicazione proveniente dall'autorità giudiziaria o da quella amministrativa competente. Tale ricostruzione attribuisce un rilievo prevalente all'art. 16, comma 1, lett. b), il quale collega l'obbligo di attivazione del prestatore alla conoscenza acquisita "su comunicazione delle autorità competenti"²⁴.

La contrapposizione interpretativa trae origine dalla formulazione non perfettamente coordinata delle lettere a) e b) dell'art.16 d.lgs. n.70/2003. Mentre la lett. a) sembra attribuire rilievo alla mera conoscenza dell'illiceità, la lett. b) collega invece l'obbligo di rimozione alla conoscenza acquisita "su comunicazione delle autorità competenti", dando luogo a differenti ricostruzioni circa il momento a partire dal quale il *provider* perde il beneficio dell'esenzione di responsabilità.

da parte di PFA Films è stata ritenuta del tutto generica e così anche il ricorso nella prima fase del procedimento cautelare e poi il successivo reclamo, dal momento che la PFA Films per ciascuno dei contenuti immessi in rete, di cui essa affermi la provenienza da un soggetto non autorizzato, avrebbe dovuto fornire l'indicazione dei codici di identificazione telematica (URL) in cui è disponibile il filmato contestato; e nello stesso senso vedi anche Tribunale di Roma, 16 giugno 2011, Yahoo! Italia c. Alfa Films, in Dir. ind., 2012, p.74 ss.); App. Milano, sez. spec. in materia di impresa, 7 gennaio 2015, n.29, cit., nn.46 ss.

²³ E. TOSI, *Responsabilità civile per il fatto illecito degli Internet service provider tra tipizzazione normativa ed evoluzione tecnologica: peculiarità e criticità del regime applicabile alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti di terzi*, in Digesto Discipline Privatistiche, Sezione Civile, in particolare al paragrafo 5 "una mera diffida se può ritenersi idonea nel caso degli Internet service provider attivi - stante la tipicità soggettiva che può, se è adeguatamente motivata, fondare una deroga normativa, in particolare sotto il profilo della conoscenza effettiva dell'illecito - nel caso degli Internet service provider passivi per i quali la conoscenza legale decorre - ai sensi dell'articolo 16, primo comma e art.17 comma 3 d.lgs. n.70/2003 - esclusivamente dalla comunicazione dell'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza"; in giurisprudenza: Trib. Firenze, 25 maggio 2012, in Dir. inf. 2012, p. 1210 ss.

²⁴ F. PIRAINO, *Spunti per una rilettura della disciplina giuridica degli internet service provider*, in AIDA 2017, p. 497 ss.

Va preliminarmente chiarito che, dall'analisi congiunta dell'art.16 e 17 d.lgs. n. 70/2003, si evince che il legislatore dell'epoca fosse intenzionato a prevedere un obbligo successivo di intervento del *provider* una volta acquisita la conoscenza dell'illiceità del contenuto immesso in rete. L'art.17 esclude un qualunque obbligo di attivazione contro gli illeciti o anche solo di ricerca degli stessi nella fase anteriore all'immissione dei dati in rete e anche a quella della diffusione online. L'obbligo di sorveglianza è esclusivamente successivo, seppur limitato ai fatti illeciti di cui il *provider* sia venuto a conoscenza. Dunque, il vero problema resta circoscrivere l'ambito della responsabilità del *provider* dato dalla conoscenza di un fatto illecito²⁵.

In questa prospettiva, parte della dottrina ha osservato come il legislatore europeo abbia costruito il sistema non attorno a una responsabilità oggettiva dell'intermediario, quanto piuttosto attorno alla definizione delle condizioni che consentono al prestatore di beneficiare dell'esenzione. La disciplina, infatti, non mira a individuare tutte le possibili ipotesi di responsabilità dell'*hosting provider*, bensì a delimitare le situazioni nelle quali esso può invocare il regime privilegiato previsto dalla direttiva²⁶.

Vi sono fondate ragioni per sostenere essere sufficiente, al fine di imputare in capo al *provider* una conoscenza effettiva dell'illecito, una diffida da parte di chi vanta la lesione di un diritto e non anche un ordine da parte dell'autorità giudiziaria o amministrativa competente.

La giurisprudenza nazionale ha progressivamente recepito tale impostazione.

In particolare, la Corte di cassazione ha riconosciuto, con riferimento agli *hosting provider*, l'equivalenza tra la diffida proveniente dal titolare del diritto e il provvedimento dell'autorità giudiziaria o amministrativa quale presupposto idoneo a far sorgere l'obbligo di attivazione del prestatore. Secondo la Corte, infatti, i rimedi di autotutela (mediante diffida) e di eterotutela (mediante ottenimento di un ordine di rimozione giurisdizionale o amministrativo) si pongono quali strumenti equivalenti e alternativi per chi si senta leso nei propri diritti. In questo modo, l'obbligo di rimozione può trovare origine anche nella segnalazione del privato, purché questa sia

²⁵ R. BOCCHINI, *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*, in Giur. It. 2017, pagg. 636 ss.

²⁶ F. PIRAINO, *Spunti per una rilettura della disciplina giuridica degli internet service provider*, in AIDA 2017, pp. 472-476.

sufficientemente precisa e consenta al *provider* di individuare il contenuto contestato senza imporre un'attività di ricerca generalizzata²⁷.

Diversa appare, invece, la posizione assunta dalla giurisprudenza con riferimento ai *caching provider*. Sul punto, la Corte di Cassazione, pronunciandosi nella controversia tra RTI s.p.a. e Yahoo Italia s.r.l.²⁸, relativa al motore di ricerca Yahoo Italia Search, ha ritenuto che il servizio offerto conservasse il carattere di neutralità delineato dalla Direttiva *e-commerce*, nonostante la presenza di funzionalità quali l'*embedding*, con cui il motore di ricerca consentiva di visionare brani audiovisivi restando fisicamente connessi al portale Yahoo oppure quella di *preview* con cui il motore di ricerca permetteva di vedere in anteprima piccole porzioni dei contenuti così identificati²⁹.

Secondo la Corte, tali attività non erano sufficienti a configurare una partecipazione attiva del *provider* nella diffusione dei contenuti illeciti.

In assenza di un coinvolgimento attivo nella comunicazione al pubblico del materiale protetto, i giudici hanno quindi escluso che sul *caching provider* gravasse un obbligo spontaneo di rimozione dei contenuti a seguito della semplice ricezione di una diffida o della proposizione di una domanda giudiziale. In particolare, la Cassazione ha affermato che “al prestatore del servizio che fornisca una mera attività neutrale di *caching*, la legge non richiede che, sol perché reso edotto di specifici contenuti illeciti con una diffida extragiudiziale o perché proponga una domanda giudiziale al riguardo, spontaneamente li rimuova”³⁰. In tali ipotesi, l'unico obbligo configurabile in capo al *provider* consiste nella comunicazione dei fatti alle autorità competenti.

Tale assetto fin qui delineato appare coerente con la logica complessiva della Direttiva *e-commerce*.

²⁷ Cass. civ., Sez. I, 19 marzo 2019, n.7708, secondo cui “la conoscenza dell'altrui illecito, quale elemento costitutivo della responsabilità del prestatore stesso, coincide con l'esistenza di una comunicazione in tal senso operata dal terzo, il cui diritto si assuma leso. (...) Il sorgere dell'obbligo (...) in capo al prestatore del servizio non richiede una “diffida” in senso tecnico – quale richiesta di adempimento dell'obbligo di rimozione dei documenti illeciti – essendo a ciò sufficiente la mera “comunicazione” o notizia della lesione del diritto”.

²⁸ Cass. civ., Sez. I, 19 marzo 2019, n. 7709.

²⁹ F. MASSA, *L'evoluzione della responsabilità degli Internet Service Providers: dalla Direttiva E-Commerce al Digital Services Act*, in Giustizia, 2022.

³⁰ Cass. civ., Sez. I, 19 marzo 2019, n. 7709.

Richiedere sempre un previo provvedimento dell'autorità significherebbe, infatti, ritardare l'eliminazione dei contenuti illeciti, con il rischio di aggravare in modo significativo il pregiudizio subito dal titolare del diritto. Al tempo stesso, tuttavia, la semplice ricezione di una segnalazione non può tradursi nell'automatica rimozione di qualsiasi contenuto contestato (quando l'attività del *provider* consiste nella mera memorizzazione temporanea dei dati), onde evitare di incentivare il fenomeno del cd. *over-removal* e un eventuale pregiudizio alla libertà di espressione degli utenti.³¹

L'intermediario, infatti, potrebbe essere indotto ad adottare un approccio eccessivamente prudentiale, privilegiando la rimozione del materiale contestato anche nei casi in cui l'illiceità non sia manifesta, pur di evitare possibili profili di responsabilità. Ne deriverebbe uno sbilanciamento a discapito della libera manifestazione del pensiero e della libera circolazione dell'informazione, affidando a soggetti privati valutazioni che, per loro natura, richiederebbero adeguate garanzie di imparzialità e terzietà³².

Anche nella Raccomandazione (UE) 2018/334 emerge questa esigenza di bilanciamento. La Commissione europea invita gli Stati membri e i prestatori di servizi di *hosting* a predisporre procedure di segnalazione facilmente accessibili, ma al tempo stesso caratterizzate da adeguati requisiti di precisione e motivazione. La Raccomandazione sottolinea infatti che le notifiche devono contenere informazioni sufficienti a consentire al prestatore di assumere una decisione consapevole circa la rimozione del contenuto segnalato, evitando sia interventi arbitrari sia un'inerzia incompatibile con l'effettività della tutela dei diritti³³.

Oltre alla giurisprudenza di legittimità, mi sembra particolarmente esaustiva, tra la giurisprudenza di merito, una famosa sentenza del Tribunale di Napoli Nord, che tira le somme della questione, ragionando sulla scorta di una serie di argomentazioni, di carattere sistematico, letterale e teleologico³⁴.

³¹ F. BENATTI – G. PORTONERA, *La responsabilità di diritto civile degli Internet Service Providers. Spunti dalla comparazione con la giurisprudenza statunitense*, in Nuova giurisprudenza civile commentata, n.2/2024; L. ANSELMi, *La Corte di giustizia sul caso YouTube: avanti (ma non troppo) con giudizio*, in AIDA 2021.

³² Cfr. C. NOVELLI, *Il social giudizioso, La giurisprudenza italiana sulla responsabilità civile degli Internet Service Providers*, in Rivista Italiana di Informatica e Diritto, 2019, pp. 104-105.

³³ Raccomandazione (UE) 2018/334 della Commissione, 1 marzo 2018, punti 20-24.

³⁴ Tribunale di Napoli Nord, Sez. civ. II, 3 novembre 2016.

In prima battuta, i giudici valorizzano la struttura dell'art.16 del d.lgs. n. 70/2003, il quale disciplina il regime di esenzione della responsabilità dell'*hosting provider* attraverso due fattispecie distinte previste alle lettere a) e b) del primo comma. Se si ritenesse che l'obbligo di rimuovere i contenuti illeciti possa nascere soltanto a seguito di un provvedimento dell'autorità giudiziaria o amministrativa, perderebbe di significato l'autonoma previsione della lett. a) che collega l'operatività del *safe harbor* alla mancanza di una effettiva conoscenza dell'illiceità dell'informazione memorizzata. La previsione normativa di due fattispecie distinte dimostra che la conoscenza dell'illecito costituisce un presupposto autonomo e sufficiente a far sorgere in capo al *provider* il dovere di attivarsi, indipendentemente dall'adozione di un ordine proveniente dall'autorità competente.³⁵

Un ulteriore argomento viene desunto dall'art. 17 d.lgs. 70/2003. Se l'intermediario fosse tenuto a intervenire esclusivamente in esecuzione di un ordine dell'autorità, non vi sarebbe alcuna ragione di prevedere espressamente il divieto di imporre un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni trasmesse o memorizzate né quello di ricercare attivamente fatti o circostanze indicative della presenza di attività illecite. La previsione normativa acquista, invece, pieno significato se interpretata nel senso che l'*hosting provider* pur non essendo tenuto a svolgere un'attività di controllo preventivo e generalizzato è comunque obbligato a intervenire quando acquisisca conoscenza dell'illecito attraverso modalità diverse da una propria attività di ricerca.

Il tenore letterale dell'art.17 consente, infatti, di distinguere tra una conoscenza "attiva", che la norma esclude espressamente imponendo il divieto di svolgere un controllo ex ante sui contenuti, e una conoscenza "passiva", che può derivare da una segnalazione specifica proveniente dal titolare del diritto o da altri soggetti interessati. In quest'ultima ipotesi, la segnalazione rende il *provider* consapevole della presenza di determinati contenuti illeciti e determina l'insorgenza dell'obbligo di adottare misure necessarie per impedirne la prosecuzione, senza che sia necessario attendere un formale provvedimento dell'autorità³⁶.

³⁵ Tribunale di Napoli Nord, Sez. civ. II, 3 novembre 2016, si veda commento di R. BOCCHINI, *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*, in Giur. It. 2017, pag. 637.

³⁶ Ibidem.

La medesima conclusione trova conferma anche nel considerando della Direttiva 2000/31/CE, e in particolare nel considerando n.46, secondo il quale il prestatore di un servizio consistente nella memorizzazione di informazioni, per poter beneficiare della limitazione di responsabilità, è tenuto ad agire immediatamente per rimuovere le informazioni illecite o disabilitarne l'accesso non appena venga informato della loro presenza o ne acquisisca comunque conoscenza³⁷.

A fortiori, dunque, la conoscenza può essere stimolata dall'esterno e non necessariamente da un ordine dell'autorità³⁸.

Questa formulazione conferma come il legislatore europeo abbia inteso valorizzare l'effettiva acquisizione della conoscenza dell'illecito piuttosto che la provenienza della relativa comunicazione. Ciò che assume rilievo, infatti, è che il prestatore disponga di elementi sufficienti per rendersi conto della presenza di un contenuto illecito, così da poter intervenire tempestivamente senza che sia necessario attendere l'emanazione di un provvedimento dell'autorità competente³⁹.

A sostegno di tale interpretazione il Tribunale di Napoli Nord richiama la natura degli interessi coinvolti. Nei casi in cui siano lesi diritti della personalità, come nel caso di specie, subordinare l'intervento del *provider* all'emanazione di un provvedimento dell'autorità rischierebbe di compromettere irrimediabilmente la tutela dei soggetti lesi. Il tempo necessario per ottenere un ordine giudiziale potrebbe consentire la prosecuzione della diffusione del contenuto illecito, aggravando un pregiudizio spesso non integralmente eliminabile attraverso i successivi rimedi risarcitori.

Sotto questo profilo, la possibilità per il *provider* di intervenire anche in assenza di un ordine dell'autorità costituisce il punto di equilibrio tra le contrapposte esigenze di

³⁷ Ai sensi del Considerando n. 46 della Direttiva: “Per godere di una limitazione della responsabilità, il prestatore di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni deve agire immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitare l'accesso alle medesime non appena sia informato o si renda conto delle attività illecite. La rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime devono essere effettuate nel rispetto del principio della libertà di espressione e delle procedure all'uopo previste a livello nazionale. La presente direttiva non pregiudica la possibilità per gli Stati membri di stabilire obblighi specifici da soddisfare sollecitamente prima della rimozione delle informazioni o della disabilitazione dell'accesso alle medesime”.

³⁸ R. BOCCHINI, *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*, in Giur. It. 2017, pag. 637.

³⁹ F. MASSA, *L'evoluzione della responsabilità degli Internet Service Providers: dalla direttiva e-commerce al Digital Services Act*, in Giustizia, 2022, pp. 46-48.

garantire la libera circolazione delle informazioni in rete e di assicurare un'effettiva tutela dei diritti fondamentali della persona. Tale soluzione consente di configurare un sistema di controllo *ex post*, attivato dall'iniziativa del titolare del diritto leso.

Alcune perplessità sorgevano in merito al potere del *provider* di rimuovere contenuti illeciti laddove questi siano lesivi di diritti patrimoniali. Occorre evitare di trasformare il *provider* in un "primo giudice dei conflitti" che si creano sulla piattaforma⁴⁰.

La giurisprudenza ha altresì chiarito che, al di fuori delle ipotesi in cui l'omessa rimozione consegua all'inosservanza di un ordine dell'autorità competente, la responsabilità dell'*hosting provider* nei confronti del soggetto danneggiato presuppone la prova che quest'ultimo sia stato concretamente informato dell'esistenza del contenuto illecito e che, nonostante tale conoscenza, abbia omesso di attivarsi tempestivamente. In particolare, di regola il danneggiato è tenuto a dimostrare sia l'avvenuta comunicazione dell'illecito al *provider*, sia la successiva inerzia di quest'ultimo, il quale avrebbe potuto impedire la protrazione della violazione, ricorrendo ai poteri di autotutela derivanti dal rapporto contrattuale instaurato con l'utente che aveva pubblicato il contenuto⁴¹.

Ad ogni modo, la tensione che sussiste tra le esigenze di rapidità dell'intervento e la tutela delle libertà fondamentali dimostra come il tema della conoscenza effettiva non possa essere risolto esclusivamente sul piano dell'individuazione del momento in cui sorge l'obbligo di attivazione del *provider*, ma richieda anche la predisposizione di garanzie procedimentali idonee ad evitare rimozioni arbitrarie o sproporzionate. Sotto questo profilo, le incertezze applicative emerse durante la vigenza della Direttiva 2000/31/CE hanno evidenziato l'esigenza di un intervento normativo più organico, che il legislatore europeo realizzerà in effetti a quasi vent'anni di distanza, con la Direttiva (UE) 2019/790 sul diritto d'autore nel mercato unico digitale e, successivamente, con il *Digital Services Act*.

⁴⁰ R. BOCCHINI, *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*, in Giur. It. 2017, pag. 637

⁴¹ In questo senso ordinanza del 3 ottobre 2013, Tribunale di Milano, sezione I civile.

1.3 Il divieto di sorveglianza generale

Un ultimo profilo, già richiamato nei paragrafi precedenti, ma sul quale vale la pena soffermarsi, è rappresentato dal divieto di imporre agli intermediari un obbligo generale di sorveglianza, principio destinato ad assumere un ruolo centrale nell'intera disciplina europea della responsabilità degli *Internet Service Provider* e che, come si vedrà, costituisce ancora oggi uno dei capisaldi nella più recente normativa.

L'art.15 della Direttiva 2000/31/CE sancisce il divieto di imporre ai prestatori di servizi della società di informazione un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni trasmesse o memorizzate, nonché un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze indicative della presenza di attività illecite. La disposizione si inserisce nel più ampio impianto delineato dalla direttiva, volto a favorire lo sviluppo del mercato digitale, evitando che sugli intermediari gravino obblighi di controllo preventivo incompatibili con il funzionamento della rete e con la libera circolazione dei servizi digitali⁴².

La ratio della disposizione non si esaurisce, tuttavia, nell'esigenza di evitare un peso eccessivo degli obblighi gravanti sugli operatori economici. Come evidenziato dalla dottrina, l'art.15 costituisce uno degli strumenti attraverso i quali il legislatore europeo ha perseguito l'obiettivo di favorire lo sviluppo del commercio elettronico e della società dell'informazione, evitando che il timore di una responsabilità generalizzata potesse ostacolare l'ingresso e la permanenza sul mercato dei prestatori di servizi digitali.

L'imposizione di un obbligo indiscriminato di monitoraggio avrebbe infatti richiesto investimenti economici e tecnologici estremamente elevati, con il rischio di compromettere l'innovazione e la libera prestazione dei servizi nell'ambiente digitale⁴³.

⁴² Art. 15 Direttiva 2000/31/CE; considerando n. 47 e n.48 della Direttiva 2000/31/CE; cfr. anche F. MASSA, *L'evoluzione della responsabilità degli Internet service providers: dalla Direttiva e-commerce al Digital Services Act*, in *Giustizia* n.2/2022.

⁴³ F. MASSA, op. cit.; F. PIRAINO, *Spunti per una rilettura della disciplina giuridica degli internet service providers*, in *AIDA* 2017; F. BENATTI – G. PORTONERA, *La responsabilità di diritto civile degli Internet Service Providers. Spunti dalla comparazione con la giurisprudenza statunitense*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, n.2/2024.

Accanto a tali esigenze di carattere economico, il divieto di sorveglianza generale assolve anche una funzione di garanzia dei diritti fondamentali coinvolti nella circolazione delle informazioni online. Un controllo preventivo e sistematico su tutti i contenuti immessi in rete imporrebbe, infatti, agli intermediari di analizzare in modo continuativo enormi quantità di dati riferibili agli utenti, con inevitabili ripercussioni tanto sulla libertà di manifestazione del pensiero e di informazione quanto sul diritto alla protezione dei dati personali. Sotto questo profilo, la scelta del legislatore europeo si fonda sull'esigenza di evitare che soggetti privati siano chiamati a svolgere un'attività generalizzata di controllo dei contenuti, attribuendo loro un potere di selezione e valutazione potenzialmente incompatibile con i principi di proporzionalità, necessità e minimizzazione del trattamento dei dati personali successivamente consacrati dal diritto dell'Unione europea⁴⁴.

Ciò non significa, tuttavia, che gli *Internet Service Provider* siano completamente sottratti a obblighi di intervento. L'art.15, par. 2, della direttiva consente, infatti, agli Stati membri di prevedere obblighi di collaborazione con le autorità pubbliche, imponendo ai prestatori di informare senza indugio le autorità competenti circa presunte attività illecite o di comunicare dati utili all'identificazione degli utenti coinvolti.

La distinzione tra monitoraggio generale e obblighi di intervento specifici ha costituito, nel tempo, una delle principali tematiche su cui è intervenuta la Corte di giustizia.

⁴⁴ In particolare, della Direttiva 95/46/CE, della Direttiva 2002/58/CE e, successivamente, del Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR); cfr. F. PIRAINO, *Spunti per una rilettura della disciplina giuridica degli internet service provider*, in AIDA 2017, p. 477.

In particolare, possiamo ricordare le pronunce *L'Oréal c. eBay*⁴⁵, *Scarlet Extended*⁴⁶, *Netlog*⁴⁷, e *UPC Telekabel*⁴⁸, dalle quali emerge il principio secondo cui il divieto di imporre agli intermediari un obbligo generale di sorveglianza non impedisce l'adozione di obblighi specifici e mirati, volti a prevenire o far cessare violazioni determinate dei diritti, purché tali misure rispettino il principio di proporzionalità e il necessario bilanciamento tra i diritti fondamentali.

In altri termini, ciò che la direttiva vieta è l'attribuzione ai prestatori di un compito di sorveglianza continua sull'intera attività svolta dagli utenti, mentre rimangono ammissibili misure specificamente orientate a far cessare o prevenire la reiterazione di illeciti già individuati⁴⁹.

⁴⁵ CGUE, 12 luglio 2011, causa C-324/09, caso *L'Oréal c. eBay*, dove al punto 135 si legge: “ (...) la competenza attribuita, conformemente all'art. 11 direttiva 2004/48, terza frase, agli organi giurisdizionali nazionali deve consentire a questi ultimi di ingiungere al prestatore di un servizio online, quale colui che mette a disposizione degli utenti di Internet un mercato online, di adottare provvedimenti che contribuiscano in modo effettivo, non solo a porre fine alle violazioni condotte attraverso tale mercato, ma anche a prevenire nuove violazioni”.

⁴⁶ CGUE, 24 novembre 2011, C-70/10, caso *Scarlet c. SABAM*, dove rimandando alla giurisprudenza del caso *L'Oréal* aggiunge al punto 31 che: “Dalla giurisprudenza della Corte risulta poi che la competenza attribuita, a norma di tali disposizioni, agli organi giurisdizionali nazionali deve consentire a questi ultimi di ingiungere a detti intermediari di adottare provvedimenti che contribuiscano in modo effettivo, non solo a porre fine alle violazioni già inferte ai diritti di proprietà intellettuale mediante i loro servizi della società dell'informazione, ma anche a prevenire nuove violazioni” e al punto 41 aggiunge che “occorre inoltre tenere conto delle condizioni che discendono dalla tutela dei diritti fondamentali applicabili”.

⁴⁷ CGUE, 16 febbraio 2012, causa C-360/10, caso *Netlog c. SABAM*.

⁴⁸ CGUE, 27 marzo 2014, causa C-314/12, caso *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH*, la quale chiarisce al punto 27 che “come indicato dal considerando 59 della direttiva 2001/29, dato che i servizi degli intermediari sono sempre più utilizzati per violare il diritto d'autore o i diritti connessi, in molti casi siffatti intermediari sono i più idonei a porre fine a tali violazioni”. La Corte prosegue al punto 37 affermando quanto segue: “La direttiva 2001/29 dispone che le misure che gli Stati membri sono tenuti ad adottare per conformarsi alla medesima abbiano l'obiettivo non solo di far cessare le violazioni inferte al diritto d'autore o ai diritti connessi, ma altresì di prevenirle”. Per quanto riguarda il principio di proporzionalità nel punto 46 la Corte afferma: “La Corte ha già statuito che, quando diversi diritti fondamentali sono in contrasto fra loro, gli Stati membri sono tenuti, in occasione della trasposizione di una direttiva, a fondarsi su un'interpretazione di quest'ultima tale da garantire un giusto equilibrio tra i diritti fondamentali applicabili tutelati dall'ordinamento giuridico dell'Unione. Inoltre, in sede di attuazione delle misure di trasposizione di detta direttiva, le autorità e i giudici degli Stati membri devono non solo interpretare il loro diritto nazionale in modo conforme a tale direttiva, ma anche provvedere a non fondarsi su un'interpretazione di essa che entri in conflitto con i suddetti diritti fondamentali o con gli altri principi generali del diritto dell'Unione, come il principio di proporzionalità”.

⁴⁹ M. BERTANI, *L'ultima frontiera contro la pirateria online: ingiunzioni dinamiche ai gatekeepers della rete, definite con procedure di notice and take down*, in AIDA 2018; F. BENATTI – G. PORTONERA, *La responsabilità di diritto civile degli Internet Service Providers. Spunti dalla comparazione con la giurisprudenza statunitense*, in Nuova giurisprudenza civile commentata, n.2/2024.

Anche la giurisprudenza nazionale che è susseguita alla Direttiva 2000/31/CE si orienta in questo senso e diventa “un principio consolidato (...) quello secondo il quale è escluso un dovere di controllo preventivo del *provider* rispetto ai contenuti immessi in rete, essendo viceversa prevista la possibilità di un intervento dello stesso *provider* successivo alla segnalazione della violazione, in primo luogo, da parte del titolare del diritto che si afferma leso”⁵⁰.

Tale orientamento consente inoltre di preservare la funzione stessa del regime di *safe harbor*. Se si imponesse infatti al titolare del diritto di attendere sempre un provvedimento dell'autorità prima che sorga l'obbligo di attivazione del *provider*, l'effettività della tutela risulterebbe inevitabilmente compromessa, soprattutto nel contesto digitale, nel quale la rapidità della diffusione delle informazioni costituisce uno degli elementi maggiormente idonei ad aggravare il danno. Una maggiore responsabilizzazione degli intermediari contribuisce, inoltre, a incentivare l'adozione di procedure interne più efficienti per la gestione delle segnalazioni e per la prevenzione della protrazione degli illeciti online⁵¹.

In questa prospettiva si collocano le fondamentali pronunce *Scarlet Extended c. SABAM* e *SABAM c. Netlog*, nelle quali la Corte di giustizia ha escluso la compatibilità con l'art.15 di sistemi di filtraggio preventivo imposti indistintamente a tutti i contenuti trasmessi o memorizzati dagli utenti. Nei due casi, le misure richieste avrebbero imposto agli intermediari di installare strumenti automatici di controllo idonei a verificare, in via preventiva e senza limiti temporali, l'intero traffico telematico o tutti i file caricati sulle piattaforme, al fine di individuare eventuali violazioni del diritto d'autore. Secondo la Corte, un simile obbligo avrebbe trasformato gli intermediari in soggetti stabilmente incaricati del controllo delle comunicazioni elettroniche, in contrasto con il divieto sancito dall'art.15 della direttiva e con il necessario

⁵⁰ Tribunale di Napoli Nord, Sez. civ. II, 3 novembre 2016; cfr. anche ordinanza del 11 luglio 2011, Tribunale di Roma, IX sez. civ. sez. spec. in proprietà ind. e int; ordinanza del 5 maggio 2014 Tribunale ordinario di Torino, I sez. civ., sez. spec. in imprese.

⁵¹ In questo senso ordinanza del 23 giugno 2014, Tribunale ordinario di Torino – Tribunale delle Imprese secondo cui “il contemperamento fra le esigenze della comunicazione e quelle di tutela dei diritti altrui avviene delineando una figura di hosting provider tutt'altro che “inerte” o “passiva”; si tratta, al contrario, di un soggetto che deve attivarsi, appena avuta notizia dell'illecito, per rimuovere le informazioni o per impedire l'accesso ad esse, e che è tenuto a quella diligenza che è ragionevole attendersi da lui per “individuare e prevenire” alcuni tipi di attività illecite; il divieto di obbligo di sorveglianza preventivo e generale non riguarda gli obblighi di sorveglianza in casi specifici”.

bilanciamento tra tutela della proprietà intellettuale, libertà d'impresa, protezione dei dati personali e libertà di ricevere e comunicare informazioni⁵².

Le pronunce richiamate assumono particolare rilievo poiché chiariscono che il divieto di sorveglianza generale costituisce uno strumento di tutela non soltanto degli intermediari, ma anche degli utenti della rete. Un sistema di controllo permanente comporterebbe, infatti, un trattamento sistematico delle informazioni riferibili alla generalità degli utilizzatori del servizio, incidendo inevitabilmente sulla loro riservatezza e sulla libertà di espressione. Come osservato dalla dottrina, il legislatore europeo ha così inteso evitare che la prevenzione degli illeciti si traducesse nella creazione di meccanismi di controllo generalizzato delle comunicazioni elettroniche affidati a soggetti privati, i quali finirebbero per esercitare un potere di selezione dei contenuti privo delle garanzie proprie dell'autorità giudiziaria⁵³.

Come precedentemente osservato, l'interpretazione della Corte di giustizia ha, tuttavia, conosciuto una significativa evoluzione nelle decisioni successive. Con la sentenza *UPC Telekabel Wien*, la Corte ha precisato che il divieto previsto dall'art.15 non impedisce l'adozione di provvedimenti rivolti a impedire specifiche violazioni di diritti fondamentali, purché tali misure siano proporzionate, efficaci e non impongano all'intermediario un controllo indiscriminato dell'intera attività svolta dagli utenti. La Corte ha così riconosciuto la legittimità degli ordini giudiziali diretti a impedire l'accesso a determinati contenuti illeciti, purché l'intermediario conservi un adeguato margine di autonomia nella scelta delle misure tecniche da adottare e queste non determinino un sacrificio eccessivo dei diritti degli utenti⁵⁴.

Su questa linea interpretativa si colloca anche la successiva sentenza *Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland*, nella quale la Corte ha ulteriormente precisato che l'art.15 non osta all'adozione di provvedimenti che impongano all'*hosting provider* la rimozione non soltanto del contenuto dichiarato illecito, ma anche dei contenuti identici e sostanzialmente equivalenti, purché l'obbligo rimanga circoscritto ai

⁵² CGUE, Grande Sezione, 24 novembre 2011, causa C-70/10, *Scarlet Extended SA c. SABAM*; CGUE, Grande Sezione, 16 febbraio 2012, causa C-360/10, *SABAM c. Netlog NV*.

⁵³ M. BERTANI, op. cit.; L. ANSELMi, *La Corte di giustizia sul caso YouTube: avanti (ma non troppo) con giudizio*, in AIDA 2021.

⁵⁴ CGUE, 27 marzo 2014, causa C-314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH e Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*.

contenuti individuati dal provvedimento giudiziale e non si traduca in un controllo indiscriminato dell'intera piattaforma. La decisione rappresenta un ulteriore passaggio nell'evoluzione della giurisprudenza europea, poiché riconosce quella compatibilità con la direttiva di forme di controllo “mirato”, finalizzate a prevenire la reiterazione di violazioni già accertate senza trasformare il prestatore in un soggetto tenuto a una sorveglianza generalizzata⁵⁵.

L'orientamento della Corte di giustizia mette in luce come il discrimine tra obblighi consentiti e obblighi vietati non risieda tanto nell'esistenza di un dovere di intervento in capo al *provider*, quanto nella sua estensione. Mentre il monitoraggio preventivo, permanente e riferito alla totalità dei contenuti rimane incompatibile con l'art. 15 della Direttiva 2000/31/CE, risultano invece ammissibili obblighi specificamente calibrati su violazioni determinate e concretamente individuabili, idonei a garantire un equilibrato bilanciamento tra la tutela dei diritti lesi e la salvaguardia delle libertà fondamentali degli utenti e degli stessi intermediari⁵⁶.

Questa tipologia di misure cautelari sono state definite dalla Commissione europea “ingiunzioni dinamiche”, espressione utilizzata per indicare quei provvedimenti che, oltre a imporre la rimozione di specifici contenuti illeciti, estendono i propri effetti anche alle successive ripubblicazione della medesima opera. L'obiettivo di tali ordini è quello di impedire che il contenuto già dichiarato illecito possa essere nuovamente reso disponibile attraverso URL differenti o mediante nuovi caricamenti, evitando così che il titolare del diritto sia costretto ad avviare un nuovo procedimento giudiziario per ogni singola violazione. Le ingiunzioni dinamiche, pertanto, non si limitano a colpire il singolo contenuto segnalato, ma mirano a contrastare il fenomeno della reiterazione dell'illecito, imponendo al *provider* di predisporre misure tecniche idonee a prevenirne la ricomparsa⁵⁷. Secondo la Commissione europea, tale strumento rappresenta una

⁵⁵ CGUE, Grande Sezione, 3 ottobre 2019, causa C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Ltd*; ANSELMINI, *La Corte di giustizia sul caso YouTube: avanti (ma non troppo) con giudizio*, in AIDA 2021.

⁵⁶ M. BERTANI, *L'ultima frontiera contro la pirateria online: ingiunzioni dinamiche ai gatekeepers della rete, definite con procedure di notice and take down*, in AIDA 2018; ; F. BENATTI – G. PORTONERA, *La responsabilità di diritto civile degli Internet Service Providers. Spunti dalla comparazione con la giurisprudenza statunitense*, in Nuova giurisprudenza civile commentata, n.2/2024.

⁵⁷ Questa funzione preventiva viene assegnata alle ingiunzioni dagli art. 9 e 11 direttiva 48/2000/CE. Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Orientamenti in merito ad alcuni aspetti della direttiva 2004/48/CE*, cit., 23. La funzione preventiva di violazioni imminenti dei diritti di proprietà intellettuale è assegnata

risposta particolarmente efficace alle peculiarità dell'ambiente digitale, nel quale la rapidità con cui i contenuti possono essere nuovamente caricati rischia di vanificare l'effettività della tutela giurisdizionale.

Inoltre, sottolinea il Tribunale di Milano⁵⁸, il carattere sufficientemente determinato dell'ordine di disabilitazione *pro futuro* dei siti *alias* dipende dal fatto che la condotta oggetto del comando inibitorio coincide con l'illecito già accertato in via sommaria, dunque non richiede un ulteriore accertamento giudiziale. Anche se, è opportuno sottolineare, come mancasse all'epoca, una fase di interlocuzione che introducesse un contraddittorio necessario con i controinteressati diversi dai destinatari della misura cautelare e una regolamentazione specifica delle limitazioni di responsabilità per il *provider* che desse corso in buona fede alla specifica segnalazione richiedente l'oscuramento di siti *alias* per violazione dei diritti di proprietà intellettuale.⁵⁹

In questo senso si colloca l'orientamento ormai consolidato secondo cui il titolare del diritto leso possa rivolgere all'*hosting provider* una diffida sufficientemente circostanziata, contenente l'indicazione dell'opera protetta, del contenuto ritenuto illecito e degli elementi idonei a consentirne l'individuazione. Ricevuta una tale segnalazione, il prestatore è tenuto ad attivarsi tempestivamente per rimuovere il contenuto contestato o per impedirne l'accesso, potendo altrimenti perdere il beneficio dell'esenzione di responsabilità. L'obbligo che ne deriva, tuttavia, non si estende indistintamente a tutti i contenuti presenti sulla piattaforma, ma rimane limitato alle informazioni specificamente segnalate o a quelle a esse strettamente riconducibili⁶⁰.

alle "ingiunzioni interlocutorie", e dunque alle inibitorie cautelari, dall'art.9 dir. 2004/48/CE. La funzione di prevenire il ripetersi di violazioni già perpetrate è prefigurata per le ingiunzioni ex art.11 dalla medesima direttiva, aventi natura di sanzione irrogabile all'esito del giudizio di merito; si veda CGUE, 12 luglio, 2011, *L'Oréal SA e a. c. eBay International AG*, causa C-324/09, punti 128-134; analogamente, con riferimento alla violazione dei diritti d'autore, v. CGUE 24 novembre 2011, in causa C-70/10, *Scarlet Extended*.

⁵⁸ Trib. di Milano, Sez. spec. in materia d'impresa, ordinanza 12 aprile 2018, *Arnoldo Mondadori Editore s.p.a. c. Fastweb s.p.a., Telecom Italia s.p.a., Vodafone Italia s.p.a.*

⁵⁹ Questi passaggi erano previsti, invece, nella procedura di notice and take down del Copyright Law statunitense, alla section 512, che regola gli effetti di un'eventuale contro-notifica. Cfr. M. BERTANI, *L'ultima frontiera contro la pirateria online: ingiunzioni dinamiche ai gatekeepers della rete, definite con procedure di notice and take down*, in AIDA 2018.

⁶⁰ Cass. civ., Sez. I, 19 marzo 2019, n.7708; F. MASSA, *L'evoluzione della responsabilità degli Internet service providers: dalla Direttiva e-commerce al Digital Services Act*, in Giustizia n.2/2022.

È possibile, perciò, affermare che, già nell'arco della vigenza della Direttiva *e-commerce*, gli *hosting provider* possono essere destinatari di ordini diretti non solo alla rimozione di contenuti illeciti già individuati ("*take down*"), ma anche alla prevenzione del loro successivo caricamento ("*stay down*").

L'ordine di *take down* affonda le proprie radici nell'esperienza giuridica statunitense e, in particolare, nel meccanismo di "*notice and take down*" disciplinato dalla *section* 512 dell'Online Copyright Infringement Liability Limitation Act (OCILLA), confluito nel Titolo II del Digital Millennium Copyright Act (DMCA) del 1998. Essa disciplina un articolato meccanismo di *notice and take down*, con lo scopo di regolare in modo dettagliato i rapporti tra i titolari dei diritti, utenti e *provider*. Nello specifico, la procedura consiste nella possibilità, in capo al titolare del diritto leso, di notificare formalmente all'intermediario la presenza di contenuti ritenuti illeciti mediante una segnalazione che deve rispettare requisiti di forma e contenuto specifici previsti dalla legge. La notifica deve consentire l'identificazione dell'opera protetta, del materiale contestato e della sua collocazione online, oltre a contenere una serie di dichiarazioni attestanti la buona fede del segnalante e la legittimazione ad agire per conto del titolare dei diritti.

La segnalazione ricevuta dal *provider* è riconosciuta dalla disciplina come «presunzione di effettiva conoscenza in capo al prestatore della presenza di materiale vietato nei propri spazi»⁶¹, purché sia conforme ai requisiti stabiliti dalla § 512, sub (c), par (3) del DMCA. Proprio per tale ragione, il sistema statunitense richiede che ciascun *provider* designi un soggetto incaricato di ricevere le notifiche e prevede che, una volta acquisita la segnalazione validamente formulata, il prestatore debba procedere tempestivamente alla rimozione del contenuto contestato o, quantomeno alla disabilitazione dell'accesso allo stesso. Viceversa, una notifica che non presenta gli elementi richiesti dalla normativa non è idonea a dimostrare l'effettiva conoscenza dell'illecito da parte dell'intermediario e, pertanto, non è sufficiente a far venire meno il beneficio delle limitazioni di responsabilità.

⁶¹ M. DELSIGNORE, *Il sistema U.S.A.*, in AIDA 2014, p.3 ss.

Al soggetto che ha caricato il contenuto viene, tuttavia, riconosciuta la facoltà di presentare una contro-notifica, opponendosi così alla richiesta avanzata dal titolare dei diritti. Si instaura, pertanto, un meccanismo dialettico tra il titolare del diritto, il *provider* e l'utente che ha pubblicato il contenuto, descritto in dottrina come una forma di "dialogo triangolare"⁶². Qualora il conflitto non trovi soluzione nell'ambito di tale procedura, resta comunque salva la possibilità per la parte che si ritenga ancora lesa di adire all'autorità giudiziaria competente.

Il sistema di *notice and take down* assolve dunque una funzione duplice: da un lato, consente ai titolari dei diritti di ottenere rapidamente la rimozione dei contenuti lesivi, dall'altro, individua con precisione il momento a partire dal quale il *provider* può considerarsi effettivamente a conoscenza dell'illecito, offrendo così un criterio certo per l'applicazione del regime di responsabilità.

L'assenza di un meccanismo analogo nella Direttiva *e-commerce* ha determinato, soprattutto nella fase iniziale di applicazione della disciplina europea, una situazione di incertezza circa i presupposti della responsabilità degli intermediari in mancanza di criteri normativi che individuassero con precisione al momento in cui il *provider* dovesse considerarsi effettivamente a conoscenza dell'illecito, come si ha avuto modo di notare nel corso della precedente trattazione.

Inoltre, volendomi soffermare nuovamente sulla questione della legittimità degli ordini di *stay down*, è opportuno precisare che la stessa trova fondamento proprio nella loro natura specifica e mirata. Rispetto a un sistema generalizzato di filtraggio, non viene preteso dal prestatore una verifica preventiva di ogni contenuto caricato dagli utenti, bensì la predisposizione di strumenti tecnici idonei a evitare la reiterazione di violazioni già accertate. In questo senso, il controllo richiesto all'intermediario non attiene all'intero flusso informativo che transita sulla piattaforma, ma è circoscritto ad un numero determinato di opere e contenuti previamente individuati. È proprio questa limitazione dell'oggetto dell'obbligo che consente di distinguere gli ordini di *stay down* dalle forme di sorveglianza generale vietate dall'art.15 della direttiva⁶³.

⁶² M. OROFINO *L'intervento regolamentare dell'AGCOM in materia di diritto d'autore: profili di criticità formale e sostanziale*, in F. PIZZETTI (a cura di), *I diritti nella "rete" della rete: il caso del diritto di autore*, Torino, 2011, pag. 135.

⁶³ CGUE, 3 ottobre 2019, causa C-18/18, *Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Ltd*; CGUE, 27 marzo 2014, causa C-314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH*.

L'esperienza applicativa maturata durante la vigenza della Direttiva *e-commerce* ha progressivamente dimostrato come il divieto di sorveglianza generale non costituisca un limite assoluto all'imposizione di obblighi in caso agli intermediari, ma un criterio volto a delimitare la natura di tali obblighi.

Si tratta di un'impostazione che, come si vedrà nei capitoli successivi, anticipa molti degli sviluppi che hanno caratterizzato prima la Direttiva (UE) 2019/790 e poi il *Digital Services Act*, nei quali il legislatore europeo ha ulteriormente valorizzato il ruolo collaborativo delle piattaforme online senza mai giungere all'introduzione di un obbligo generale di monitoraggio preventivo⁶⁴.

2. L'evoluzione giurisprudenziale: la nascita della figura dell'*hosting provider* "attivo"

L'impianto delineato dalla Direttiva 2000/31/CE è stato concepito in un contesto storico nel quale gli *Internet Service Provider* svolgevano prevalentemente funzioni di carattere tecnico, consistenti nella trasmissione, memorizzazione o conservazione delle informazioni immesse in rete dagli utenti. Il regime di esenzione dalla responsabilità previsto dagli artt.12,13 e 14 della direttiva si fondava, pertanto, sul presupposto che l'intermediario si limitasse a fornire un servizio meramente tecnico, automatico e passivo, senza alcuna ingerenza nella gestione dei contenuti trasmessi o ospitati.

All'intermediario non era precluso, nel veicolare le informazioni ricevute, effettuare manipolazioni di carattere tecnico, purché tali manipolazioni non andassero a minare l'integrità delle informazioni stesse⁶⁵.

⁶⁴ M. BERTANI, *L'ultima frontiera contro la pirateria online: ingiunzioni dinamiche ai gatekeepers della rete, definite con procedure di notice and take down*, in AIDA 2018; L. ANSELMINI, *La Corte di giustizia sul caso YouTube: avanti (ma non troppo) con giudizio*, in AIDA 2021.

⁶⁵ F. MASSA, *L'evoluzione della responsabilità degli ISP dalla Direttiva e-commerce al Digital Services Act*, in Giustizia, 2022, par. 3

Tale impostazione trovava espressione nel considerando n.42 della direttiva, secondo il quale le deroghe alla responsabilità operano esclusivamente quando il prestatore non conosce né controlli le informazioni trasmesse o memorizzate⁶⁶.

Le tecnologie delle piattaforme digitali ha tuttavia progressivamente messo in crisi tale modello. Lo sviluppo dei motori di ricerca nei *marketplace* delle piattaforme di *video-sharing* e dei *social network* ha determinato l'affermazione di modelli imprenditoriali sempre più complessi, nei quali l'attività dell'intermediario non si esaurisce più nella mera conservazione dei dati caricati dagli utenti, ma si accompagna a una serie di servizi ulteriori destinati a incidere significativamente sulla loro organizzazione, diffusione e valorizzazione economica. La crescente centralità degli operatori nell'economia digitale ha reso evidente come la tradizionale figura dell'*hosting provider* delineato dalla Direttiva *e-commerce* non sia più sufficiente a rappresentare l'effettivo ruolo svolto da molte piattaforme online⁶⁷.

Proprio l'inadeguatezza della disciplina originaria ha determinato un progressivo intervento della giurisprudenza europea e nazionale⁶⁸, la quale si proponeva l'obiettivo di adattare le categorie elaborate dal legislatore comunitario del Duemila ad un ecosistema digitale in costante evoluzione. In assenza di una modifica normativa, è stata infatti la giurisprudenza a determinare un intervento di carattere integrativo rispetto alla direttiva, elaborando una distinzione tra *hosting provider* passivo e *hosting*

⁶⁶ Considerando n.42, Direttiva 2000/31/CE; CGUE, 23 marzo 2010, *Google France SARL e Google Inc. c. Louis Vuitton Mallettier SA*, cause riunite C-236/08, C-237/08 e C-238/08, punti 112-120

⁶⁷ R. BOCCHINI, *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*, in *Giur. It.* 2017, pagg. 638 s.; L. BUGIOLACCHI, *Ascesa e declino della figura del provider "attivo"? Riflessioni in tema di fondamento e limiti del regime privilegiato di responsabilità dell'hosting provider*, in *Resp. civ. prev.* 2015, 1261 ss.; M. TESCARO, *Schemi legali e opposte tendenze giurisprudenziali in tema di responsabilità civile dell'Internet service provider*, in *Giur. Merito* 2013, 2584 ss.

⁶⁸ In giurisprudenza nazionale, una delle prime e più importanti pronunce è quella del Tribunale di Milano, 9 settembre 2011, relativa a una controversia tra Reti Televisive Italiana s.p.a. e Yahoo! Italia s.r.l. e Yahoo! Inc. Il tribunale di Milano ritenne che Yahoo! non potesse beneficiare dell'esenzione di responsabilità prevista dalla direttiva 2000/31/CE poiché rientrando nella categoria degli hosting provider attivi, in forza delle seguenti motivazioni: predisponendo un servizio di pubblicità che consentiva di associare in modo automatico gli annunci ai video ospitati; possedeva una riserva contrattuale del diritto di "visualizzare, rappresentare, riprodurre e distribuire i contenuti video su ogni formato media" nonché del diritto di "provvedere all'immediata rimozione di contenuti video a propria assoluta discrezione in base al rilievo della violazione del diritto di Yahoo! o di terzi"; infine, offriva un servizio di segnalazione degli abusi e di suggerimenti dei video correlati a quello visualizzato; In questo senso vedi anche Tribunale di Roma, 20 ottobre 2011; Tribunale di Roma, 11 febbraio 2010; Tribunale di Roma, 16 dicembre 2009, Tribunale di Milano, 7 giugno 2011.

provider attivo⁶⁹, fondata non sulla categoria astratta di appartenenza dell'intermediario, bensì sul concreto ruolo svolto nella gestione dei contenuti caricati dagli utenti. Come osservato in dottrina, si tratta di una figura di elaborazione esclusivamente pretoria, nata dall'esigenza di evitare che il regime di limitazione della responsabilità previsto dalla direttiva si trasformasse in un'ingiustificata immunità per operatori che, pur qualificandosi formalmente come *hosting provider*, partecipavano in misura significativa all'organizzazione e allo sfruttamento economico dei contenuti ospitati.

Il punto di partenza di tale evoluzione è rappresentato dalla sentenza della Corte di giustizia, caso *Google France e Google Inc. c. Louis Vuitton* del 23 marzo 2010. Pur riguardando il servizio pubblicitario AdWords, la Corte di giustizia ha sancito un principio destinato ad assumere portata generale nell'interpretazione dell'articolo 14 della Direttiva *e-commerce*. Secondo la Corte, il prestatore può beneficiare dell'esenzione di responsabilità soltanto qualora il suo comportamento sia riconducibile a quello di un intermediario neutrale, il cui intervento si limiti a un'attività "meramente tecnica, automatica e passiva", tale da escludere qualsiasi forma di conoscenza o controllo su dati memorizzati. La Corte precisa inoltre che, per verificare l'applicabilità del regime di favore, il giudice è chiamato ad accertare concretamente se il ruolo svolto dal prestatore possa effettivamente qualificarsi come neutrale oppure se esso abbia assunto una posizione tale da consentirgli un'influenza sui contenuti gestiti⁷⁰.

Negli anni a venire, la Corte di giustizia ha consolidato il proprio orientamento: "Secondo giurisprudenza costante, gli articoli 12, paragrafo 1, 13, paragrafo 1, e 14, paragrafo 1, della direttiva 2000/31 devono essere intesi alla luce del considerando 42 della medesima direttiva, dal quale emerge che le deroghe alla responsabilità previste dalla direttiva riguardano esclusivamente i casi in cui l'attività dei prestatori di servizi della società dell'informazione sia di ordine meramente tecnico, automatico e passivo,

⁶⁹ Sul punto segnalò: Trib. Catania, 29 giugno 2004, in *Dir. Informazione e Informatica*, 2004, pag. 466; Trib. Milano, 2 marzo 2009, in *Dir. Informazione e Informatica*, 2009, pag. 521; Trib. Roma, 15 dicembre 2009, in *Dir. Informazione e Informatica*, 2009, pag. 521; Trib. Roma, 11 febbraio 2010, in *Dir. Informazione e Informatica*, 2010, pag. 275; Trib. Milano, 24 febbraio 2010, n. 1972, in *Riv. Dir. Industriale*, 2010, pag. 328, Cass., 23 dicembre 2009, n. 49474, in *Dir. Informazione e Informatica*, 2010, pag. 437.

⁷⁰ CGUE, 23 marzo 2010, *Google France SARL e Google Inc. c. Louis Vuitton Mallettier SA*, cause riunite C-236/08, C-237/08 e C-238/08, punti 112-120.

con la conseguenza che detti prestatori non conoscono né controllano le informazioni trasmesse o memorizzate dalle persone alle quali forniscono i loro servizi (...). Per contro, tali limitazioni di responsabilità non sono applicabili nel caso in cui un prestatore di servizi della società dell'informazione svolga un ruolo attivo, consentendo ai suoi clienti di ottimizzare la loro attività di vendita online”⁷¹.

Il principio è stato successivamente sviluppato dalla Corte di giustizia nella nota sentenza L'Oréal c. eBay International del 12 luglio 2011, nella quale è stato chiarito che il gestore di un *marketplace* online non può beneficiare delle limitazioni di responsabilità quando svolge un ruolo attivo idoneo a conferirgli la conoscenza o il controllo dei dati memorizzati. In particolare, la Corte ha individuato come indice di questo ruolo attivo l'attività di assistenza prestata dal gestore nell'ottimizzazione della prestazione delle offerte di vendita e nella loro promozione commerciale. Pur senza utilizzare una definizione generale di *hosting provider* attivo, la sentenza introduce un criterio destinato a costituire il fondamento dell'intera elaborazione successiva: il discrimine non risiede nella natura del prestatore, bensì nell'intensità dell'interferenza esercitata rispetto ai contenuti pubblicati dagli utenti⁷².

Su tali premesse si è progressivamente sviluppata anche la giurisprudenza italiana, la quale ha dapprima recepito gli orientamenti della Corte di giustizia e successivamente elaborato una categoria autonoma di *hosting provider* attivo, distinguendola dalla figura di *hosting provider* passivo espressamente disciplinata dal d.lgs. n.70/2003. Secondo tale ricostruzione, il *provider* perde la propria neutralità tutte le volte in cui il servizio offerto non si limiti più ad una funzione di mera ospitalità di contenuti, ma presenti elementi di organizzazione, gestione o valorizzazione dei contenuti idonei ad incidere sulla loro diffusione. Anche l'attenzione della giurisprudenza nazionale si sposta, dunque, dalla qualificazione formale del soggetto alla concreta attività da esso svolta, valorizzando il ruolo effettivamente assunto nella circolazione delle informazioni online⁷³.

⁷¹ CGUE, Sez. III, 7 agosto 2018, Coöperatieve Vereniging SNB-REACT U.A. c. DE. ME., causa C-521/17.

⁷² CGUE, 12 luglio, 2011, L'Oréal SA e a. c. eBay International AG, causa C-324/09 (richiamata anche dalla Cassazione n.7708/2019).

⁷³ F. MASSA, *L'evoluzione della responsabilità degli ISP dalla Direttiva e-commerce al Digital Services Act*, in *Giustizia*, 2022, par. 3.

L'approdo più significativo di tale percorso interpretativo è rappresentato dalla sentenza della Corte di Cassazione n.7708 del 19 Marzo 2019. Con tale decisione la Corte riconosce espressamente cittadinanza alla figura dell'*hosting provider* attivo, affermando che essa costituisce ormai un'acquisizione consolidata sia nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea sia nell'ordinamento interno. La Cassazione sottolinea come il considerando numero 42 della direttiva non imponga una distinzione fondata sulla natura soggettiva del prestatore, ma piuttosto sulla concreta modalità di svolgimento dell'attività, chiarendo che il *provider* esce dall'ambito di applicazione dell'articolo 14 quando il suo comportamento cessa di essere meramente tecnico, automatico e passivo. La categoria dell'*hosting provider* attivo non rappresenta una nuova figura tipizzata dal legislatore, bensì una costruzione giurisprudenziale funzionale ad individuare i casi nei quali l'intermediario, attraverso il proprio comportamento, partecipa in maniera non neutrale alla gestione dei contenuti immessi sulla piattaforma⁷⁴.

La figura dell'*hosting provider* attivo costituisce, dunque, il risultato di un'evoluzione interpretativa resa necessaria dalle profonde trasformazioni intervenute nell'economia digitale. L'affermarsi di piattaforme sempre più complesse e caratterizzate da modelli di business fondati sull'organizzazione e sulla valorizzazione dei contenuti generati dagli utenti ha progressivamente imposto un ripensamento del concetto di neutralità elaborato dalla Direttiva *e-commerce*. Ne è derivata una lettura funzionale dell'articolo 14, dove il beneficio delle limitazioni di responsabilità dipende dalla verifica concreta del ruolo effettivamente svolto nella gestione dei contenuti. Sarà proprio l'individuazione di attività sintomatiche di tale ruolo attivo a costituire il principale oggetto dell'elaborazione giurisprudenziale successiva.

⁷⁴ Cass. civ., Sez. I, 19 marzo 2019, n.7708.

2.1 Gli indici di interferenza

L'elaborazione giurisprudenziale della figura dell'*hosting provider* attivo ha inevitabilmente posto un ulteriore problema interpretativo: individuare i criteri attraverso i quali distinguere, nel caso concreto, un prestatore che svolga un'attività meramente tecnica e neutrale da uno che invece partecipi attivamente alla gestione dei contenuti caricati dagli utenti. Né la Direttiva 2000/31/CE né il d.lgs. n.70/2003 di recepimento forniscono una definizione positiva di *hosting provider* attivo, limitandosi a descrivere le caratteristiche dell'intermediario che può beneficiare delle limitazioni di responsabilità e rientrare nei cd. *safe harbor*. È stata pertanto la giurisprudenza, tanto europea quanto nazionale, a elaborare una serie di criteri interpretativi idonei e individuare quando il *provider* oltrepassi la soglia di neutralità richiesta per rientrare nell'esenzione.

Come precedentemente affermato, l'orientamento consolidatosi nel tempo muove dall'assunto secondo cui la qualificazione dell'intermediario non possa dipendere dalla natura del servizio offerto né dalla tipologia di piattaforma gestita, ma debba essere effettuata attraverso un accertamento concreto delle modalità con cui il prestatore esercita la propria attività⁷⁵.

“Un *hosting provider* può svolgere infatti alternativamente funzioni attive e passive a seconda dei soggetti con cui interloquisce e può svolgere funzioni attive e passive anche contemporaneamente, operando su diverse piattaforme o procedendo per alcuni contenuti ad attività di manipolazione, profilazione e adattamento e per altri contenuti ad una mera attività di stoccaggio del tutto neutrale”⁷⁶.

In altri termini, ciò che assume rilievo è verificare se il *provider* si limiti ad ospitare passivamente le informazioni immesse dagli utenti oppure intervenga nella loro organizzazione, diffusione o valorizzazione economica.

⁷⁵ Trib. Roma, Sez. spec. Impresa, 12 luglio 2019, n.147557, secondo cui “la verifica sulla natura attiva o passiva del provider non deve investire tanto il soggetto giuridico in quanto tale, con il risultato che potrebbe essere lui accreditato una volta per tutte il titolo di hosting provider passivo ovvero di manipolatore dei dati, quanto la specifica attività portata all'attenzione del giudice, il quale sulla sola base di quanto dedotto ed allegato dalle parti è tenuto a verificare lo specifico comportamento concreto del provider in relazione ai files e contenuti audiovisivi oggetto di causa”.

⁷⁶ Trib. Roma, Sez. spec. Impresa, 12 luglio 2019, n.147557.

Il profilo realmente decisivo non è rappresentato dalla conoscenza, da parte dell'*Internet Service Provider*, delle informazioni memorizzate o trasmesse attraverso la propria infrastruttura tecnologica, quanto, piuttosto, dalla circostanza che il *provider* offra servizi idonei a organizzare le informazioni in modo tale da esorbitare la semplice ricezione e stoccaggio delle stesse⁷⁷.

Recependo tali indicazioni, la giurisprudenza italiana ha progressivamente individuato una pluralità di comportamenti sintomatici della perdita di neutralità del *provider*. La Corte di Cassazione n.7708 del 2019 ha elaborato la nozione dei cosiddetti “indici di interferenza”⁷⁸, precisando che il giudice del merito è tenuto ad accertare la presenza caso per caso, senza che nessuno di essi assuma valore decisivo in via esclusiva. Si tratta, dunque, di elementi sintomatici, la cui valutazione deve essere necessariamente complessiva e funzionale a comprendere se il prestatore abbia effettivamente completato o arricchito, in modo non passivo, la fruizione dei contenuti da parte degli utenti.

La sentenza della Corte di Cassazione costituisce una chiara applicazione del principio sopracitato, secondo cui la qualificazione dell'*hosting provider* come attivo o passivo non può essere effettuata in astratto, ma richiede un accertamento concreto delle modalità con cui il servizio viene effettivamente svolto. Nel caso di specie la Corte ha osservato che: “Yahoo Italia s.r.l. erogava un servizio di pubblica fruizione di video, mediante il quale i singoli utenti potevano caricare contenuti soggetti anche a commenti altrui, ma con mera prestazione di servizi di "ospitalità" di dati o hosting, quindi mediante un semplice servizio di accesso ad un sito e senza proporre altri servizi di elaborazione dei dati”⁷⁹.

Secondo i giudici di legittimità, le attività concretamente svolte dalla piattaforma non sono idonee a configurare un'ipotesi di *hosting provider* attivo, poiché non comportavano alcuna manipolazione dei contenuti tale da modificare la natura essenzialmente tecnica e neutrale del servizio prestato dalla piattaforma.

⁷⁷ F. MASSA, *L'evoluzione della responsabilità degli ISP dalla Direttiva e-commerce al Digital Services Act*, in *Giustizia*, 2022, par. 3.

⁷⁸ Cass. civ., Sez. I, 19 marzo 2019, n.7708.

⁷⁹ *Ibidem*.

Di conseguenza, la Corte ha ritenuto che la fattispecie dovesse continuare a essere ricondotta nell'ambito applicativo dell'art.16 del d.lgs. n. 70/2003, con il conseguente riconoscimento del regime di limitazione della responsabilità per gli *hosting provider* passivi⁸⁰.

In ogni caso, tra gli indici individuati dalla Corte di Cassazione figurano, a titolo esemplificativo e non necessariamente tutti compresenti, “le attività di filtro, selezione, indicizzazione, catalogazione, aggregazione, organizzazione, valutazione, modifica, estrazione, promozione o utilizzazione economica dei contenuti caricati dagli utenti”. A tali elementi si aggiunge l'impiego di sistemi di profilazione comportamentale finalizzati a incrementare la permanenza degli utenti sulla piattaforma e, conseguentemente, il rendimento pubblicitario del servizio. Ciò che accomuna tutte queste attività è la circostanza che esse non si limitano a rendere possibile la memorizzazione delle informazioni, ma incidono direttamente sulle modalità con cui tali contenuti vengono organizzati, presentati e fruiti, contribuendo, attivamente, ad aumentarne la visibilità e diffusione verso una platea di utenti indeterminati⁸¹.

È possibile evidenziare come tali attività riflettano la trasformazione economica delle moderne piattaforme digitali. I principali operatori della rete non svolgono più una semplice funzione di deposito delle informazioni generate dagli utenti, ma costruiscono sofisticati sistemi di organizzazione dei contenuti, finalizzati a orientare le preferenze degli utenti e a massimizzare il valore commerciale dei dati raccolti. Secondo tale prospettiva, rientrano in questa categoria, anzitutto, il *provider* che non si limita ad associare messaggi pubblicitari ai contenuti presenti sulla piattaforma, ma mette a disposizione degli inserzionisti strumenti che consentono di indirizzare la pubblicità in funzione delle caratteristiche dei singoli video, attraverso sistemi basati sull'impiego di parole chiave. Allo stesso modo, assume un ruolo attivo il prestatore che acquisisca una licenza di utilizzo sui contenuti caricati dagli utenti, comprensiva della facoltà di riprodurli, modificarli, adattarli, distribuirli o riorganizzarli secondo le proprie esigenze organizzative o commerciali. Costituisce, inoltre, indice di interferenza la predisposizione di specifici strumenti di gestione dei contenuti, come il servizio di “segnalazione di abusi”, mediante il quale gli utenti possono comunicare la

⁸⁰ Cass. civ., Sez. I, 19 marzo 2019, n.7708.

⁸¹ Ibidem.

presenza di contenuti potenzialmente illeciti, consentendo al gestore della piattaforma di verificarne la fondatezza ed eventualmente procedere alla loro rimozione. Vengono valorizzate, altresì, le clausole contrattuali che attribuiscono al *provider* il potere di intervenire sui materiali caricati dagli utenti, riconoscendogli sia una licenza non esclusiva sui diritti di riproduzione e adattamento, sia la facoltà di eliminare i contenuti dalla piattaforma. Infine, è stato ritenuto significativo anche l'impiego di sistemi automatici di suggerimento dei video correlati, attraverso i quali il prestatore organizza e propone agli utenti contenuti associati a quello in corso di visualizzazione, contribuendo in tal modo alla loro diffusione e valorizzazione⁸².

In tali ipotesi, dunque, il *provider* non si limita più a mettere a disposizione uno spazio virtuale di memorizzazione, ma contribuisce attivamente alla diffusione dei contenuti, esercitando un ruolo organizzativo incompatibile con la neutralità richiesta dalla Direttiva *e-commerce*.

Le attività di promozione commerciale e di ottimizzazione dei contenuti sono state valorizzate in precedenza anche dalla Corte di giustizia nella sentenza *L'Oréal c. eBay International*. In quell'occasione, la Corte ha precisato che la mera circostanza che il gestore di un *marketplace* memorizzi le offerte di vendita sui propri *server*, disciplini le modalità di funzionamento della piattaforma, percepisca una remunerazione per il servizio prestato o fornisca informazioni di carattere generale agli utenti, non è, di per sé, sufficiente a escludere l'applicazione dell'art.14 della Direttiva *e-commerce*. Queste attività costituiscono infatti modalità fisiologiche di funzionamento di una piattaforma digitale e non comportano, da sole, il venir meno della posizione di neutralità dell'intermediario. "Detta disposizione deve, infatti, essere interpretata non soltanto in considerazione del suo tenore letterale, ma anche del suo contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte"⁸³.

⁸² R. BOCCHINI, *La responsabilità extracontrattuale*, in Giur. It., pag. 560 e segg.; R. BOCCHINI, *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*, in Giur. It. 2017, pagg. 638 ss; A. MONTANARI, *Prime impressioni sul caso SABAM c. Netlog NV: gli internet service provider e la tutela del diritto d'autore online*, in DIRITTO DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE, pp.1082-1099

⁸³ CGUE, 12 luglio 2011, C-324/09, *L'Oréal c. eBay International*, punto 111; v., per analogia, sentenza 16 ottobre 2008, causa C-298/07, *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*, Racc. pag. I-7841, punto 15.

Diversamente, il *provider* assume un ruolo attivo quando presta un'assistenza ulteriore ai propri utenti, intervenendo concretamente nella valorizzazione delle offerte pubblicate, svolgendo un ruolo attivo, volto a conferirgli una conoscenza o un controllo di tali dati.⁸⁴ Secondo la Corte, ciò si verifica, ad esempio, quando il gestore contribuisce a ottimizzare la prestazione dei contenuti o ne favorisce la diffusione attraverso strumenti di promozione commerciale. In tali ipotesi l'intermediario non si limita più a svolgere una funzione meramente tecnica di memorizzazione dei dati, ma partecipa attivamente alla loro circolazione sul mercato digitale, acquisendo un livello di conoscenza o di controllo incompatibile con la posizione di neutralità richiesta dall'art.14 della direttiva 2000/31/CE⁸⁵.

Occorre, tuttavia, evitare un'applicazione eccessivamente estensiva della categoria dell'*hosting provider* attivo. Come sottolineato dalla Corte di giustizia e dalla stessa Cassazione, gli indici di interferenza non costituiscono requisiti autonomi né determinano automaticamente la perdita del regime di esenzione. Essi rappresentano, invece, criteri sintomatici che devono essere valutati nel loro complesso, verificando se l'intermediario abbia effettivamente assunto un ruolo idoneo a “completare e arricchire in modo non passivo la fruizione dei contenuti”⁸⁶.

Esclusivamente in questi casi si determina il venir meno della neutralità richiesta dall'art.14 della Direttiva *e-commerce* e si apre la strada all'applicazione delle ordinarie regole della responsabilità civile, tema che sarà oggetto di trattazione nel successivo paragrafo.

⁸⁴ CGUE, 12 luglio 2011, C-324/09, *L'Oréal c. eBay International*, punto 113; CGUE, Sez. Grande, 23 marzo 2010, cause riunite C-236/08 a C-238/08 *Google France e Google Inc.*, punti 114 e 120.

⁸⁵ CGUE, 12 luglio 2011, C-324/09, *L'Oréal c. eBay International*, punto 116.

⁸⁶ Cass. civ., Sez. I, 19 marzo 2019, n.7708.

2.2. La perdita della neutralità del *provider* e le conseguenze sul regime di responsabilità

La qualificazione dell'intermediario come *hosting provider* attivo produce conseguenze di particolare rilievo sul piano della responsabilità civile. La presenza degli indici di interferenza elaborati dalla giurisprudenza non comporta, infatti, una diversa qualificazione del servizio prestato, bensì determina il venir meno di uno dei presupposti fondamentali richiesti dall'art.14 della Direttiva *e-commerce* per l'applicazione del regime di limitazione della responsabilità. L'elemento decisivo non è costituito dalla natura soggettiva del prestatore, ma dalla perdita di quella posizione di neutralità che rappresenta il fondamento stesso del sistema dei *safe harbor*⁸⁷.

È opportuno precisare come la perdita del *safe harbor* non determini automaticamente l'insorgenza di una responsabilità civile del *provider*. La giurisprudenza europea e nazionale ha chiarito che l'accertamento del carattere attivo dell'attività svolta dall'intermediario costituisce soltanto il presupposto per l'applicazione delle ordinarie regole della responsabilità civile, con la conseguenza che dovranno essere accertati tutti gli elementi costitutivi dell'illecito⁸⁸. Se così non fosse e si ritenesse sufficiente lo svolgimento da parte del *provider* di determinate attività, si rischierebbe di far rientrare la responsabilità degli *hosting provider* attivi nella categoria della responsabilità oggettiva. Tale parametro di allocazione della responsabilità nel caso degli illeciti online era stato preso in considerazione dalla dottrina più autorevole, ma ha trovato un arresto nel nostro ordinamento, principalmente per via della nominatività delle previsioni di responsabilità oggettiva⁸⁹, le quali sono considerate eccezioni al criterio generale di imputazione colposa della responsabilità ex art. 2043 c.c., cd. responsabilità extra-contrattuale o aquiliana⁹⁰.

⁸⁷ Direttiva 2000/31/CE, considerando 42 e art.14; d.lgs. 9 aprile 2003, n.70, art.16; Cass. civ, Sez. I, 19 marzo 2019, n.7708.

⁸⁸ F. PIRAINO, *La responsabilità degli Internet Service Providers tra diritto europeo e diritto comune*, in AIDA; 2017; L. ANSELMI, *Hosting provider attivo e responsabilità civile*, in AIDA 2020.

⁸⁹ In ambito civilistico v. art.2048 c.c. – Responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte; art.2049 c.c. – Responsabilità dei padroni e dei committenti; art.2050 c.c. – Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose; art.2051 c.c. – Danno cagionato da cose in custodia; art.2052 c.c. – Danno cagionato da animali; art.2053 c.c. – Rovina di edificio; art. 2054 c.c. – Circolazione di veicoli.

⁹⁰ ANSELMI, *Provider "attivi" e "passivi": vecchie risposte a problemi attuali*, in AIDA 2020, pag. 660.

La giurisprudenza italiana ha progressivamente superato la tradizionale impostazione secondo cui la responsabilità del *provider* avrebbe natura prevalentemente omissiva, fondata cioè sulla mancata rimozione dei contenuti illeciti dopo averne acquisito conoscenza. L'evoluzione delle piattaforme digitali e la crescente incidenza dell'attività svolta dagli intermediari nella diffusione delle informazioni hanno, infatti, indotto la Corte di Cassazione a ricostruire la posizione dell'*hosting provider* attivo secondo schemi differenti, valorizzando il ruolo causalmente rilevante assunto dal prestatore nella realizzazione dell'illecito.

La Corte ha, infatti, ricondotto la figura *hosting provider* attivo nell'ambito delle categorie generali della responsabilità civile, offrendo una lettura sistematica del fenomeno alla luce della teoria dell'illecito. Secondo la Corte, la distinzione tra *provider* attivo e *provider* passivo non costituisce una categoria autonoma del diritto, ma può essere spiegata attraverso gli ordinari schemi della condotta illecita. Quest'ultima può manifestarsi tanto mediante un comportamento commissivo quanto attraverso un'omissione e qualora l'evento dannoso derivi dal fatto illecito di un terzo può configurarsi un concorso nella realizzazione dell'illecito stesso⁹¹.

Seguendo tale logica, la Cassazione ritiene che l'*hosting* attivo non risponda per una mera omissione di controllo, bensì per una condotta attiva di partecipazione all'illecito. In questo senso, l'intermediario non si limita a tollerare la permanenza del contenuto illecito sulla propria piattaforma, ma contribuisce casualmente alla diffusione dell'illecito, assumendo un ruolo che giustifica la sua riconduzione nell'ambito del concorso attivo di persone nell'illecito⁹².

La Cassazione osserva, inoltre, come tale ricostruzione risulti coerente con le caratteristiche del diritto dell'Unione europea. Il legislatore europeo infatti tende ad adottare un approccio pragmatico, privilegiando l'effettività della tutela rispetto alla costruzione di architetture concettuali. Le disposizioni di derivazione unionale sono spesso formulate con un elevato grado di elasticità e rinviano alla giurisprudenza il compito di adattarla ai diversi ordinamenti nazionali. In questo contesto, spetta agli interpreti ricondurre tali norme entro un quadro sistematico coerente con i principi

⁹¹ Vedi punto 4.3, Cass. civ., Sez. I, 19 marzo 2019, n.7708.

⁹² Ibidem.

generali della responsabilità civile, preservando al contempo l'esigenza di certezza del diritto⁹³.

Una delle principali criticità riscontrabili in giurisprudenza consiste nell'aver progressivamente trasformato la nozione di *hosting provider* attivo in una sorta di categoria generale della responsabilità degli intermediari, rischiando così di attribuire rilievo determinante alla semplice intensità dell'attività svolta dal prestatore.⁹⁴ Il vero discrimine non dovrebbe essere rappresentato dall'essere il *provider* più o meno attivo, poiché ormai qualsiasi piattaforma digitale svolge inevitabilmente attività di carattere organizzativo, tecnico e commerciale. Ciò che assume rilievo è, invece, la perdita della posizione di neutralità rispetto allo specifico contenuto illecito e il concreto coinvolgimento del prestatore nella sua diffusione⁹⁵.

Le attività quali l'indicizzazione, la classificazione dei contenuti, l'utilizzo di algoritmi di ricerca o la predisposizione di strumenti di navigazione costituiscono componenti fisiologiche del funzionamento delle moderne piattaforme digitali e non possono, di per sé sole, determinare automaticamente la perdita del regime di esenzione. Diversamente, si finirebbe per svuotare di contenuto la disciplina dei *safe harbor*, rendendo di fatto inapplicabile l'articolo 14 della Direttiva *e-commerce* a gran parte degli operatori della rete.

⁹³ Cass. civ., Sez. I, 19 marzo 2019, n.7708

⁹⁴ V. Trib. Roma, 12 luglio 2019, dove secondo il giudice capitolino l'attribuzione di responsabilità al provider verte non sulla prova della conoscenza effettiva dei contenuti segnalati da parte attrice, ma sull'analisi delle attività svolte in linea generale dal fornitore, anche mediante strumenti automatici. V. anche Trib. Roma, 16 dicembre 2009, dove il giudice considera indice della natura attiva del provider lo stabilire, nelle condizioni generali del provider lo stabilire, nelle condizioni generali del sito, delle precise regole del rapporto tra provider e utente, ad esempio prevedendo il diritto del provider di escludere il materiale illecito, o di far accettare all'utente ogni aggiornamento deciso dal provider, o di controllare i contenuti caricati, o ancora di interrompere in maniera temporanea o permanente la fornitura del servizio in qualsiasi momento.

⁹⁵ F. PIRAINO, La responsabilità degli Internet Service Providers tra diritto europeo e diritto comune, in AIDA; 2017; in questo senso anche la sentenza del Tribunale di Napoli Nord, Sez. civ. II, 3 novembre 2016

3. Verso una responsabilità fondata sul ruolo del *provider*

La figura dell'*hosting provider* attivo rappresenta il risultato di un'evoluzione prevalentemente giurisprudenziale, resa necessaria dall'incapacità della Direttiva *e-commerce* di prevedere l'affermazione delle grandi piattaforme digitali. La progressiva sofisticazione dei servizi offerti dagli intermediari ha imposto una reinterpretazione del concetto di neutralità, poiché le moderne piattaforme non si limitano più a conservare dati immessi dagli utenti, ma intervengono costantemente nella loro organizzazione, selezione e valorizzazione economica. Tuttavia, anche secondo tale impostazione, il superamento della neutralità non comporta automaticamente l'affermazione della responsabilità del *provider*, ma determina soltanto l'inapplicabilità del regime speciale di favore, lasciando impregiudicata la necessità di verificare, secondo le regole ordinarie, la sussistenza del nesso causale, della colpa e del danno risarcibile⁹⁶.

D'altra parte, va evidenziato che la progressiva affermazione di obblighi di cooperazione sempre più incisivi in capo alle piattaforme digitali ha inevitabilmente ridimensionato la centralità della distinzione tra *hosting provider* attivo e passivo. Se nella fase iniziale di applicazione della direttiva il problema principale consisteva nell'individuare gli intermediari meritevoli del regime di esenzione, il successivo sviluppo della disciplina europea ha progressivamente spostato l'attenzione sul diverso tema della conoscenza dell'illecito e degli obblighi di intervento conseguenti⁹⁷.

Si è parlato in dottrina di un progressivo superamento della distinzione di *hosting provider* attivo e passivo, nozioni che rischiano oggi di assumere contorni eccessivamente incerti proprio perché fondati su una pluralità di indici elaborati dalla giurisprudenza, la cui applicazione rimane inevitabilmente affidata alla valutazione del giudice del caso concreto. È vero che questa elasticità interpretativa da un lato ha consentito di adattare la Direttiva *e-commerce* alle nuove realtà tecnologiche, ma

⁹⁶ R. BOCCHINI, *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*, in Giur. It. 2017; ANSELMi, *Provider "attivi" e "passivi": vecchie risposte a problemi attuali*, in AIDA 2020; M. A. ASTONE, *Digital services act e nuovo quadro di esenzione dalla responsabilità dei prestatori di servizi intermediari: quali prospettive?*, in Contratto e impresa 4/2022, pag. 1055.

⁹⁷ L. ANSELMi, *Provider "attivi" e "passivi": vecchie risposte a problemi attuali*, in AIDA 2020, pag. 663.

dall'altro ha finito per generare significativi margini di incertezza, rendendo spesso difficile prevedere quando l'attività concretamente svolta dal *provider* sia sufficiente a determinare la perdita della neutralità⁹⁸. Inoltre, come già osservato, le funzioni che la stessa Corte di Cassazione sussume nei cd. indici di interferenza, sono oggi proprie della maggior parte dei fornitori di *hosting* e delle piattaforme di *video-sharing*⁹⁹.

La successiva evoluzione normativa conferma questa tesi. L'art. 17 della Direttiva (UE) 2019/790 sul diritto d'autore nel mercato unico digitale non fonda, infatti, la responsabilità delle piattaforme sulla loro maggiore o minore neutralità, bensì attribuisce direttamente ai prestatori di servizi di condivisione di contenuti online specifici obblighi di autorizzazione, cooperazione e diligenza professionale.

Analogamente, il *Digital Services Act* ridimensiona significativamente la logica della contrapposizione tra *provider* attivo e passivo, introducendo un sistema di obblighi graduati in funzione della tipologia di servizio prestato, delle dimensioni della piattaforma e dei rischi sistemici che essa è in grado di generare.

Sotto questo profilo, la figura dell'*hosting provider* attivo può essere considerata una tappa intermedia nell'evoluzione della responsabilità degli intermediari digitali. Per mezzo della stessa la giurisprudenza è stata in grado di adattare una disciplina concepita per la rete dei primi anni Duemila alle profonde trasformazioni delle piattaforme, preparando il terreno ai successivi interventi del legislatore europeo. Le conclusioni a cui sono pervenuti la Corte di giustizia e i giudici italiani hanno infatti anticipato molte delle soluzioni successivamente accolte dal legislatore dell'Unione europea, segnando il passaggio da un modello fondato prevalentemente sull'assenza di responsabilità degli intermediari a un sistema che valorizza sempre più la cooperazione attiva delle piattaforme nella prevenzione e nel contrasto della diffusione dei contenuti illeciti.

⁹⁸ Interessante l'osservazione per cui non sia nemmeno chiaro se gli indici di interferenza sanciti dalla giurisprudenza debbano sussistere congiuntamente oppure ve ne siano alcuni maggiormente "indiziati" di altri, vedi C. NOVELLI, *Il social giudizioso. La giurisprudenza italiana sulla responsabilità civile degli Internet Service Providers*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 1, 2019.

⁹⁹ Ibidem.

CAPITOLO II – L’art.17 della Direttiva (UE) 2019/790: una nuova forma di responsabilità

SOMMARIO: 1. Introduzione della Direttiva *Copyright* - 2. Ratio e struttura dell’art.17 Direttiva (UE) 2019/790 - 2.1 Ambito di applicazione soggettivo: *Online Content Sharing Service Provider* (OCSSP) - 2.2 Ambito di applicazione oggettivo: la licenza e l’art.12 della Direttiva (UE) 2019/790 - 3. La nozione di comunicazione al pubblico - 4. I “massimi sforzi” come clausola generale di responsabilità delle piattaforme - 4.1 Il contenuto dei “massimi sforzi”: autorizzazione, indisponibilità dei contenuti e prevenzione dei caricamenti futuri - 5. Sistemi di *enforcement*: l’obbligo di *upload filtering* e il rischio di *overblocking* - 6. Il rapporto tra art.17 della Direttiva 2019/790/UE come *lex specialis* e la Direttiva 2000/31/CE come *lex generalis*

1. Introduzione della Direttiva *Copyright*

La Direttiva (UE) 2019/790 sul diritto d’autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale (cd. Direttiva *Copyright*) rappresenta il punto di approdo di un lungo processo di revisione della disciplina europea sul *copyright*, resosi necessario a fronte delle profonde trasformazioni che hanno interessato l’economia digitale nei primi due decenni del XXI secolo. L’evoluzione tecnologica, l’affermazione delle piattaforme di condivisione di contenuti online e il mutamento delle modalità di produzione, diffusione e fruizione delle opere dell’ingegno hanno infatti progressivamente evidenziato l’inadeguatezza del quadro normativo costruito all’inizio degli anni Duemila, quando Internet costituiva ancora un fenomeno in larga parte agli esordi e i servizi della società dell’informazione presentavano caratteristiche profondamente diverse rispetto a quelle odierne.

Il sistema delineato dalla Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico era stato concepito in un contesto economico e tecnologico nel quale gli intermediari della rete svolgevano prevalentemente una funzione tecnica di trasmissione o memorizzazione delle informazioni. D’altra parte, lo sviluppo delle tecnologie digitali ha modificato radicalmente l’intera filiera della creazione e dello sfruttamento delle opere protette dal diritto d’autore. La diffusione capillare di Internet, l’affermazione dei *social network*, delle piattaforme di *video sharing*, dei servizi di *cloud computing* e, più in generale, dei servizi di intermediazione digitale, hanno determinato la nascita di nuovi

modelli imprenditoriali fondati sulla raccolta, organizzazione e valorizzazione economica dei contenuti caricati dagli utenti.¹⁰⁰

Le piattaforme sono progressivamente divenute il principale punto di incontro tra autori, titolari dei diritti, utenti e inserzionisti pubblicitari, assumendo un ruolo centrale nella circolazione delle opere e nella creazione di nuovi mercati digitali.

Allo stesso tempo, anche le modalità di fruizione dei contenuti protetti hanno subito una trasformazione altrettanto significativa. La possibilità per milioni di utenti di caricare, condividere e diffondere istantaneamente opere protette ha ampliato enormemente le occasioni di accesso alla cultura e all'informazione, ma ha altresì reso sempre più frequente l'utilizzazione online di materiali protetti dal diritto d'autore senza la preventiva autorizzazione dei rispettivi titolari. La crescente intermediazione esercitata dalle piattaforme ha così determinato una progressiva ridefinizione degli equilibri economici del settore, alimentando il dibattito circa l'adeguatezza delle regole tradizionali della responsabilità degli intermediari rispetto alle nuove dinamiche dell'economia digitale.¹⁰¹

È proprio in questo contesto che maturò l'esigenza di una profonda revisione della disciplina europea del diritto d'autore. La consapevolezza dell'insufficienza del quadro normativo esistente si tradusse in una serie di iniziative promosse dalle istituzioni europee. Tra il 5 dicembre 2013 e il 5 marzo 2014, la Commissione europea avviò un'ampia consultazione pubblica sulla revisione delle norme europee in materia di diritto d'autore, dalla quale emerse la necessità di intervenire su numerosi profili della disciplina vigente, tra cui la territorialità dei diritti, l'armonizzazione delle eccezioni e le limitazioni, la circolazione transfrontaliera dei contenuti e, soprattutto, il ruolo assunto dai nuovi servizi digitali nella distribuzione delle opere protette. Le oltre novemila risposte ricevute confermarono come il sistema normativo vigente non fosse più pienamente adeguato alle trasformazioni dell'ambiente digitale.¹⁰²

¹⁰⁰ V. FALCE, *La spinta adeguatrice della Direttiva Copyright. Il caso dell'eccezione di insegnamento*, in Rivista di diritto industriale n.6/2019, p. 376

¹⁰¹ V. FALCE, *La spinta adeguatrice della Direttiva Copyright. Il caso dell'eccezione di insegnamento*, in Rivista di diritto industriale n.6/2019, p. 376; V.FALCE – N.M.F. FARAONE, *Spunti di diritto positivo sull'art.17 della direttiva copyright*, in Rivista di diritto industriale, n.1/2021, p.13

¹⁰² Commissione europea, Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules, Directorate General Internal Market and Services Directorate D - Intellectual property D1 - Copyright, luglio 2014, p. 3.

Su tali premesse si inserisce la Strategia per un Mercato Unico Digitale (*Digital Single Market Strategy*)¹⁰³, presentata dalla Commissione europea nel maggio 2015.

Tra gli obiettivi prioritari della Strategia figuravano il miglioramento dell'accesso transfrontaliero ai contenuti digitali, la riduzione delle frammentazioni normative tra gli ordinamenti nazionali e la costruzione di un quadro regolatorio maggiormente coerente con le nuove modalità di distribuzione delle opere online. In tale prospettiva, il diritto d'autore veniva successivamente individuato dalla Commissione¹⁰⁴ come uno degli ambiti nei quali risultava più urgente un intervento di modernizzazione, volto non soltanto a favorire la circolazione delle opere nel mercato unico, ma anche a chiarire il ruolo economico e giuridico assunto dalle piattaforme digitali nella loro diffusione.¹⁰⁵

L'esigenza di una riforma organica del diritto d'autore trovò concreta espressione il 14 settembre 2016, quando la Commissione europea presentò la proposta di direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale¹⁰⁶. L'intervento normativo si inseriva in un più ampio pacchetto di misure destinate a favorire la realizzazione del mercato unico digitale e perseguiva una duplice finalità: da un lato, adattare la disciplina del *copyright* alle trasformazioni tecnologiche intervenute in quegli anni; dall'altro, garantire una più equa distribuzione del valore economico generato dall'utilizzazione online delle opere protette.

La proposta suscitò immediatamente un intenso confronto tra le istituzioni europee, gli operatori economici, i titolari dei diritti, le associazioni di categoria, le piattaforme digitali e le organizzazioni impegnate nella tutela dei diritti fondamentali. Se da un lato i titolari dei diritti rivendicavano le esigenze di riequilibrare un sistema che ritenevano eccessivamente favorevole alle grandi piattaforme digitali, dall'altro numerosi

¹⁰³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, Bruxelles, 6.5.2015, COM(2015) 192 final, dove viene espressa la necessità di “assorbire le differenze fra i diversi regimi nazionali del diritto d'autore e aprire maggiormente agli utenti l'accesso online alle opere in tutta l'UE”.

¹⁰⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Verso un quadro normativo moderno e più europeo sul diritto d'autore*, Bruxelles, 9.12.2015 COM(2015) 626 final.

¹⁰⁵ V.FALCE – N.M.F. FARAONE, *Spunti di diritto positivo sull'art.17 della direttiva copyright*, in *Rivista di diritto industriale*, n.1/2021, p.14

¹⁰⁶ Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto d'autore nel mercato unico digitale, Bruxelles, 14.9.2016, COM(2016) 593 final.

osservatori manifestavano il timore che l'introduzione di obblighi più incisivi nei confronti degli intermediari potesse tradursi in un controllo preventivo incompatibile con la libertà di espressione sancito dall'articolo 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁰⁷ e con il divieto di sorveglianza generale sancito dalla Direttiva *e-commerce*.

L'obiettivo della riforma consisteva nella ridefinizione del ruolo giuridico delle piattaforme digitali all'interno dell'ecosistema del diritto d'autore. L'intenzione del legislatore europeo non era quella di eliminare il regime delle esenzioni previsto dalla Direttiva *e-commerce*, bensì di individuare una categoria specifica di prestatori, i futuri *Online Content Sharing Service Provider* (OCSSP), la cui attività risultava ormai incompatibile con il modello del prestatore meramente neutrale. Più che modificare la disciplina generale degli intermediari, la Direttiva *Copyright* introduce, dunque, una disciplina speciale destinata a regolare quei servizi che fondano il loro modello economico proprio sulla comunicazione al pubblico di contenuti protetti caricati dagli utenti.

Il tortuoso iter legislativo si concluse il 26 marzo 2019, quando il Parlamento europeo approvò in prima lettura il testo della direttiva con 348 voti favorevoli e 274 voti contrari. Successivamente, il 17 aprile 2019, anche il Consiglio dell'Unione europea approvò formalmente la direttiva a maggioranza qualificata. In tale occasione, votarono contro Italia, Paesi Bassi, Polonia, Lussemburgo, Finlandia e Svezia, mentre Belgio, Estonia e Slovenia optarono per l'astensione. Merita inoltre di essere ricordato come la Germania, pur esprimendo un voto favorevole, abbia accompagnato la propria approvazione con una dichiarazione interpretativa concernente l'articolo 17, manifestando alcune riserve circa la modalità di applicazione della disposizione.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Il quale sancisce al primo comma quanto segue: "Ogni individuo ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera".

¹⁰⁸ Consiglio dell'Unione europea, Statement by Germany, punto 9, p. 5, 5 aprile 2019, disponibile al link: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7986-2019-ADD-1/en/pdf>.

La Direttiva (UE) 2019/790 fu quindi pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea il 17 maggio 2019. Agli Stati membri venne assegnato termine fino al 7 giugno 2021 per procedere al recepimento della disciplina nei rispettivi ordinamenti nazionali.

L'adozione della direttiva non pose, tuttavia, fine al dibattito che ne aveva accompagnato l'intero iter di approvazione. Ad esempio, il Regno Unito, pur avendo sostenuto il progetto normativo durante il procedimento legislativo, annunciò che non avrebbe proceduto alla sua attuazione in conseguenza dell'uscita dall'Unione europea.

E poi vi fu la Repubblica di Polonia, la quale, il 20 maggio 2019, promosse un ricorso per l'annullamento dinanzi alla Corte di giustizia ai sensi dell'articolo 263 TFUE, contestando in particolare alcune disposizioni dell'articolo 17. Secondo il governo polacco, gli obblighi imposti ai prestatori di servizi di condivisione di contenuti online avrebbero determinato una compressione sproporzionata della libertà di espressione e di informazione garantita dall'articolo 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea.¹⁰⁹

In attesa della decisione della Corte di giustizia, la Commissione europea aveva inoltre avviato un articolato processo di consultazione con i principali soggetti interessati, svoltosi tra il 2019 e il 2020, con l'obiettivo di favorire un'applicazione uniforme dell'articolo 17 nei diversi ordinamenti nazionali. L'esito di tale confronto è confluito nelle “*Linee Guida sull’art. 17*” o “*Orientamenti sull’art.17*”, pubblicati il 4 giugno 2021, destinati a fornire criteri interpretativi utili sia agli Stati membri nella fase di recepimento, sia agli operatori chiamati ad applicare concretamente la nuova disciplina.¹¹⁰

¹⁰⁹ CGUE, 24 maggio 2019, Repubblica di Polonia vs Parlamento europeo e Consiglio dell’Unione europea, causa C-401/19

¹¹⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Orientamenti relativi all’articolo 17 della direttiva 2019/790/UE sul diritto d’autore nel mercato unico digitale*, Bruxelles, 4.6.2021, COM(2021) 288 final

2. Ratio e struttura dell'art.17 Direttiva (UE) 2019/790

L'articolo 17 costituisce la disposizione più innovativa e, al contempo, più controversa della Direttiva (UE) 2019/790. Come già affermato, la sua introduzione non risponde, tuttavia, all'intento di sovvertire i principi consolidati del diritto d'autore europeo né di sostituire integralmente il sistema delineato dalla Direttiva *e-commerce*. Al contrario, il legislatore unionale muove dalla consapevolezza che gli obiettivi e i principi fondamentali del quadro europeo in materia di diritto d'autore continuano a conservare la propria validità, rendendosi, però, necessario il loro adeguamento alle profonde trasformazioni tecnologiche e ai nuovi modelli di distribuzione delle opere nell'ambiente digitale. Dunque, l'articolo 17 si inserisce nel solco dell'*aquis communautaire*, proseguendo l'obiettivo di rendere maggiormente effettiva la tutela del diritto d'autore senza arrestare l'evoluzione dell'economia digitale.¹¹¹

La disposizione costruisce un regime speciale applicabile ai prestatori di servizi di condivisione di contenuti online, fondato su una sequenza di obblighi strettamente collegati tra loro. Il primo paragrafo attribuisce a tali prestatori un ruolo giuridico diverso rispetto a quello tradizionalmente riconosciuto agli *hosting provider*, stabilendo che essi realizzano un atto di comunicazione al pubblico o di messa a disposizione del pubblico quando consentono agli utenti di accedere a opere o altri materiali protetti caricati sulla piattaforma. Da questa qualificazione discende il principale obbligo previsto dalla norma, ossia quello di ottenere un'autorizzazione dei titolari dei diritti, normalmente mediante la conclusione di un accordo di licenza.

Il secondo paragrafo disciplina gli effetti di tale autorizzazione, prevedendo che la licenza ottenuta dal prestatore possa estendersi anche agli atti di comunicazione al pubblico compiuti dagli utenti della piattaforma, purché questi ultimi non agiscano nell'esercizio di un'attività commerciale oppure non conseguano ricavi significativi delle attività svolte. La disposizione mira così ad evitare che, una volta autorizzata la piattaforma, debbano essere richieste ulteriori autorizzazioni ai singoli utenti per gli utilizzi rientranti nell'ambito della licenza connessa.

¹¹¹ V. FALCE, *Direttiva Copyright 2019: fair use ed eccezioni al copyright tra esigenze di "apertura" e necessità di indirizzo*, in Filodiritto.it, 2019, rinvenibile al link: <https://www.filodiritto.com/direttiva-copyright-2019-fair-use-ed-eccezioni-al-copyright-tra-esigenze-di-apertura-e-necessita-di-indirizzo>

Snodo centrale della disposizione è costituito, poi, dal terzo paragrafo, il quale esclude l'applicabilità del regime di limitazione della responsabilità previsto dall'articolo 14 della Direttiva 2000/31/CE con riguardo agli atti di comunicazione al pubblico disciplinati dall'articolo 17. Il legislatore europeo sottrae in questo modo gli *Online Content Sharing Service Provider* al tradizionale *safe harbor* previsto per gli *hosting provider*, assoggettandoli ad una disciplina speciale fondata su presupposti differenti.

Nell'ipotesi in cui non sia stata ottenuta alcuna autorizzazione, trova applicazione il regime delineato dal quarto paragrafo, che individua le condizioni alle quali il prestatore può essere ritenuto esente da responsabilità. A tal fine, il *provider* è tenuto a dimostrare sia di aver compiuto i *massimi sforzi* per ottenere una licenza dai titolari dei diritti, sia di aver adottato, compiendo i massimi sforzi *secondo elevati standard di diligenza professionale*, tutte le misure necessarie ad impedire la disponibilità delle opere specificamente segnalate e, da ultimo, di essersi attivato tempestivamente, a seguito di una segnalazione sufficientemente motivata, da un lato per rimuovere o disabilitare l'accesso ai contenuti illeciti, dall'altro per impedire il loro successivo caricamento. Si tratta di una disciplina che segna il passaggio a un modello caratterizzato da una più intensa cooperazione preventiva tra le piattaforme e i titolari dei diritti d'autore, che verrà analizzata nel corso della presente trattazione.

Il sistema così delineato è completato dai paragrafi successivi, i quali introducono una serie di disposizioni volte a garantire un equilibrio tra la tutela del diritto d'autore e gli altri diritti fondamentali coinvolti. Nello specifico, il paragrafo quinto impone che la verifica dell'adempimento degli obblighi gravanti sui prestatori avvenga nel rispetto del principio di proporzionalità, tenendo conto di elementi quali la natura del servizio, le sue dimensioni, il tipo di contenuti trattati e la disponibilità di strumenti tecnologici adeguati.

Il legislatore europeo ha inoltre previsto, al sesto paragrafo, un regime attenuato per i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online di più recente costituzione.

I *provider* presenti sul mercato dell'Unione europea da meno di tre anni e con un fatturato annuo inferiore a 10 milioni di euro sono assoggettati a obblighi meno gravosi, dovendo dimostrare soltanto di aver compiuto i massimi sforzi per ottenere un'autorizzazione e di essersi tempestivamente attivati, a seguito di una segnalazione sufficientemente motivata, per rimuovere o disabilitare l'accesso ai contenuti illeciti.

Soltanto qualora tali prestatori superino la soglia media di 5 milioni di visitatori unici mensili, saranno tenuti ad adottare misure volte a prevenire il successivo caricamento delle opere già oggetto di segnalazione. Questa previsione riflette l'intento del legislatore di graduare gli obblighi imposti alle piattaforme in funzione delle loro dimensioni e della loro capacità economica, evitando di imporre ai nuovi operatori oneri sproporzionati rispetto alle risorse disponibili.

Il settimo paragrafo precisa, poi, che la cooperazione tra piattaforma titolare dei diritti non può impedire la disponibilità di contenuti leciti, specialmente quando essi ricadono nelle eccezioni e limitazioni previste dal diritto d'autore.

L'ottavo paragrafo ribadisce espressamente che l'applicazione dell'articolo 17 non può tradursi nell'imposizione di un obbligo generale di sorveglianza, mentre il nono paragrafo impone agli Stati membri di assicurare agli utenti i meccanismi di reclamo e ricorsi efficaci contro eventuali rimozioni indebite dei contenuti. Infine, il decimo paragrafo affida alla Commissione europea il compito di promuovere un dialogo tra le parti interessate ed adottare orientamenti volti a favorire un'applicazione uniforme della disposizione.

Nel suo complesso, l'articolo 17 delinea quindi un sistema articolato, nel quale l'obbligo di autorizzazione, il nuovo regime di responsabilità, i criteri di proporzionalità e le garanzie riconosciute agli utenti costituiscono elementi tra loro strettamente interdipendenti. La disposizione non si limita a introdurre nuovi obblighi in capo alle piattaforme, ma costituisce un modello di cooperazione nel quale la tutela del diritto d'autore viene costantemente bilanciata con la libertà di espressione e di informazione degli utenti e la libertà d'impresa delle piattaforme.

L'articolo 17 rappresenta il fulcro dell'intera riforma. Tuttavia, per comprendere la portata di tale innovazione è necessario, innanzitutto, individuare quali sono i prestatori a cui la disposizione si rivolge e quali caratteristiche li distinguono dagli *hosting provider* disciplinati dalla Direttiva *e-commerce*.

2.1 Ambito di applicazione soggettivo: *Online Content Sharing Service Provider* (OCSSP)

L'effettiva portata innovativa dell'articolo 17 non dipende soltanto dal nuovo regime di responsabilità introdotto dal legislatore europeo, ma anche dall'individuazione dei soggetti ai quali tale disciplina è destinata ad applicarsi. Nel corso dell'iter legislativo, l'ambito soggettivo della disposizione è stato profondamente modificato rispetto alla proposta originale della Commissione. Quest'ultima faceva riferimento, in termini molto ampi, ai prestatori di servizi della società dell'informazione “che memorizzano e garantiscono pubblico accesso a grandi quantità di opere o altro materiale caricati dagli utenti”¹¹². Il testo definitivo ha invece circoscritto l'ambito di applicazione della disciplina a una categoria ben determinata di operatori, individuato nella figura delle piattaforme di condivisione di contenuti online (OCSSP, dall'inglese *Online Content Sharing Service Provider*).

¹¹² Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto d'autore nel mercato unico digitale, Bruxelles, 14.9.2016, COM(2016) 593 final.

La definizione è contenuta nell'art.2, punto 6), della Direttiva (UE) 2019/790, secondo cui rientra in tale categoria il prestatore di servizi della società di informazione “il cui scopo principale o uno dei principali scopi è quello di memorizzare e dare accesso al pubblico a grandi quantità di opere protette dal diritto d'autore o altri materiali protetti caricati dai suoi utenti, che il servizio organizza e promuove a scopo di lucro”¹¹³. La norma pone in evidenza come non sia sufficiente la mera attività di memorizzazione dei contenuti, ma sia necessario che il prestatore svolga un ruolo economicamente significativo nella loro organizzazione e valorizzazione, traendo profitto, direttamente o indirettamente, dalla loro diffusione.

Tale definizione trova ulteriore precisazione nel considerando della direttiva.

Nello specifico, il considerando 62 chiarisce che la disciplina è destinata esclusivamente a quei servizi che occupano una posizione rilevante nel mercato della distribuzione dei contenuti online, ponendosi in concorrenza con altri operatori, quali servizi di *streaming* audio e video, per l'accesso al medesimo pubblico.¹¹⁴ Il legislatore ha così voluto limitare l'applicazione dell'articolo 17 alle piattaforme che svolgono una funzione centrale nella circolazione delle opere protette, evitando di estendere il nuovo regime a tutti gli intermediari della rete, che rimangono così assoggettati alla disciplina generale prevista dalla Direttiva *e-commerce*.

L'accertamento della sussistenza di tali requisiti non può tuttavia essere svolto in astratto. Il considerando 63 precisa infatti che la verifica della presenza di “una grande quantità di contenuti” protetti deve essere effettuata “caso per caso”, tenendo conto di una pluralità di elementi, “come l'utenza del servizio e il numero di file di contenuti protetti dal diritto d'autore caricati dagli utilizzatori del servizio”¹¹⁵.

¹¹³ Art.2, punto 6), della Direttiva (UE) 2019/790

¹¹⁴ Considerando 62, Direttiva (UE) 2019/790

¹¹⁵ Considerando 63, Direttiva (UE) 2019/790

Accanto alla definizione positiva, la direttiva individua anche una serie di esclusioni espresse. Restano infatti estranee alla nozione di piattaforme di condivisione di contenuti online “l'enciclopedia online senza scopo di lucro, i repertori didattici o scientifici senza scopo di lucro, le piattaforme di sviluppo e condivisione di software open source, i fornitori di servizi di comunicazione elettronica ai sensi della direttiva (UE) 2018/1972, i mercati online, i servizi cloud da impresa a impresa e i servizi cloud che consentono agli utenti di caricare contenuti per uso personale”¹¹⁶. Tali esclusioni riflettono la volontà del legislatore europeo di limitare il nuovo regime più restrittivo ai soli operatori che svolgono un ruolo determinante nella diffusione di contenuti protetti dal diritto d'autore, evitando di assoggettare alla medesima disciplina servizi caratterizzati da finalità profondamente diverse.

Il considerando 62 precisa, inoltre, che il beneficio dell'esclusione non può essere invocato dai servizi il cui scopo principale consiste nel facilitare o favorire fenomeni di pirateria digitale.

Come già è stato accennato nel paragrafo precedente, una disciplina particolare è prevista infine per i prestatori di minori dimensioni. L'articolo 17, al paragrafo 6, introduce un regime attenuato destinato ai nuovi operatori presenti sul mercato europeo da meno di tre anni con un fatturato annuo inferiore a dieci milioni di euro. Per tali soggetti il legislatore riduce gli obblighi previsti dal paragrafo 4, esonerandoli, in linea generale, dall'adozione di misure preventive di filtraggio, salvo il caso in cui la piattaforma superi la soglia di cinque milioni di visitatori unici mensili. La finalità della disposizione è quella di evitare che gli elevati costi derivanti dall'implementazione dei sistemi di controllo costituiscano una barriera all'ingresso per le imprese di più recente costituzione¹¹⁷.

Occorre osservare come la previsione non elimini ogni problema applicativo.

¹¹⁶ Art. 2, punto 6), secondo periodo, Direttiva (UE) 2019/790

¹¹⁷ In questo senso F. FAGLIA, *La Corte di giustizia e l'enforcement algoritmico del diritto d'autore*, in AIDA 2022

È infatti possibile che anche le piattaforme di dimensioni economiche ridotte possano ospitare un numero estremamente elevato di contenuti, con la conseguenza che l'adozione di strumenti di filtraggio potrebbe comportare costi sproporzionati rispetto alle risorse effettivamente disponibili¹¹⁸.

Per questa ragione il principio di proporzionalità richiede che gli obblighi gravanti sui piccoli prestatori siano interpretati in maniera flessibile valorizzando non soltanto le caratteristiche del servizio offerto, ma anche la concreta capacità organizzativa ed economica dell'impresa. La stessa formulazione del paragrafo 5, utilizzando l'espressione “tra gli altri”, prima di elencare gli elementi da prendere in considerazione per stabilire se il prestatore di servizi si è conformato agli obblighi di cui al paragrafo 4, lascia intendere che i criteri espressamente richiamati abbiano carattere meramente esemplificativo e non esauriscono gli elementi che il giudice è chiamato a considerare nella verifica del rispetto degli obblighi previsti da quel paragrafo 4.

La stessa impostazione emerge anche dalla disciplina di recepimento italiana.

L'art.102-nonies della legge sul diritto d'autore n.633/1941, infatti, stabilisce che la conformità della piattaforma agli obblighi di cooperazione con i titolari dei diritti debba essere valutata “caso per caso” tenendo conto anche dei fattori indicati dall'art.17, paragrafo 5, della Direttiva (UE) 2019/790, confermando così il carattere aperto e non tassativo dei parametri di valutazione.

Tale impostazione trova conferma nella sentenza Repubblica di Polonia contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea, nella quale la Corte di giustizia ha affermato che le misure adottate dai prestatori devono essere valutate anche alla luce delle risorse e delle capacità concretamente disponibili, lasciando dei *provider* un adeguato margine nella scelta degli strumenti più idonei ad adempiere agli obblighi imposti dalla direttiva¹¹⁹.

¹¹⁸ G. FROSIO, *L'art. 17, Dir. 790/2019: i diritti fondamentali restano sospesi*, in Giur. it. 2022, V, p. 1288 ss

¹¹⁹ Punto 75, CGUE, 26 aprile 2022, causa C-401/19, Repubblica di Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea; nel senso di necessità di un approccio elastico, R. ROMANO, *Il giusto equilibrio tra diritti di proprietà intellettuale ed altri diritti fondamentali*, in AIDA 2021, dove si osserva che “la flessibilità alla quale rimanda il principio di proporzionalità richiamato in tale norma ha la funzione di adeguare la regola generale sulla responsabilità degli intermediari alla varietà ed eterogeneità dei contesti che possono presentarsi: in altri termini, le misure da porre in essere non sono

L'individuazione degli OCSSP costituisce dunque il presupposto indispensabile per comprendere il funzionamento dell'intero sistema delineato dall'articolo 17.

2.2 Ambito di applicazione oggettivo: la licenza e l'art.12 della Direttiva (UE) 2019/790

Uno dei tratti qualificanti l'art.17 della Direttiva (UE) 2019/790 è rappresentato dalla centralità attribuita alla licenza quale strumento ordinario di legittimazione dell'utilizzo, da parte delle piattaforme, dei contenuti protetti caricati dagli utenti.¹²⁰

L'impianto della disposizione, infatti, si fonda sull'idea che il prestatore di servizi di condivisione di contenuti online debba collocare la propria attività entro una cornice autorizzativa idonea a coprire gli atti di comunicazione al pubblico o di messa a disposizione del pubblico che si realizzano attraverso il servizio¹²¹.

Il legislatore europeo manifesta con chiarezza la volontà di promuovere lo sviluppo di un vero e proprio mercato delle licenze tra titolari dei diritti e prestatori di servizi di condivisione, nella convinzione che l'utilizzo online delle opere debba tradursi in un adeguato ritorno economico per gli aventi diritto¹²².

L'autorizzazione si pone, dunque, come il primo e principale strumento attraverso cui rendere lecita l'attività della piattaforma. Essa è strettamente connessa alla qualificazione dell'attività del prestatore come atto di comunicazione al pubblico o di messa a disposizione del pubblico, tema che verrà affrontato più approfonditamente nel corso della trattazione, ma che già qui rileva perché spiega la scelta del legislatore di spostare il baricentro del sistema dalla mera reazione all'illecito verso una logica preventiva di autorizzazione dell'uso dei contenuti.

standardizzate, né possono essere definiti in via preliminare ed aprioristica, stanti le grandi differenze tra le attività che si svolgono nella rete”.

¹²⁰ Art. 17, par. 1, Direttiva (UE) 2019/790

¹²¹ V. FALCE – N.M.F. FARAONE, *Spunti di diritto positivo sull'art.17 della Direttiva Copyright*, in *Rivista di diritto industriale*, n.1/2021

¹²² Considerando 61, Direttiva (UE) 2019/790, il quale spinge ad auspicare “lo sviluppo del mercato della concessione delle licenze tra i titolari di diritti e i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online” e a sottolineare che “[i] titolari dei diritti dovrebbero ricevere un compenso adeguato per l'utilizzo delle loro opere [...]”

Il carattere centrale della licenza è ulteriormente confermato dal paragrafo 2 dell'art.17, il quale prevede che l'autorizzazione si estenda, a determinate condizioni, anche agli atti compiuti dagli utenti della piattaforma, purché essi non agiscano su base commerciale oppure la loro attività non generi ricavi significativi¹²³.

In questo modo, la direttiva tenta di costruire un meccanismo unitario di copertura negoziale dell'utilizzazione dei contenuti, facendo gravare sul prestatore e non sul singolo utente, il compito di acquisire, per quanto possibile, i diritti necessari allo sfruttamento delle opere condivise attraverso il servizio.

La centralità del modello autorizzatorio, tuttavia, si scontra con le peculiarità dell'ambiente digitale. Le piattaforme operano normalmente su repertori vastissimi e mutevoli, alimentati da un numero elevatissimo di caricamenti da parte degli utenti. Di conseguenza, l'individuazione dei singoli titolari dei diritti e la negoziazione di autorizzazioni su base individuale rischiano di tradursi in un'attività estremamente onerosa, se non addirittura impraticabile.¹²⁴ È proprio in relazione a tale difficoltà che acquista rilievo il tema della gestione collettiva dei diritti, la quale consente di concentrare in capo a organismi specializzati (cd. *collecting societies*) la concessione delle licenze e la riscossione dei compensi, semplificando l'accesso ai repertori da parte degli operatori digitali. Oggi, infatti, è possibile la costituzione di alleanze tra le diverse società che conduce all'aggregazione di repertori in alcuni settori, come quello musicale o fotografico.

Anche questo strumento, però, non elimina integralmente il problema.

¹²³ Si veda anche il Considerando 69, Direttiva (UE) 2019/790, secondo cui “se i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online ottengono autorizzazioni, anche mediante accordi di licenza, per l'utilizzo nel loro servizio di contenuti caricati dagli utenti del servizio, tali autorizzazioni dovrebbero altresì includere gli atti rilevanti per il diritto d'autore relativi ai contenuti caricati dagli utenti nell'ambito dell'autorizzazione concessa ai prestatori di servizi, ma solo nei casi in cui tali utenti agiscono con finalità non commerciali, quali la condivisione dei loro contenuti senza scopo di lucro, o quando i proventi generati dai contenuti caricati non sono significativi in relazione agli atti rilevanti per il diritto d'autore degli utenti oggetto di tali autorizzazioni. Se i titolari dei diritti hanno espressamente autorizzato gli utenti a caricare e mettere a disposizione opere o altri materiali su un servizio di condivisione di contenuti online, l'atto di comunicazione al pubblico del prestatore di servizi è autorizzato nell'ambito dell'autorizzazione concessa dal titolare dei diritti (...)”.

¹²⁴ C. MEO, *Operatori digitali e licenze collettive nella direttiva 2019/790/UE: le licenze ad effetto esteso*, in AIDA, 2019, p. 257

Non tutti i titolari affidano i propri diritti agli organismi di gestione collettiva, e in molti casi, sul medesimo contenuto insistono una pluralità di diritti, tanto d'autore quanto connessi, riferibili a soggetti diversi.

A ciò si aggiunga che la Direttiva (UE) 2014/26, liberalizzando il mercato della gestione collettiva, ha favorito la mobilità dei titolari tra diversi organismi e l'ingresso di enti di gestione indipendenti operanti con finalità lucrative, contribuendo a rendere il quadro dei repertori ancora più frammentato.¹²⁵ In un simile contesto, l'ottenimento delle licenze necessarie per coprire in modo effettivo l'attività delle piattaforme può risultare particolarmente complesso.

È in questa prospettiva che si colloca il rilievo, nel sistema della Direttiva *copyright*, dei meccanismi di licenza collettiva ad effetto esteso («*extended collective licences*»), disciplinati dall'art.12. Nonostante tale disposizione non sia direttamente dedicata agli *Online Content Sharing Service Provider*, essa è significativa perché mostra la consapevolezza del legislatore europeo rispetto ai costi transattivi che caratterizzano le forme di sfruttamento massivo delle opere nell'ambiente digitale. La ratio sottesa allo strumento della licenza collettiva estesa è ravvisabile nella volontà del legislatore di consentire che l'accordo concluso da un organismo di gestione collettiva rappresentativo produca effetti anche nei confronti dei titolari che non abbiano conferito a quell'organismo uno specifico mandato, purché siano rispettate le condizioni e le garanzie previste dal diritto dell'Unione europea. In tal modo si evita alla piattaforma, in presenza di utilizzazioni di massa, la necessità di rintracciare singolarmente tutti i titolari e di negoziare con ciascuno di essi, eliminando, così, un ostacolo strutturale alla circolazione online delle opere.

Infatti, con la diffusione di Internet si sono moltiplicate le forme di utilizzazione massive delle opere dell'ingegno. Il fenomeno emerge, ad esempio, nei processi di digitalizzazione dei patrimoni delle biblioteche, nella messa a disposizione online degli archivi radiotelevisivi o, più in generale, nelle pratiche di condivisione su larga scala di contenuti protetti attraverso la rete¹²⁶. Proprio in ragione di tale evoluzione,

¹²⁵ La direttiva 2014/26/UE distingue tra «organismi di gestione collettiva», cioè le *collecting societies* che sono detenute o controllate dai titolari e/ o operanti senza fini di lucro, e gli «enti indipendenti», i quali non sono detenuti né controllati dai titolari dei diritti e operano con fini di lucro (art. 3 dir. (UE) 2014/26)

¹²⁶ C. MEO, *Operatori digitali e licenze collettive nella direttiva 2019/790/UE: le licenze ad effetto esteso*, in AIDA, 2019, p. 259

alcuni ordinamenti hanno progressivamente ampliato il ricorso a tale modello, attribuendo agli organismi di gestione collettiva il potere di concedere licenze ad effetto esteso anche in settori non previamente tipizzati dal legislatore¹²⁷.

Osservando più da vicino la disciplina delle licenze collettive ad effetto esteso di cui all'art.12 della Direttiva (UE) 2019/790, è possibile constatare come il legislatore europeo non abbia individuato in modo tassativo i settori nei quali tale meccanismo deve operare. La direttiva richiede, però, che esso sia circoscritto a settori ben definiti, nei quali, per la natura dell'utilizzazione o per la tipologia delle opere coinvolte, risulti improbabile ottenere una licenza che copra tutti i titolari dei diritti interessati e l'acquisizione individuale si riveli, in concreto, eccessivamente onerosa o poco praticabile¹²⁸.

In altri termini, l'art.12 è pensato per quelle ipotesi di sfruttamento massivo dei contenuti, tipiche dell'ambiente digitale, nelle quali i costi eccessivi di individuazione e dei titolari e di negoziazione delle licenze rischiano di ostacolare in modo strutturale la circolazione online delle opere¹²⁹.

Un profilo problematico riguarda l'effetto estensivo della licenza. L'art.12 consente, infatti, che l'accordo concluso dall'organismo di gestione collettiva produca effetti anche nei confronti dei titolari che non abbiano conferito un mandato a tale organismo, indipendentemente dalla loro nazionalità.¹³⁰ Una simile soluzione potrebbe sembrare, almeno in apparenza, in tensione con il principio, affermato dall'art.5 della Direttiva 2014/26/UE, secondo cui spetta ai titolari scegliere liberamente a quale organismo affidare la gestione dei propri diritti. Tale tensione, tuttavia, è attenuata dal fatto che la direttiva riconosce ai titolari non rappresentati la possibilità di escludere in qualsiasi momento le proprie opere dal meccanismo di licenza estesa mediante un *opt-out*

¹²⁷ Si veda, ad esempio, per la Danimarca s. 50 par. 2 Bekendtgørelse af lov om ophavsret; per il Regno Unito: s. 116Bss. Del Copyright, Designs and Patents act e le Copyright and Rights in Performances (Extended Collective Licensing) Regulations 2588/2014

¹²⁸ Cfr. art. 12, par. 2 Dir. 2019/790/UE; Considerando 47 Dir. 2019/790/UE; L'individuazione degli specifici campi di applicazione delle licenze collettive estese può essere effettuata dagli Stati membri in sede di recepimento. In alternativa, possono limitarsi a introdurre una disciplina di carattere generale; in quest'ultima ipotesi, dovranno essere le procedure di concessione delle licenze oppure le singole licenze a definire con sufficiente chiarezza gli utilizzi autorizzati, così da garantire certezza circa l'estensione dell'effetto della licenza (cfr. considerando 49).

¹²⁹ C. MEO, *Operatori digitali e licenze collettive nella direttiva 2019/790/UE: le licenze ad effetto esteso*, in AIDA, 2019, p. 262

¹³⁰ Considerando 47, Dir. (UE) 2019/790

semplice ed effettivo¹³¹. In questo modo, il titolare conserva il potere di riappropriarsi della gestione dei propri diritti e di amministrarli individualmente oppure tramite un diverso organismo di propria scelta¹³².

Un profilo più delicato riguarda i titolari che, senza aver esercitato l'*opt-out*, abbiano affidato la gestione dei propri diritti a una *collecting society* diversa da quella che concede la licenza estesa. In astratto, si potrebbe sostenere che l'effetto estensivo operi solo nei confronti dei titolari non rappresentati, poiché l'art.12 sembrerebbe destinato a colmare gli spazi lasciati scoperti dalla gestione collettiva, non a sovrapporsi a forme di gestione già esistenti¹³³.

Tuttavia, una simile lettura finirebbe per compromettere la funzione pratica dell'istituto, poiché il licenziatario resterebbe gravato dall'onere di verificare, per ciascuna opera, l'eventuale appartenenza del relativo repertorio a un diverso organismo di gestione, con il rischio di duplicazioni di licenze e di costi transattivi incompatibili con l'obiettivo di garantire una copertura ampia e sufficiente certezza giuridica. Per tale ragione appare preferibile ritenere che l'estensione possa operare anche rispetto ai titolari rappresentati da altre società di gestione, salva la possibilità per questi, o per l'organismo che li rappresenta, di sottrarsi al meccanismo mediante *opt-out*. Proprio tale facoltà assume, allora, una funzione essenziale di equilibrio, pur lasciando emergere alcuni problemi applicativi, specie sul piano concorrenziale, legati alla circolazione di informazioni sui repertori tra organismi di gestione¹³⁴.

Un ulteriore profilo essenziale del meccanismo di licenza collettiva ad effetto esteso riguarda i requisiti che l'organismo di gestione collettiva deve possedere per poter rilasciare una licenza idonea a produrre effetti anche nei confronti dei titolari non rappresentati. La Direttiva (UE) 2019/790 richiede, infatti, che l'organismo sia sufficientemente rappresentativo dei titolari dei diritti nel pertinente tipo di opere o

¹³¹ Art. 12, par.3, lett. c), Dir (UE) 2019/790; art. 8, par. 4 Dir (UE) 2019/790; le clausole di *opt-out* sono presenti anche nella maggior parte dei sistemi di licenza collettiva estesa esistenti a livello nazionale.

¹³² C. MEO, *Operatori digitali e licenze collettive nella direttiva 2019/790/UE: le licenze ad effetto esteso*, in AIDA, 2019, p. 264

¹³³ C. MEO, *Operatori digitali e licenze collettive nella direttiva 2019/790/UE: le licenze ad effetto esteso*, in AIDA, 2019, p. 266

¹³⁴ Ad esempio per i dati sensibili.

materiali e nella corrispondente tipologia di diritti oggetto della licenza.¹³⁵ La ratio del requisito consiste nella volontà di ridurre gli incentivi all'esercizio dell'*opt-out* da parte dei titolari "esterni", facendo sì che l'organismo che concede la licenza persegua interessi il più possibile affini a quelli dei soggetti non direttamente rappresentati.

Dunque, l'effetto estensivo può ragionevolmente operare soltanto entro il perimetro delle categorie di titolari e di opere per le quali la *collecting society* disponga già di una base rappresentativa adeguata¹³⁶.

La direttiva, tuttavia, non definisce in modo puntuale quando la rappresentatività possa dirsi "sufficiente", rimettendo agli Stati membri il compito di specificarne i criteri. Tale valutazione non è priva di difficoltà, poiché anche all'interno di una medesima categoria di titolari possono coesistere interessi differenti legati, ad esempio, alla diversa diffusione commerciale delle opere o alla segmentazione dei mercati culturali. Per questa ragione, il requisito non dovrebbe essere soddisfatto da organismi specializzati in nicchie ristrette di contenuti, ma da società capaci di operare in modo trasversale nel settore di riferimento, così da rendere plausibile una reale convergenza di interessi tra i titolari "interni" ed "esterni". A ciò si aggiunge che la rappresentatività deve sussistere "*sulla base dei mandati*" conferiti all'organismo, formula che sembra valorizzare il rapporto diretto con i titolari dei diritti più che la mera rappresentanza indiretta derivante da accordi tra *collecting societies*¹³⁷.

La questione si complica ulteriormente sotto il profilo territoriale.

L'espressione, utilizzata dalla direttiva, secondo cui la rappresentatività deve sussistere "*per lo Stato membro*"¹³⁸ non pare potersi intendere nel senso di riservare le licenze estese agli organismi rappresentativi dei soli titolari nazionali.

¹³⁵ Art. 12, par. 3, Dir. (UE) 2019/790, il quale recita: "(...) gli Stati membri stabiliscono le misure di salvaguardia seguenti: a) l'organismo di gestione collettiva dei diritti, sulla base dei suoi mandati, sia sufficientemente rappresentativo dei titolari di diritti nel pertinente tipo di opere o altri materiali e nella tipologia di diritti oggetto della licenza per lo Stato membro interessato".

¹³⁶ Anche gli ordinamenti nazionali che hanno introdotto meccanismi di licenza collettiva estesa impongono requisiti di rappresentatività in capo alla *collecting society*. Tuttavia, non vengono individuati dei criteri precisi per accertare la ricorrenza del requisito: la relativa valutazione è generalmente rimessa al controllo di un'autorità esterna. Cfr C. MEO, *Operatori digitali e licenze collettive nella direttiva 2019/790/UE: le licenze ad effetto esteso*, in AIDA, 2019, p. 268.

¹³⁷ Ibidem.

¹³⁸ All'art. 12 paragrafo 3, lett. a), si legge "(...) sia sufficientemente rappresentativo dei titolari di diritti nel pertinente tipo di opere o altri materiali e nella tipologia di diritti oggetto della licenza per lo Stato membro interessato". Già al paragrafo 1 dello stesso articolo, è possibile osservare come il legislatore, sancendo il meccanismo di autorizzazione mediante licenza, specifichi che tali accordi siano riferibili

Una simile lettura finirebbe per favorire, nella maggior parte dei casi, gli ex monopolisti nazionali, risultando poco coerente sia con la logica concorrenziale promossa dalla Direttiva (UE) 2014/26, sia con i principi di libera circolazione dei servizi del mercato unico. Sembra allora preferibile ritenere che il parametro della rappresentatività debba essere riferito non alla nazionalità dei titolari, ma alle opere effettivamente utilizzate nel mercato dello Stato membro interessato.

Ciò apre, almeno in astratto, alla possibilità che le licenze estese per un determinato territorio siano concesse anche da organismi stabiliti in altri Stati membri, purché rappresentativi del repertorio concretamente sfruttato in quel mercato¹³⁹.

Accanto alla rappresentatività, la direttiva richiede che l'organismo sia capace di gestire efficacemente i diritti.¹⁴⁰ Il requisito attiene alla concreta idoneità della *collecting society* a trattare in modo accurato e diligente anche i diritti dei titolari esterni, ai quali non può essere riservato un trattamento deteriore rispetto ai membri dell'organismo.¹⁴¹ Ciò implica, da un lato, la capacità di monitorare gli utilizzi delle opere oggetto di licenza e di calcolare correttamente i compensi dovuti; dall'altro, la disponibilità di banche dati affidabili, aggiornate e interoperabili, nonché di strutture amministrative idonee alla distribuzione dei proventi anche in contesti transfrontalieri. In assenza di tali strumenti, il rischio è che la società non sia in grado di stimare correttamente né l'ampiezza del repertorio coinvolto né i costi effettivi della gestione estesa, con possibili ricadute sia sulla posizione dei titolari, sia sulla sostenibilità economica delle licenze concesse¹⁴².

Un ulteriore limite strutturale del sistema delineato dall'art.12 riguarda i soggetti legittimati a concedere licenze collettive a effetto esteso. La direttiva riserva, infatti, tale facoltà ai soli organismi di gestione collettiva soggetti alla disciplina di recepimento della Direttiva (UE) 2014/26, escludendo invece gli enti di gestione

“per quanto riguarda l'utilizzo sul loro territorio e in base alle garanzie previste dal presente articolo”, ribadendo la connessione con il territorio nazionale dei titolari dei diritti.

¹³⁹ Nei Paesi dell'Europa settentrionale, la rappresentatività dell'organismo viene valutata con riferimento alle opere oggetto di sfruttamento nel mercato nazionale, più che alla nazionalità dei titolari dei diritti. Emblematica, in tal senso la disciplina danese, di cui all'art.50 c. 2 *Bekendtgørelse af lov om ophavsret*. In ogni caso, in questi paesi non sembrano essere frequenti i casi di licenze estese rilasciate da *collecting societies* straniere.

¹⁴⁰ Considerando 48, Dir. (UE) 2019/790

¹⁴¹ Art. 12, par.3, lett. b), Dir. (UE) 2019/790

¹⁴² C. MEO, *Operatori digitali e licenze collettive nella direttiva 2019/790/UE: le licenze ad effetto esteso*, in AIDA, 2019, p. 273

indipendenti.¹⁴³ Ne consegue che, anche laddove un ente indipendente risultasse in concreto rappresentativo di una determinata categoria di diritti o di opere, esso non potrebbe comunque rilasciare licenze idonee a produrre effetti anche nei confronti dei titolari non rappresentati.

La scelta non è accompagnata, nel testo della direttiva, da una giustificazione espressa.

Non sembra sufficiente richiamare, di per sé, la natura lucrativa degli enti indipendenti, poiché anche taluni organismi di gestione collettiva possono operare secondo logiche economiche non del tutto estranee al profitto, purché restino controllati o detenuti dai titolari dei diritti. Una possibile spiegazione potrebbe essere piuttosto individuata nel diverso assetto di *governance*: negli organismi di gestione collettiva, infatti, i titolari partecipano, almeno in linea di principio, alle decisioni rilevanti sulla gestione dei diritti, mentre negli enti indipendenti manca un analogo meccanismo di coinvolgimento. Da questa prospettiva, il legislatore sembrerebbe aver ritenuto preferibile affidare l'estensione della licenza a soggetti nei quali i titolari “interni” possano incidere, quanto meno indirettamente, sulle scelte relative alla gestione dei repertori e ai rischi connessi all'estensione¹⁴⁴.

Tale giustificazione, tuttavia, non appare del tutto persuasiva. La valutazione circa l'opportunità di estendere una licenza richiede, infatti, apprezzamenti tecnici e organizzativi relativi, ad esempio, ai costi di gestione, all'affidabilità delle banche dati, ai sistemi di distribuzione dei proventi e di monitoraggio degli utilizzi, che difficilmente possono essere rimessi alla sola volontà assembleare dei titolari. Sotto questo profilo, il problema non sembra essere tanto la forma soggettiva dell'ente, quanto la presenza di adeguati meccanismi di controllo sulla sua effettiva capacità di amministrare anche i diritti dei titolari esterni. Proprio per questo, sembra lecito dubitare che l'esclusione generalizzata degli enti indipendenti sia una soluzione realmente necessaria e proporzionata.

La disciplina solleva, dunque, un interrogativo più generale circa la ragionevolezza della differenziazione. Dal momento che la volontà del legislatore sembra indirizzata

¹⁴³ Art.12, par.1 Dir. (UE) 2019/790; Considerando 49, il quale recita così: “La capacità di gestire una licenza nell'ambito di tali meccanismi dovrebbe essere limitata anche agli organismi di gestione collettiva che sono soggetti alla legislazione nazionale di attuazione della direttiva 2014/26/UE.”

¹⁴⁴ C. MEO, *Operatori digitali e licenze collettive nella direttiva 2019/790/UE: le licenze ad effetto esteso*, in AIDA, 2019, p. 274

ad assicurare che la licenza estesa sia rilasciata da un soggetto sufficientemente rappresentativo e capace di gestire in modo corretto i diritti dei titolari non rappresentati, non è immediato comprendere perché tale funzione debba essere preclusa in via assoluta agli enti indipendenti, senza prevedere almeno forme alternative di consultazione o di controllo. In questo senso è possibile interrogarsi circa la piena coerenza di questa scelta con il principio di eguaglianza del diritto dell'Unione europea, che impone di trattare in modo differente situazioni differenti solo quando la distinzione sia sorretta da una giustificazione obiettiva, proporzionata e coerente con la ratio perseguita dall'intervento normativo¹⁴⁵.

Un ulteriore profilo problematico del meccanismo delle licenze collettive estese riguarda le modalità di verifica dei presupposti richiesti dall'art.12 della Direttiva (UE) 2019/790. L'applicazione di tale istituto presuppone l'accertamento di una pluralità di condizioni, come la sufficiente rappresentatività dell'organismo di gestione collettiva, la sua capacità di amministrare correttamente le licenze estese, l'adequazione delle misure di pubblicità e, più in generale, la sussistenza di quelle circostanze che rendono l'acquisizione individuale delle autorizzazioni eccessivamente onerosa e impraticabile. La direttiva, tuttavia, non impone agli Stati membri di sottoporre tali valutazioni a un controllo amministrativo preventivo, lasciando aperta l'alternativa tra un sistema fondato su un vaglio *ex ante* da parte di un'autorità di vigilanza e un modello in cui la verifica sia rimessa, in prima battuta, agli stessi organismi di gestione e, solo successivamente, all'eventuale contenzioso giudiziario¹⁴⁶.

¹⁴⁵ CGUE, 16 dicembre 2008, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine e altri c. Premier ministre (...)*, C-127/07, cit. punti 57-58, in cui la Corte si interrogava circa la compatibilità con il principio di parità di trattamento di una direttiva che istituiva un sistema di scambio di quote di emissioni di gas a effetto serra, escludendo però alcuni settori industriali dall'applicazione della normativa; CGUE, 17 ottobre 2013, *Schaible*, C-101/12, punti 76ss., in cui la Corte si interrogava circa la compatibilità con il principio della parità di trattamento di un regolamento europeo che istituiva un sistema di identificazione degli animali, prevedendo discipline diverse per allevatori di animali diversi; CGUE, 15 settembre 1982, *caso Kind*, C-106/81, punto 22, il quale ricorda che “una disparità di trattamento (...) non può essere considerata una discriminazione vietata dall'art. 40, n. 3, del Trattato, a meno che si riveli arbitraria, cioè (...) priva di adeguata giustificazione e non fondata su criteri di natura obiettiva.” In dottrina, sul dubbio di compatibilità dell'esclusione degli enti indipendenti con l'art.20 della Carta, v. C. MEO, *Operatori digitali e licenze collettive nella direttiva 2019/790/UE: le licenze ad effetto esteso*, in AIDA, 2019, p. 275

¹⁴⁶ Il considerando 46 infatti afferma che: “Gli Stati membri dovrebbero poter mantenere e introdurre tali regimi conformemente alle loro tradizioni, prassi o circostanze nazionali, fatte salve le garanzie previste dalla presente direttiva e nel pieno rispetto del diritto dell'Unione e degli obblighi internazionali dell'Unione.”

La verifica dei requisiti richiesti dall'art.12 implica, però, apprezzamenti complessi, spesso di natura economica e organizzativa, che difficilmente possono essere rimessi alla sola valutazione dell'organismo interessato a concedere la licenza. Talvolta, l'assenza di un filtro preventivo rischia così di trasferire l'incertezza sugli utilizzatori, i quali potrebbero avviare un servizio digitale confidando nella validità della licenza estesa e trovarsi poi esposti a contestazioni da parte di titolari o *collecting societies*.

Per questa ragione, appare preferibile un modello di controllo *ex ante*, affidato ad esempio, a un'autorità di vigilanza del settore. Quest'obiettivo lo si può facilmente raggiungere estendendo forme di vigilanza già in vigore, come quella prevista dall'art. 36 della Direttiva (UE) 2014/26, che in Italia viene esercitata da AGCOM¹⁴⁷.

Tirando le somme, possiamo constatare come questo sistema, da solo, non sia in grado di offrire una risposta soddisfacente alle esigenze delle piattaforme di condivisione di contenuti online. I limiti principali sono di natura strutturale e in parte territoriale.

Da un lato, il recepimento dell'art.12 è rimesso alla scelta degli Stati membri, con la conseguenza che il meccanismo delle licenze estese potrebbe non essere disponibile in tutti gli ordinamenti dell'Unione o essere previsto solo per specifici settori di utilizzazione. Dall'altro, come già accennato, la direttiva sembra suggerire che l'effetto estensivo della licenza operi soltanto nel territorio dello Stato membro interessato. Se si seguisse quest'interpretazione, ne conseguirebbe che uno strumento pensato per agevolare l'uso massivo delle opere risulterebbe poco adatto rispetto a servizi, come quelli offerti dalle piattaforme online, i quali, per loro natura operano in una dimensione transfrontaliera.

Le licenze collettive estese possono, allora, certamente facilitare alcune forme di utilizzazione digitale circoscritte a singoli territori nazionali, ma non sembrano costruire una soluzione pienamente adeguata per la gestione autorizzatoria dei contenuti condivisi su piattaforme accessibili su scala europea o globale. Il loro contributo, dunque, va ridimensionato: esse possono concorrere a rendere più agevole

¹⁴⁷ C. MEO, *Operatori digitali e licenze collettive nella direttiva 2019/790/UE: le licenze ad effetto esteso*, in AIDA, 2019, p. 276

il sistema di licenze, ma non eliminano le difficoltà che l'art.17 pone rispetto alla necessità di coprire repertori vastissimi in ambienti digitali.¹⁴⁸

Il loro rilievo sistematico consiste piuttosto nel mostrare come, anche nella direttiva sul mercato unico digitale, la risposta ai problemi posti dalla circolazione delle opere online non sia affidata esclusivamente alla logica del controllo e della rimozione, ma anche alla costruzione di modelli negoziali capaci di rendere concretamente praticabile la diffusione remunerata delle opere dell'ingegno per mezzo di Internet.¹⁴⁹

3. La nozione di comunicazione al pubblico

Uno degli aspetti maggiormente innovativi introdotti dall'articolo 17 della Direttiva (UE) 2019/790 riguarda l'attribuzione ai prestatori di servizi di condivisione di contenuti online di un vero e proprio atto di comunicazione al pubblico. La portata di tale scelta normativa può essere adeguatamente compresa soltanto ricostruendo la nozione di comunicazione al pubblico elaborata dal diritto dell'Unione europea prima dell'adozione della Direttiva *copyright*.

L'articolo 17, infatti, non introduce una categoria giuridica completamente nuova, bensì si innesta su una nozione già presente nell'ordinamento europeo e disciplinata dall'art.3 Direttiva 2001/29/CE (cd. Direttiva InfoSoc). Quest'ultima riconosce agli autori il diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi comunicazione al pubblico delle proprie opere, comprendendovi anche la loro messa a disposizione in modo tale che ciascuno possa accedervi dal luogo e nel momento scelti individualmente. La

¹⁴⁸ In Italia il tema è stato oggetto di studio da parte dell'AGCOM: v. delibera 668/10/CONS, 17 dicembre 2010, in *Dir. Aut.*, 201 I, p.144 dove si afferma che le licenze estese potrebbero costituire una risposta alla tutela del diritto d'autore nei confronti delle attività di file sharing e di streaming; v. PAMPANIN, sub art. 4, in *Il regolamento AGCOM e il diritto d'autore*, in UBERTAZZI, 2014, p.253ss; v. anche, per es., la Proposta di legge *Modifiche alla legge 22 aprile 1941, n.633, in materia di comunicazione di opere al pubblico da parte di persone fisiche che scambiano archivi attraverso reti digitali per fini personali e senza scopo di lucro, nonché di riproduzione privata dei fonogrammi e videogrammi dalle medesime messi a disposizione del pubblico*, presentata il 29 aprile 2008, in cui si propone di introdurre nella legge italiana meccanismi di licenza collettiva estesa in materia di file sharing. Sul tema appare rilevante la riforma statunitense del Copyright Act posta in essere mediante l'adozione del Music Modernization Act nel 2018. Come già detto, viene affidato ad un'entità designata dal Register of Copyrights la concessione di licenze collettive per gli utilizzi delle opere musicali nei fonogrammi tramite attività di download o di streaming (s. 115(d) Copyright Act).

¹⁴⁹ C. MEO, *Operatori digitali e licenze collettive nella direttiva 2019/790/UE: le licenze ad effetto esteso*, in AIDA, 2019, p. 280

Direttiva *copyright* richiama, perciò, un concetto già esistente, adattandolo però alle peculiarità delle piattaforme digitali di condivisione dei contenuti online¹⁵⁰.

L'individuazione del significato della nozione di comunicazione al pubblico non è stata affidata dal legislatore europeo ad una definizione dettagliata. La Direttiva InfoSoc si limita infatti ad enunciare il diritto esclusivo dell'autore senza precisarne gli elementi costitutivi, delegando alla Corte di giustizia il compito di delinearne progressivamente i confini applicativi.

Così la giurisprudenza europea ha provveduto a costruire una nozione ampia e dinamica, sulla scia dell'obiettivo perseguito dalla Direttiva InfoSoc di garantire un elevato livello di protezione agli autori e ai titolari dei diritti¹⁵¹.

L'orientamento della Corte si fonda sull'idea che la nozione di comunicazione al pubblico debba ricevere un'interpretazione estensiva, proprio in ragione della funzione economica che essa svolge nel sistema del diritto d'autore. L'evoluzione delle tecnologie digitali ha infatti moltiplicato le modalità attraverso cui le opere possono essere rese accessibili agli utenti, imponendo un'interpretazione capace di adattarsi a forme di sfruttamento sempre nuove senza richiedere continui interventi legislativi¹⁵².

La centralità assunta dalla comunicazione al pubblico riflette, del resto, la profonda trasformazione intervenuta nelle modalità di sfruttamento economico delle opere dell'ingegno. Se fino a pochi anni fa ci si imbatteva esclusivamente nelle tradizionali forme di utilizzazione materiale, oggi hanno progressivamente assunto un ruolo predominante le modalità di sfruttamento immateriale, nelle quali l'opera non viene divulgata mediante il trasferimento di un supporto fisico, ma tramite un servizio che ne consente la fruizione da parte del pubblico. La diffusione di Internet e delle piattaforme digitali ha reso questo fenomeno ancora più evidente.

¹⁵⁰ Assume rilievo, in questo senso, il Considerando 64 Dir. (UE) 2019/790, il quale afferma che l'utilizzo della nozione di comunicazione al pubblico dell'art.17 "non pregiudica il concetto di comunicazione al pubblico o di messa a disposizione del pubblico in altri ambiti del diritto dell'Unione, né l'eventuale applicazione dell'articolo 3, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2001/29/CE ad altri prestatori di servizi che utilizzano contenuti protetti dal diritto d'autore"

¹⁵¹ Considerando 4 e 9 della Direttiva InfoSoc

¹⁵² Cfr. V.FALCE – N.M.F. FARAONE, *Spunti di diritto positivo sull'art.17 della direttiva copyright*, in *Rivista di diritto industriale*, n.1/202; A. PURPURA, *Osservazioni sul Digital Services Act: responsabilità e gestione del rischio nella prestazione di servizi intermediari*, in *Comparazione e diritto civile*, 2022, n. 3, pp. 1035 ss

È possibile osservare come il valore economico dell'opera si sia spostato dalla sua circolazione materiale alla possibilità di renderla accessibile ad una pluralità di destinatari in qualsiasi momento e da qualunque luogo¹⁵³.

Nel recepire il diritto esclusivo di comunicazione al pubblico, l'art.16, comma 1 della legge sul diritto d'autore italiana adotta una tecnica normativa diversa, elencando le diverse modalità tecniche tramite cui è possibile realizzare una comunicazione a un pubblico non presente. La disposizione stabilisce infatti che “il diritto esclusivo di comunicazione al pubblico su filo o senza filo dell'opera ha per oggetto l'impiego di uno dei mezzi di diffusione a distanza, quali il telegrafo, il telefono, la radio, la televisione ed altri mezzi analoghi e comprende la comunicazione al pubblico via satellite, la ritrasmissione, nonché le comunicazioni al pubblico codificate con condizioni particolari di accesso”¹⁵⁴.

Le differenti tecnologie richiamate dalla norma presentano un tratto comune, consistente nella natura diffusiva della comunicazione. In tali ipotesi, infatti, la trasmissione trae origine da un unico centro di emissione ed è destinata contemporaneamente ad una pluralità indeterminata di destinatari potenziali. La fruizione dell'opera è strettamente collegata al momento in cui la diffusione è in corso, poiché gli utenti possono accedere al contenuto esclusivamente durante lo svolgimento del processo trasmissivo¹⁵⁵.

Accanto alle tradizionali forme di diffusione, lo sviluppo delle tecnologie digitali e della rete Internet ha determinato l'affermazione di nuove modalità di comunicazione al pubblico. Alcuni servizi riproducono il modello classico della trasmissione punto-massa.¹⁵⁶ La rete ha favorito, tuttavia, anche l'emersione di una diversa modalità di fruizione dei contenuti, fondata non più sulla trasmissione simultanea ad una pluralità di utenti, bensì sull'iniziativa individuale del singolo destinatario. Nei *servizi on demand*, infatti, l'opera viene preventivamente resa disponibile sulla piattaforma e ciascun utente può accedervi autonomamente, scegliendo sia il luogo sia il momento

¹⁵³ M. BERTANI, A. COGO, PH. FABBIO, A. GENOVESE, A. OTTOLIA, *Lineamenti di diritto industriale. Concorrenza e proprietà intellettuale*, CEDAM, Wolters Kluwer, Padova, 2024, p.560 ss.

¹⁵⁴ Art. 16, comma 1, legge n.633/1941

¹⁵⁵ M. BERTANI, A. COGO, PH. FABBIO, A. GENOVESE, A. OTTOLIA, *Lineamenti di diritto industriale. Concorrenza e proprietà intellettuale*, CEDAM, Wolters Kluwer, Padova, 2024, p.560 ss.

¹⁵⁶ Come avviene nel caso del *webcasting*, attraverso il quale programmi televisivi o radiofonici vengono diffusi online mantenendo la struttura propria della radiodiffusione tradizionale, ma con una potenziale estensione geografica più ampia.

della fruizione. La comunicazione non dipende più da un flusso trasmissivo unitario, ma si realizza in risposta alla richiesta formulata dal singolo utilizzatore.

In questa prospettiva si colloca la parte finale dell'art.16, comma 1, la quale precisa che “il diritto esclusivo di comunicazione al pubblico [...] comprende, altresì, la messa a disposizione del pubblico dell'opera in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente”¹⁵⁷.

La giurisprudenza della Corte di giustizia ha individuato due elementi costitutivi che devono concorrere affinché possa configurarsi una comunicazione al pubblico: l'esistenza di un atto di comunicazione dell'opera e la destinazione di tale comunicazione ad un pubblico. Tra i requisiti devono sussistere cumulativamente e costituiscono ancora oggi il punto di riferimento fondamentale nell'interpretazione dell'articolo 3 della Direttiva InfoSoc e conseguentemente anche dell'articolo 17 della Direttiva *Copyright*¹⁵⁸.

Con riferimento al primo elemento, la Corte ha progressivamente adottato una nozione particolarmente ampia di “atto di comunicazione”¹⁵⁹. Esso comprende “qualunque trasmissione dell'opera ad un pubblico non presente nel luogo in cui essa ha inizio così come qualunque atto idoneo a consentire un accesso diretto all'opera a distanza”¹⁶⁰. Non è quindi necessario che l'opera venga effettivamente fruita dagli utenti: è sufficiente che essa sia posta nella condizione di poter essere accessibile ad una pluralità di destinatari. In questo senso, come già emerso dall'analisi della disciplina italiana, la comunicazione comprende non soltanto le tradizionali forme di trasmissione tramite diffusione, ma anche la messa a disposizione *on demand*,

¹⁵⁷ Art. 16, comma 1, legge n.633/1941

¹⁵⁸ CGUE, 31 maggio 2016, causa C-117/15, *Reha Training Gesellschaft für Sport- und Unfallrehabilitation mbH c. Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte eV*, punto 37; CGUE, 8 settembre 2016, causa C-160/15, *GS Media BV c. Sanoma Media Netherlands BV e altri*, punto 32; CGUE, 19 novembre 2015, causa C-325/14, *SBS Belgium NV c. Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers (“SABAM”)*, punto 15.

¹⁵⁹ CGUE, 13 febbraio 2014, causa C-466/12, *N. Svensson, S. Sjögren, M. Sahlman, P. Gadd c. Retriever Sverige AB*, punto 17, dove si ribadisce che “per quanto riguarda il primo di tali elementi, ossia l'esistenza di un «atto di comunicazione», tale nozione deve essere intesa in senso ampio”.

¹⁶⁰ M. BERTANI, A. COGO, PH. FABBIO, A. GENOVESE, A. OTTOLIA, *Lineamenti di diritto industriale. Concorrenza e proprietà intellettuale*, CEDAM, Wolters Kluwer, Padova, 2024, p.560 ss.

caratterizzata dalla possibilità per ciascun utente di accedere all'opera nel momento e dal luogo scelti individualmente¹⁶¹.

La Corte ha precisato che non ogni intervento tecnico all'interno della catena di trasmissione può essere qualificato come atto di comunicazione. Il considerando 27 della Direttiva InfoSoc esclude espressamente che la mera fornitura di attrezzature fisiche idonee a rendere possibile una comunicazione integri di per sé una comunicazione al pubblico.

Grazie a questa precisazione, è possibile distinguere gli operatori che svolgono un ruolo meramente strumentale da quelli che intervengono direttamente nel processo di diffusione dell'opera assumendo una funzione imprescindibile rispetto all'accesso del pubblico.

Tale principio emerge con particolare evidenza nella sentenza cd. *Filmspeler*¹⁶², relativa alla commercializzazione di un lettore multimediale sul quale erano state preventivamente installate estensioni (*add-ons*) contenenti collegamenti verso siti Internet che diffondevano opere protette senza l'autorizzazione dei titolari dei diritti. La Corte ha escluso che il venditore si limitasse a fornire un semplice supporto tecnico, osservando come l'intero sistema fosse stato predisposto proprio per consentire agli acquirenti di accedere agevolmente a contenuti illecitamente diffusi.¹⁶³ In tale contesto l'intervento dell'operatore risultava imprescindibile ai fini dell'accesso alle opere e pertanto integrava un atto di comunicazione al pubblico.

Analogo percorso argomentativo è stato seguito nella nota pronuncia cd. *The Pirate Bay*¹⁶⁴, concernente la vicenda di una piattaforma di indicizzazione di *file torrent*. Anche in questo caso la Corte ha escluso che i gestori svolgessero un'attività meramente passiva o neutrale. Nonostante le opere fossero materialmente caricate dagli utenti, la piattaforma organizzava sistematicamente i contenuti, li classificava, li indicizzava e metteva a disposizione strumenti di ricerca idonei a facilitarne il

¹⁶¹ Art 3 Direttiva InfoSoc; Considerando 23 e 25 Direttiva InfoSoc; M. BERTANI, A. COGO, PH. FABBIO, A. GENOVESE, A. OTTOLIA, *Lineamenti di diritto industriale. Concorrenza e proprietà intellettuale*, op. cit. ; V.FALCE-N.M.F. FARAONE, *Spunti di diritto positivo sull'art.17 della direttiva copyright*, op.cit.

¹⁶² CGUE, 26 aprile 2017, causa C-527/15, *Stichting Brein c. Jack Frederik Wullems* ("Filmspeler");

¹⁶³ *Ibidem*. Si veda punto 50 e 52.

¹⁶⁴ CGUE, 14 giugno 2017, causa C-610/15, *Stichting Brein v. Ziggo e XS4ALL Internet* ("The Pirate Bay")

reperimento. Tutte queste attività, unite alla consapevolezza dell'utilizzo illecito del servizio, sono state ritenute sufficienti per configurare un ruolo determinante nella comunicazione delle opere al pubblico¹⁶⁵.

L'altro elemento imprescindibile è rappresentato dall'esistenza di un pubblico, nozione anch'essa progressivamente definita dalla giurisprudenza europea.¹⁶⁶ Secondo un orientamento ormai consolidato, per pubblico deve intendersi un numero indeterminato di destinatari potenziali, purché sufficientemente rilevante e non meramente trascurabile.¹⁶⁷ L'accertamento non deve essere compiuto considerando esclusivamente il numero delle persone che abbiano concretamente fruito dell'opera, bensì avuto riguardo alla platea potenzialmente raggiungibile dalla comunicazione. Inoltre, quando l'attività si protragga nel tempo o sia suscettibile di reiterarsi, occorre tener conto anche dell'effetto cumulativo derivante dalla successione degli utenti che possono accedere all'opera. Si pensi, ad esempio, al caso di una compagnia aerea che diffonda musica di sottofondo a bordo dei propri aeromobili: nella valutazione dell'esistenza di un pubblico non assume rilievo soltanto il numero dei passeggeri presenti su un singolo volo, ma anche il fatto che il vettore operi contemporaneamente numerose tratte e che i viaggiatori si avvicinino costantemente sui diversi collegamenti.

L'insieme di tali circostanze determina una platea complessiva di destinatari ben più ampia di quella rilevabile in un dato momento.¹⁶⁸ Considerazioni analoghe valgono con riferimento alle strutture ricettive. Nel caso della diffusione di programma radiotelevisivi all'interno di un albergo, infatti, la comunicazione è potenzialmente rivolta non soltanto agli ospiti presente nelle singole camere, ma anche a coloro che frequentano gli spazi comuni. A ciò si aggiunge il continuo ricambio della clientela, che comporta un progressivo ampliamento del numero delle persone raggiunte dalla comunicazione nel corso del tempo¹⁶⁹. Per questa ragione, nella verifica del requisito

¹⁶⁵ *Ibidem*. Si veda punti 36 e 38.

¹⁶⁶ *Ex plurimis*, tra le pronunce in argomento, si vedano CGUE, causa C-610/15, *The Pirate Bay*, cit., punti 27 e 41; CGUE, causa C-527/15, *FilmSpeler*, cit., punti 44-46; CGUE, causa C-160/15, *GS Media*, cit., punto 36.

¹⁶⁷ M. BERTANI, A. COGO, PH. FABBIO, A. GENOVESE, A. OTTOLIA, *Lineamenti di diritto industriale. Concorrenza e proprietà intellettuale*, CEDAM, Wolters Kluwer, Padova, 2024, p.560 ss

¹⁶⁸ CGUE, 20 aprile 2023, cause riunite C-775/21 e C-826/21, *Blue Air Aviation*; M. BERTANI, A. COGO, PH. FABBIO, A. GENOVESE, A. OTTOLIA, *Lineamenti di diritto industriale. Concorrenza e proprietà intellettuale*, CEDAM, Wolters Kluwer, Padova, 2024, p.560 ss

¹⁶⁹ CGUE, 7 dicembre 2006, causa C-306/05, *SGAE*

del pubblico, la giurisprudenza considera la platea dei destinatari nella sua dimensione complessiva e potenziale, anziché limitarsi ai soli utenti presenti in un determinato istante.

La combinazione di questi due elementi (ossia l'atto di comunicazione e la destinazione di tale atto a un pubblico) ha consentito alla Corte di giustizia di elaborare una nozione sufficientemente elastica da adattare all'evoluzione delle tecnologie digitali e dei modelli economici della rete. Al tempo stesso, però, la varietà delle situazioni concrete sottoposte al suo esame ha reso necessario affiancare ai due requisiti fondamentali ulteriori criteri interpretativi, destinati a guidare il giudice nella valutazione delle singole fattispecie. Attraverso tali parametri, la giurisprudenza europea ha progressivamente affinato la nozione di comunicazione al pubblico, individuando gli elementi che consentono di distinguere le ipotesi in cui l'intervento dell'operatore realizza un'effettiva utilizzazione economica dell'opera da quelle in cui esso si esaurisce nella mera predisposizione di strumenti tecnici. Saranno proprio tali criteri ad assumere un ruolo decisivo nella successiva evoluzione della disciplina della responsabilità delle piattaforme digitali e, infine, nell'elaborazione dell'articolo 17 della Direttiva *Copyright*.

In particolare, la Corte attribuisce particolare rilievo all'elemento della consapevolezza dell'attività svolta¹⁷⁰.

L'intervento del prestatore deve, perciò, essere caratterizzato dalla piena cognizione delle conseguenze del proprio comportamento, nel senso che egli deve rendersi conto di star consentendo o facilitando l'accesso ad opere protette, non essendo, tuttavia, necessario che vi sia una sua concreta intenzione di violare il diritto d'autore. Occorre evidenziare come questo profilo rivesta una particolare importanza nell'ambiente

¹⁷⁰ In questo senso CGUE, 14 giugno 2017, causa C-610/15, *Stichting Brein v. Ziggo e XS4ALL Internet* ("The Pirate Bay"), cit., punto 26: "(...) la Corte ha messo in evidenza, in primo luogo, il ruolo imprescindibile dell'utente e il carattere intenzionale del suo intervento. Tale utilizzatore realizza infatti un atto di comunicazione quando interviene, con piena cognizione delle conseguenze del suo comportamento, per dare ai suoi clienti accesso a un'opera protetta, in particolare quando, in mancanza di questo intervento, tali clienti non potrebbero, o potrebbero solo con difficoltà, fruire dell'opera diffusa"; CGUE, 26 aprile 2017, causa C-527/15, *Stichting Brein c. Jack Frederik Wullems* ("Filmspeler"), punto 31.

digitale, dove la stessa attività tecnica può assumere significati diversi a seconda del contesto nella quale viene esercitata¹⁷¹.

Un'ulteriore criterio progressivamente valorizzato dalla giurisprudenza europea è rappresentato dalle finalità lucrative perseguita dall'operatore. Pur non costituendo un elemento essenziale della comunicazione al pubblico, lo scopo di lucro assume una significativa rilevanza indiziaria nella valutazione della condotta del prestatore. La Corte ha infatti osservato che chi trae un vantaggio economico dall'attività svolta è normalmente indotto a verificare con maggiore attenzione la liceità dei contenuti ai quali consente l'accesso, con la conseguenza che la finalità commerciale rafforza la presunzione di consapevolezza circa l'eventuale carattere illecito della comunicazione¹⁷².

Tale principio ha trovato una delle sue applicazioni più significative nella sentenza GS Media¹⁷³, avente ad oggetto la pubblicazione di collegamenti ipertestuali verso fotografie diffuse online senza il consenso del titolare dei diritti. La Corte ha distinto la posizione del soggetto che inserisce *hyperlink* senza finalità lucrative da quella dell'operatore che agisce nell'ambito di un'attività economica. In questa ultima ipotesi, si presume che il prestatore abbia effettuato le verifiche necessarie circa la liceità della pubblicazione originaria dell'opera. Ne consegue che il collocamento del collegamento ipertestuale, qualora rinvia a contenuti illecitamente pubblicati, può integrare una comunicazione al pubblico, salvo che l'operatore riesca a dimostrare di ignorare senza colpa l'illiceità della pubblicazione originaria.

La soluzione adottata in GS Media evidenzia come la finalità lucrative non costituisca un autonomo requisito della comunicazione al pubblico, ma piuttosto uno degli elementi che consentono di accertare il grado di coinvolgimento dell'operatore nella diffusione dell'opera. In tal modo, La Corte introduce una presunzione relativa di conoscenza destinata ad operare nei confronti dei soggetti che esercitano professionalmente attività economiche fondate sulla circolazione dei contenuti digitali,

¹⁷¹ V. FALCE – N.M.F. FARAONE, *Spunti di diritto positivo sull'art.17 della direttiva copyright*, op. cit.; M. BERTANI, A. COGO, PH. FABBIO, A. GENOVESE, A. OTTOLIA, *Lineamenti di diritto industriale. Concorrenza e proprietà intellettuale*, op. cit.

¹⁷² CGUE, *Filmspeler*, op. cit. punto 51; CGUE, *The Pirate Bay*, op. cit. punto 46; V.FALCE – N.M.F. FARAONE op. cit.

¹⁷³ CGUE, 8 settembre 2016, causa C-160/15, *GS Media BV c. Sanoma Media Netherlands BV* e altri

contribuendo ad adattare la disciplina del diritto d'autore alle peculiarità dell'economia delle piattaforme¹⁷⁴.

La ricostruzione fin qui delineata dimostra come la nozione di comunicazione al pubblico non possa essere ricondotta ad un criterio esclusivamente tecnico. L'attenzione della Corte si concentra piuttosto sul ruolo concretamente svolto dall'operatore nella diffusione dell'opera e sul contributo causalmente rilevante apportato alla sua accessibilità.

Proprio da tale imposizione hanno preso progressivamente forma ulteriori criteri interpretativi, tra i quali assumono particolare rilievo le nozioni di pubblico nuovo e di diverso mezzo tecnico, elaborate dalla giurisprudenza per distinguere l'ipotesi di mera facilitazione dell'accesso da quelle in cui si realizza una nuova comunicazione dell'opera al pubblico.

Secondo la Corte, ricorre un “pubblico nuovo” quando la successiva comunicazione dell’opera è destinata a una categoria di destinatari che non era stata presa in considerazione dal titolare dei diritti al momento dell’autorizzazione originaria.

Tale principio ha trovato una delle sue prime applicazioni nella nota sentenza *Svensson*¹⁷⁵, avente ad oggetto la pubblicazione di collegamenti ipertestuali (*hyperlink*) verso articoli giornalistici liberamente accessibili sul sito dell’editore. La Corte ha escluso che l’inserimento del collegamento costituisse una nuova comunicazione al pubblico, osservando che le opere erano già state legittimamente rese disponibili su Internet e risultavano quindi accessibili all’intera generalità degli utenti della rete. Il collegamento ipertestuale, pertanto, non accresceva la platea di destinatari originariamente presa in considerazione dagli autori e non richiedeva una nuova autorizzazione.

La soluzione muta, invece, quando il collegamento consente di aggirare limitazioni predisposte dal titolare dei diritti. Se l’accesso all’opera è originariamente riservato ad una determinata categoria di utenti e il *link* permette di eludere tali restrizioni, la successiva comunicazione raggiunge inevitabilmente un pubblico diverso da quello

¹⁷⁴ CGUE, 8 settembre 2016, C-160/15, *GS Media BV c. Sanoma Media Netherlands BV*, punti 47 e 53; cfr. anche PURPURA, op. cit.

¹⁷⁵ CGUE, 13 febbraio 2014, causa C-466/12, *N. Svensson c. Retriever sverige AB*, causa C-466/12, punti 24-28

inizialmente autorizzato, integrando così una comunicazione al pubblico. La Corte ha quindi chiarito che il criterio del “pubblico nuovo” deve essere sempre valutato tenendo conto delle modalità attraverso cui il titolare aveva originariamente deciso di mettere l’opera a disposizione del pubblico¹⁷⁶.

Accanto alla nozione di pubblico nuovo, la giurisprudenza europea ha elaborato un ulteriore parametro fondato sul diverso mezzo tecnico impiegato per la comunicazione. Quando un’opera viene trasmessa mediante una tecnologia differente rispetto a quella utilizzata nella comunicazione originaria, la nuova diffusione richiede sempre l’autorizzazione del titolare dei diritti, indipendentemente dall’esistenza di un pubblico nuovo. Ciò si spiega in quanto il mutamento del mezzo tecnico determina una nuova modalità di sfruttamento dell’opera distinta da quella inizialmente autorizzata¹⁷⁷.

La distinzione tra pubblico nuovo e diverso mezzo tecnico è stata progressivamente affinata in una pluralità di pronunce.

Nella sentenza *ITV Broadcasting*, relativa alla ritrasmissione via Internet di programmi televisivi originariamente diffusi mediante rete terrestre, la Corte ha ritenuto che la diversa tecnologia impiegata fosse sufficiente, di per sé, a configurare una nuova comunicazione al pubblico, senza che fosse necessario verificare l’esistenza di un pubblico effettivamente nuovo¹⁷⁸. Allo stesso modo la sentenza *cd. SGAE*¹⁷⁹ ha posto in evidenza come la ritrasmissione delle opere in un contesto differente rispetto a quello originariamente autorizzato potesse integrare una nuova comunicazione suscettibile di autonoma autorizzazione.

L’elaborazione di tali criteri testimonia la volontà della Corte di preservare il contenuto economico del diritto esclusivo di comunicazione al pubblico, evitando che nuove modalità di diffusione delle opere possano sottrarsi al controllo del titolare semplicemente sfruttando l’evoluzione tecnologica.

¹⁷⁶ CGUE, *Svensson*, op. cit.; CGUE, 21 ottobre 2014, causa C-348/13, *BestWater International GmbH*.

¹⁷⁷ Cfr. CGUE, 7 marzo 2013, causa C-607/11, *ITV Broadcasting Ltd c. TVCatchup Ltd*

¹⁷⁸ *Ibidem*. Si veda punto 39.

¹⁷⁹ CGUE, 7 dicembre 2006, *SGAE c. Rafael Hoteles SA*, causa C-306/05

Allo stesso tempo, tuttavia, la giurisprudenza europea ha costantemente ricercato un punto di equilibrio con le esigenze proprie dell'ambiente digitale, evitando di attribuire rilievo automatico ad ogni intervento che renda più agevole l'accesso ai contenuti disponibili in rete.

Sotto questo profilo risulta emblematica la già ricordata sentenza *GS Media*, nella quale la Corte ha affrontato il problema della liceità degli *hyperlink* diretti verso opere pubblicate online senza il consenso del titolare dei diritti. Diversamente da quanto affermato in *Svensson*, la questione non riguardava l'individuazione del pubblico raggiunto dalla comunicazione, bensì la circostanza che l'opera fosse stata originariamente diffusa in assenza di autorizzazione. La Corte ha ritenuto necessario bilanciare la tutela del diritto d'autore con il ruolo fondamentale svolto dai collegamenti ipertestuali della struttura stessa di *Internet*, evitando che la semplice attività di collegamento venga sistematicamente assoggettata all'autorizzazione dei titolari dei diritti¹⁸⁰.

La soluzione adottata si fonda nuovamente sul criterio della conoscenza dell'illiceità della pubblicazione originaria.

Qualora il collegamento venga inserito senza finalità lucrative e l'autore del *link* non fosse ragionevolmente a conoscenza dell'illiceità della pubblicazione, non si configura una comunicazione al pubblico. Diversamente, se il collegamento è inserito nell'ambito di un'attività economica, la finalità lucrativa giustifica una presunzione di conoscenza dell'illiceità, con la conseguenza che l'operatore è tenuto a verificare preventivamente la legittimità della fonte cui rinvia¹⁸¹.

Tale orientamento evidenzia come la nozione di comunicazione al pubblico sia divenuta progressivamente uno strumento di bilanciamento tra interessi contrapposti. Da un lato, permane l'esigenza di assicurare ai titolari dei diritti un'effettiva tutela contro nuove forme di sfruttamento delle opere; dall'altro, occorre evitare che un'applicazione eccessivamente estensiva dei diritti di esclusiva finisca per

¹⁸⁰ CGUE, 8 settembre 2016, C-160/15, *GS Media BV c. Sanoma Media Netherlands BV*, punti 31-45

¹⁸¹ CGUE, 8 settembre 2016, C-160/15, *GS Media BV c. Sanoma Media Netherlands BV*, punti 47-53.

compromettere il normale funzionamento della rete Internet e della libera circolazione delle informazioni¹⁸².

L'applicazione della nozione di comunicazione al pubblico alle piattaforme che ospitano contenuti caricati dagli utenti ha posto problemi ulteriori rispetto a quelli emersi in materia di collegamenti ipertestuali o di servizi espressamente concepiti per agevolare l'accesso a opere illecitamente diffuse. Nel caso delle piattaforme di condivisione, infatti, l'atto materiale di caricamento è normalmente compiuto dall'utente, mentre il gestore mette a disposizione l'infrastruttura attraverso cui il contenuto viene memorizzato, organizzato e reso accessibile. Occorre quindi stabilire se la comunicazione dev'essere imputata esclusivamente all'utente oppure anche al prestatore del servizio, in ragione del contributo fornito alla diffusione dell'opera.

La questione è stata affrontata nelle cause riunite C-682/18 e C-683/18, nelle note controverse YouTube e Cyando, decise dalla Corte di giustizia il 22 giugno 2021. Le stesse riguardavano, rispettivamente, una piattaforma di condivisione di video e un servizio di archiviazione e condivisione di file. Poiché i fatti erano anteriori alla Direttiva (UE) 2019/790, la Corte ha esaminato la posizione dei gestori sulla base dell'art.3, par.1 della Direttiva InfoSoc e della disciplina allora vigente, senza applicare il nuovo regime speciale dell'art.17¹⁸³.

Già nelle conclusioni presentate il 16 luglio 2020, l'Avvocato generale Saugmandsgaard Øe aveva proposto di distinguere nettamente la condotta dell'utente da quella del gestore. Quando un contenuto protetto viene caricato su una piattaforma e reso accessibile nel luogo e nel momento scelti dai destinatari, si realizza indubbiamente una messa a disposizione del pubblico. Secondo tale ricostruzione, tuttavia, l'autore diretto della comunicazione è, in linea di principio, l'utente, poiché è quest'ultimo a selezionare l'opera, a decidere di caricarla e ad avviare il processo che conduce alla sua diffusione.

¹⁸² A. PURPURA, *Osservazioni sul Digital Services Act: responsabilità e gestione del rischio nella prestazione di servizi intermediari*, op. cit.

¹⁸³ M. BERTANI, A. COGO, PH. FABBIO, A. GENOVESE, A. OTTOLIA, *Lineamenti di diritto industriale. Concorrenza e proprietà intellettuale*, op. cit.

Il prestatore si limita ad offrire gli strumenti tecnici necessari alla memorizzazione e all'accesso e non assume per ciò solo il ruolo imprescindibile richiesto dalla giurisprudenza per imputargli direttamente l'atto di comunicazione¹⁸⁴.

Una simile conclusione non comportava, però, la completa irresponsabilità del gestore. L'avvocato generale distingueva la responsabilità diretta per l'esercizio del diritto esclusivo dalla possibile responsabilità secondaria derivante dall'agevolazione consapevole degli illeciti commessi dagli utenti. Quest'ultima non sarebbe discesa automaticamente dall'art.3 della Direttiva InfoSoc, ma avrebbe dovuto essere valutata secondo le regole nazionali della responsabilità civile¹⁸⁵.

La distinzione si avvicina alla ricostruzione già accolta dalla giurisprudenza italiana, secondo cui il *provider* può concorrere nell'illecito dell'utente quando il suo comportamento, commissivo od omissivo, contribuisca causalmente alla produzione o alla protrazione del danno¹⁸⁶.

La Corte di giustizia ha adottato una soluzione articolata, rifiutando sia l'automatica imputazione al gestore di ogni contenuto caricato dagli utenti, sia una sua aprioristica estraneità alla comunicazione. L'accertamento deve essere svolto sulla base di una valutazione individualizzata, nella quale assumono rilievo le concrete modalità di gestione del servizio.

Questa impostazione rende evidente la differenza tra le piattaforme esaminate nelle cause YouTube e Cyando e i servizi oggetto delle precedenti sentenze FilmSpeler e The Pirate Bay. In queste ultime controversie, la struttura del servizio e la condotta degli operatori rivelavano un intervento volto a facilitare intenzionalmente l'accesso a opere condivise senza autorizzazione. Nel caso delle piattaforme di condivisione generaliste, invece, il servizio poteva essere impiegato tanto per usi leciti quanto per attività

¹⁸⁴ Conclusioni dell'Avvocato generale Henrik Saugmandsgaard Øe, presentate il 16 luglio 2020 nelle cause riunite C-682/18 e C-683/18, in particolare sul ruolo dell'utente nell'avvio della comunicazione; cfr. V. FALCE – N.M.F. FARAONE, *Spunti di diritto positivo sull'art.17 della direttiva copyright*, op. cit.

¹⁸⁵ Secondo l'Avvocato Generale (al punto 93), “[d]i conseguenza, tali gestori non possono essere considerati direttamente responsabili, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, nel caso in cui soggetti terzi mettano opere protette a disposizione del pubblico, tramite le loro piattaforme, senza autorizzazione preventiva dei titolari di diritti e senza che sia applicabile un'eccezione o una limitazione. Questa conclusione non esclude che possa derivarne, per i suddetti gestori, una forma di responsabilità secondaria. Tale questione deve essere tuttavia esaminata alla luce delle norme in materia di responsabilità civile previste dagli Stati membri”

¹⁸⁶ Cass., Sez. I, n. 7708/2019

illecite, per cui la comunicazione al pubblico non poteva essere imputata al gestore in modo generalizzato, ma soltanto in presenza di indici concreti di partecipazione consapevole all'illecito.

In questo contesto trova spazio l'art.17 della Direttiva (UE) 2019/790. La disposizione compie una scelta normativa diversa rispetto all'approccio individualizzato elaborato sulla base dell'art.3 della Direttiva InfoSoc. Essa stabilisce direttamente che, per la specifica categoria degli *Online Content Sharing Service Provider*, il prestatore realizza un atto di comunicazione al pubblico o di messa a disposizione del pubblico quando concede l'accesso a opere o ad altri materiali protetti caricati dagli utenti. Non occorre, dunque dimostrare di volta in volta che la piattaforma abbia assunto un ruolo imprescindibile secondo i criteri sviluppati nella giurisprudenza anteriore; la qualificazione discende dalla legge, purché il servizio possieda i requisiti soggettivi e funzionali previsti dall'art.2, n.6, della Direttiva¹⁸⁷.

L'art.17 positivizza, in questo modo, una qualificazione che il diritto previgente subordinava a un esame concreto del comportamento dell'operatore. La piattaforma rientrante nella definizione di OCSSP non è più considerata solo il luogo tecnico nel quale si realizza la comunicazione avviata dall'utente, ma diviene essa stessa soggetto dell'atto di comunicazione, con il conseguente obbligo di acquisire l'autorizzazione dei titolari dei diritti. La licenza ottenuta dal prestatore può, inoltre, coprire gli atti compiuti dagli utenti che non agiscano su base commerciale o la cui attività non produca ricavi significativi, costruendo così un meccanismo nel quale la responsabilità della piattaforma e la posizione dell'utente sono regolate in maniera coordinata¹⁸⁸.

La scelta legislativa produce conseguenze rilevanti anche sul piano del regime di responsabilità. Una volta qualificata l'attività dell'OCSSP come comunicazione al pubblico, la piattaforma non può invocare, per tali atti, l'esenzione prevista dall'art.14 della Direttiva *e-commerce*. In assenza di autorizzazione, essa risponde della messa a disposizione illecita dei contenuti, salvo che dimostri il rispetto delle condizioni cumulative previste dall'art.17, paragrafo 4.

¹⁸⁷ Art. 17, par. 1, e art. 2, n. 6, Direttiva (UE) 2019/790; in Italia, art. 102-sexies, comma 1 e 3, l. n. 633/1941

¹⁸⁸ Art. 17, par. 2, Direttiva (UE) 2019/790; art. 102-sexies, comma 4, l. aut: M. BERTANI, A. COGO, PH. FABBIO, A. GENOVESE, A. OTTOLIA, *Lineamenti di diritto industriale. Concorrenza e proprietà intellettuale*, op. cit.

La nozione di comunicazione al pubblico costituisce il presupposto logico dell'intero sistema: è perché il prestatore viene considerato autore di un atto riservato che su di esso gravano l'obbligo di ottenere una licenza e, in mancanza, gli specifici doveri di cooperazione con i titolari dei diritti¹⁸⁹.

Ne emerge una relazione di continuità e, al contempo, di discontinuità rispetto all'elaborazione giurisprudenziale precedente. La continuità risiede nel rilievo attribuito al ruolo economico e organizzativo delle piattaforme, alla loro capacità di favorire l'accesso ai contenuti e al vantaggio tratto dalla loro diffusione. La discontinuità consiste, invece, nell'abbandono, per gli OCSSP, della necessità di dimostrare caso per caso un intervento intenzionale e imprescindibile nella singola violazione. Il legislatore anticipa tale valutazione sul piano della definizione normativa del servizio e collega alla presenza dei relativi requisiti l'imputazione dell'atto di comunicazione, prendendo atto del fatto che l'organizzazione, la promozione e la valorizzazione lucrativa dei contenuti caricati dagli utenti non possono essere ridotte alla mera fornitura di apparecchiature fisiche.

In definitiva, l'art.17 non crea una nozione generale di comunicazione al pubblico alternativa a quella dell'art.3 della Direttiva InfoSoc, ma introduce una sua applicazione speciale alle piattaforme di condivisione.

4. I “massimi sforzi” come clausola generale di responsabilità delle piattaforme

Nel nuovo assetto delineato dall'art.17 della direttiva (UE) 2019/790, la responsabilità dei prestatori di servizi di condivisione di contenuti online non è più costruita, soltanto, attorno alla logica dell'intervento successivo alla segnalazione dell'illecito, ma viene ancorata a un più complesso sistema di obblighi di condotta, il cui baricentro è rappresentato dalla formula dei “massimi sforzi”.

¹⁸⁹ Art. 17, parr. 3 e 4, Direttiva (UE) 2019/790. Sulla relazione tra qualificazione dell'atto, autorizzazione e nuovo regime di responsabilità; cfr. V. FALCE – N.M.F. FARAONE, *Spunti di diritto positivo sull'art.17 della direttiva copyright*, op. cit; M. BERTANI, A. COGO, PH. FABBIO, A. GENOVESE, A. OTTOLIA, *Lineamenti di diritto industriale. Concorrenza e proprietà intellettuale*, op. cit.

La disposizione, infatti, consente alla piattaforma di andare esente da responsabilità per gli atti di comunicazione al pubblico o di messa a disposizione del pubblico di opere protette caricate dagli utenti solo ove essa dimostri, cumulativamente, “di aver compiuto i massimi sforzi per ottenere un’autorizzazione” dai titolari dei diritti; “di aver compiuto, secondo elevati standard di diligenza professionale di settore, i massimi sforzi per assicurare che non siano disponibili opere e altri materiali specifici” per i quali le piattaforme abbiano ricevuto notizia da parte dei titolari dei diritti; nonché, una volta ricevuta una segnalazione sufficientemente motivata, “di aver agito tempestivamente per disabilitarne l’accesso o rimuovere dai loro siti web le opere o altri materiali oggetto di segnalazione e aver compiuto i massimi sforzi per impedirne il caricamento in futuro”¹⁹⁰.

A ciò si aggiunge il criterio di valutazione contenuto nel paragrafo 5, che impone di apprezzare il rispetto di tali obblighi alla luce del principio di proporzionalità, tenendo conto, fra l’altro, della tipologia e della dimensione del servizio, del pubblico raggiunto, della tipologia delle opere caricate dagli utenti, nonché della disponibilità e del costo degli strumenti adeguati ed efficaci¹⁹¹.

La scelta legislativa di fare ricorso alla formula dei “massimi sforzi” non appare casuale.

Essa segnala la difficoltà di tradurre in una regola rigida e uniforme un fenomeno che, per sua natura, si presenta estremamente variabile: i servizi di condivisione differiscono per dimensioni, struttura economica, tipologia di contenuti ospitati, strumenti tecnici disponibili, incidenza delle licenze praticabili e rischio di interferenza con gli usi leciti degli utenti.

In un contesto simile, una disciplina fondata su precetti puntuali e predeterminati avrebbe probabilmente finito per risultare o eccessivamente severa o, all’opposto, troppo permissiva. Da qui la decisione del legislatore europeo di non tipizzare *ex ante* il comportamento dovuto in modo analitico, ma di ricorrere a una formula elastica, destinata a essere concretizzata caso per caso.

¹⁹⁰ Art. 17, par. 4, lett. a), b) e c), Dir. (UE) 2019/790

¹⁹¹ Art. 17, par 5, lett. a) e b), Dir. (UE) 2019/790

L'impiego dei “*best efforts*” rivela la consapevolezza del legislatore circa l'impraticabilità di una regola rigida e la necessità di affidare al giudice la valutazione dell'impegno esigibile dal prestatore nelle circostanze concrete¹⁹².

È allora sul terreno della qualificazione della formula che emerge il profilo più rilevante. I “massimi sforzi” non designano una prestazione determinata in modo puntuale dal legislatore, né indicano una sequenza chiusa di atti che il prestatore dovrebbe compiere per sottrarsi a responsabilità. Essi rinviando, piuttosto, a uno *standard* di comportamento indeterminato, il cui contenuto deve essere precisato attraverso un giudizio di concretizzazione. In questa prospettiva, la formula può essere letta come clausola generale¹⁹³: una previsione che non risolve direttamente il caso, ma rimette all'interprete la costruzione della regola applicabile alla luce delle circostanze concrete e dei principi che governano la materia.

Infatti, la clausola dei “massimi sforzi” affida al giudice il compito di stabilire, in concreto, se il comportamento tenuto dal prestatore sia o meno conforme allo *standard* richiesto dalla direttiva¹⁹⁴.

In linea generale, le clausole generali operano quando il legislatore rinuncia a delineare rigidamente la fattispecie e l'effetto, preferendo demandare all'interprete la selezione del criterio di giudizio e la costruzione della regola operativa.

¹⁹² Cfr. F. ASTONE, *Direttiva sul diritto di autore e clausole generali. A proposito della condivisione non autorizzata di contenuti*, in AIDA 2019, p. 143

¹⁹³ La letteratura sulle clausole generali è praticamente sterminata e, nel corso dell'intero Novecento, ha animato un dibattito di particolare ricchezza e suggestione, ferme le pratiche conseguenze, di assoluto rilievo, che gli atteggiamenti di maggiore apertura ovvero di intransigente diffidenza comportavano nella decisione dei singoli casi almeno astrattamente risolvibili attraverso il ricorso ad una clausola generale. In Italia, dopo l'interesse già manifestato all'inizio del secolo (è notissima la definizione di POLACCO, *Le cabale del mondo legale*, in Atti del Regio Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti, Reale Istituto, Venezia, 1908, dove si parla delle clausole generali come degli «organi respiratori» dell'ordinamento giuridico), è stato soprattutto tra gli anni Sessanta e Settanta che il dibattito si è sviluppato. Negli ultimi due decenni, al dibattito sulle clausole generali è subentrato quello sui principi costituzionali, ormai al centro dell'attenzione e capace di ispirare tutte le soluzioni concrete. Segnalo, inoltre, la definizione proposta da V. VELLUZZI, in *Le clausole generali, Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010, secondo cui la nozione di clausola generale ingloba al suo interno ogni “termine o sintagma di natura valutativa caratterizzato da indeterminatezza, per cui il significato di tali termini o sintagmi non è determinabile (o detto altrimenti le condizioni di applicazione del termine o sintagma non sono individuabili) se non facendo ricorso a criteri, parametri di giudizio, interni e/o esterni al diritto tra loro potenzialmente concorrenti”.

¹⁹⁴ Cfr. F. ASTONE, *Direttiva sul diritto di autore e clausole generali. A proposito della condivisione non autorizzata di contenuti*, in AIDA 2019, P. 143

Esse, infatti, implicano un percorso argomentativo nel quale assumono rilievo il contesto, gli interessi coinvolti, i principi di riferimento e la funzione sistematica dell'istituto. La clausola generale, in altri termini, non fornisce all'interprete una soluzione già contenuta nella norma, ma lo vincola a elaborarla e motivarla, attraverso un giudizio di valore controllabile sul piano della ragionevolezza e della coerenza sistematica¹⁹⁵.

Applicata all'art.17, questa chiave di lettura consente di cogliere un punto essenziale: la direttiva non si limita a imporre alla piattaforma di adoperarsi per ottenere l'autorizzazione o per contrastare gli illeciti, ma introduce un criterio di responsabilizzazione graduabile, destinata a variare in relazione al tipo di prestatore, al servizio offerto, ai mezzi concretamente disponibili e all'intensità del sacrificio che può ragionevolmente pretendersi.¹⁹⁶ Ne deriva che il giudizio sul rispetto dei "massimi sforzi" non può ridursi alla verifica formale dell'esistenza di una qualche iniziativa del prestatore, ma richiede di stabilire se, nel caso concreto, l'insieme delle misure adottate sia adeguato rispetto all'obiettivo perseguito dalla norma e coerente con il livello di diligenza professionale richiesto. È proprio questo passaggio a segnare la distanza tra una disciplina formulata in termini di obblighi specifici e tassativi e una disciplina costruita intorno a un parametro elastico di comportamento.

La natura di clausola generale dei "massimi sforzi" emerge, inoltre, dal tipo di ragionamento che la disposizione impone. Se il legislatore europeo avesse individuato in modo puntuale le condotte esigibili (ad esempio, imponendo un elenco chiuso di misure tecniche, procedure di licenza o protocolli di controllo), il sindacato giudiziale si sarebbe concentrato sulla verifica di tali adempimenti. La formula adottata dall'art.17, invece, non consente un simile automatismo. Essa presuppone un giudizio più complesso, fornendo all'interprete una direttiva di valutazione, che dev'essere riempita di contenuto. Il ragionamento richiesto al giudice è, dunque, di natura induttiva, fermo che la soluzione a cui perverrà non deve essere frutto della mera

¹⁹⁵ M. BERTANI, *La concretizzazione delle clausole generali sulla proprietà intellettuale*, in AIDA 2021, p. 26 ss.

¹⁹⁶ Anche il Considerando 66 Dir. (UE) 2019/790 suggerisce una valutazione caso per caso: "Ai fini di tale valutazione, occorre prendere in considerazione una serie di elementi, quali le dimensioni del servizio, l'evoluzione dello stato dell'arte dei mezzi esistenti, compresi i potenziali sviluppi futuri, per evitare la disponibilità di diversi tipi di contenuti e il costo di tali mezzi per i servizi. Mezzi diversi per evitare la disponibilità di contenuti non autorizzati protetti dal diritto d'autore potrebbero essere appropriati e proporzionati a seconda del tipo di contenuto".

sensibilità valoriale dello stesso, ma gli *standard* valutativi impiegati devono trovare corrispondenza nei principi generali dell'ordinamento giuridico, i quali, anche nel momento in cui non siano enunciati secondo la tecnica normativa delle clausole generali¹⁹⁷, a loro volta sono formulati con ricorso a termini elastici e indeterminati, al fine di poter essere applicati a un numero adeguatamente ampio di casi concreti¹⁹⁸.

Quanto affermato è particolarmente significativo poiché l'art.17 colloca la clausola dei "massimi sforzi" in un settore nel quale il bilanciamento tra interessi contrapposti è strutturalmente inevitabile.

In primis, vi è l'interesse dei titolari dei diritti a ottenere una tutela effettiva contro la diffusione non autorizzata dei contenuti protetti; in secondo luogo, vi sono la libertà d'impresa del prestatore, i costi organizzativi e tecnologici connessi all'adozione di misure di controllo, nonché l'esigenza di non compromettere gli usi leciti delle opere da parte degli utenti. Proprio per questo, l'art. 17 al quinto paragrafo, introduce un criterio di valutazione imperniato sulla proporzionalità, che opera come parametro di concretizzazione della clausola: non si tratta di accertare se il prestatore abbia raggiunto un risultato assoluto di eliminazione del rischio, ma di verificare se abbia adottato, nelle condizioni date, tutte le misure ragionevolmente esigibili in relazione alla struttura del servizio e agli strumenti disponibili.

Sotto il profilo linguistico, la stessa espressione "massimi sforzi" potrebbe risultare fuorviante se letta in senso puramente letterale. La traduzione italiana rischia, infatti, di evocare un livello di impegno prossimo all'impossibilità oggettiva, mentre il sintagma anglosassone "*best efforts*" è stato tradizionalmente inteso in modo differente. La prassi più recente di area anglosassone, la quale per anni con la formula "*best efforts*" alludeva a uno *standard* particolarmente elevato, tende oggi ad attenuare la distinzione tra *best efforts* e *reasonable efforts*, valorizzando in concreto un unico

¹⁹⁷ In ogni caso, i principi si distinguono dalle clausole generali non per la struttura normativa tramite la quale vengono sanciti, ma per il loro carattere sovraordinato (costituzionale). Cfr ASTONE, op. cit.

¹⁹⁸ M. BERTANI, *La concretizzazione delle clausole generali sulla proprietà intellettuale*, in AIDA 2021, p. 29; Cfr. S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in Riv. Crit. Dir. Priv. 1987, p. 721, secondo la quale le clausole generali sono destinate ad operare nell'ambito segnato dai principi; Cfr. G. D'AMICO, *Principi costituzionali e clausole generali: problemi (e limiti) nella loro applicazione nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)* in Id. (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 49 ss.

criterio di ragionevolezza sotteso a entrambe le clausole.¹⁹⁹ Trasposto nel contesto dell'art.17, ciò significa che il massimo sforzo richiesto alla piattaforma non può essere inteso come pretesa di un impegno assoluto e illimitato, ma dev'essere calibrato secondo il principio di proporzionalità richiamato al paragrafo 5. Detto altrimenti, dovrebbe essere preferito il riferimento a “uno sforzo adeguato e ragionevole rispetto agli interessi delle due parti”²⁰⁰, piuttosto che uno sforzo massimo, concretamente inesigibile dalla piattaforma.

La clausola, in altri termini, non autorizza né una lettura meramente simbolica dell'obbligo, né una ricostruzione che trasformi la piattaforma nel garante assoluto dell'assenza di contenuti illeciti.

La prima soluzione svuoterebbe la funzione della norma, riducendo i “massimi sforzi” a una formula di stile incapace di indirizzare realmente la condotta del prestatore. La seconda, invece, finirebbe per imporre un onere astrattamente illimitato, incompatibile con la struttura stessa della disposizione, la quale subordina la valutazione del comportamento del *provider* a fattori di contesto, come la disponibilità di strumenti adeguati e, in particolare, la disponibilità delle risorse economiche necessarie.

Del resto, anche la disciplina di recepimento italiana conferma, almeno in parte, la centralità del problema relativo alla concretizzazione della clausola. La legge di delegazione²⁰¹ aveva chiesto al Governo di definire le attività di cui all'art.17 par. 4, con particolare riguardo al livello di diligenza richiesto per ritenere integrato il criterio dei “massimi sforzi”, facendo riferimento al principio di ragionevolezza²⁰².

¹⁹⁹ v., ad es., *LTV Aerospace and Defense Co. v. Thomson* (In re Chateaugay), 198 B.R. 848 (S.D.N.Y. 1996), nella cui motivazione si legge che «even in the face of a best efforts clause, however, a party is entitled to give reasonable consideration to its own interests in determining an appropriate course of action to reach the desired result. A party may thus exercise discretion, within its good faith business judgment, in devising a strategy for achieving its ultimate goal».

²⁰⁰ F. ASTONE, *Direttiva sul diritto di autore e clausole generali. A proposito della condivisione non autorizzata di contenuti*, in AIDA 2019, P. 153

²⁰¹ Art. 9, Legge 22 aprile 2021, n. 53, recante “*Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2019-2020*”

²⁰² Il principio di ragionevolezza ha tradizionalmente occupato un ruolo importante nei giudizi di costituzionalità sia nazionale che europea, v. ad esempio il Quaderno predisposto daò servizio studi della Corte costituzionale – I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle Corti Europee, Roma, 2013; anche M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf

Il legislatore nazionale, nel nuovo art.102-septies l. aut., ha poi integrato il testo relativo allo sforzo richiesto per ottenere l'autorizzazione con un riferimento alle migliori pratiche del settore, secondo il principio di ragionevolezza e proporzionalità. Al di là dei problemi che questa scelta solleva sul piano dell'allineamento con la direttiva (allorché sancisce un “principio di ragionevolezza” a cui attenersi come parametro-guida, anziché “di proporzionalità”), essa conferma che il punto decisivo non è la descrizione analitica di singole misure doverose, ma la definizione del livello di diligenza esigibile dal prestatore nel caso concreto²⁰³.

In conclusione, la nozione di “massimi sforzi” rappresenta il fulcro della nuova architettura di responsabilità introdotta dall'art.17, ma non può essere intesa come formula autosufficiente o auto significante. Il suo significato emerge solo se la si colloca nella logica delle clausole generali: quella di strumenti normativi che rinunciano alla rigidità della fattispecie tipica per affidare all'interprete la concretizzazione della regola, sulla base dei principi che governano la materia e le circostanze del caso. Nel contesto dei prestatori di servizi di condivisione online, ciò si traduce in un giudizio che non mira a verificare l'adempimento di un catalogo di doveri chiuso, ma l'effettiva adeguatezza dell'assetto organizzativo e delle misure adottate dalla piattaforma. È precisamente su questo terreno che i “massimi sforzi” si rivelano non solo come criterio di esonero dalla responsabilità, ma anche come clausola generale di responsabilizzazione del prestatore, destinata a prendere forma, di volta in volta, attraverso il filtro della proporzionalità, della diligenza professionale e del necessario bilanciamento tra tutela del diritto d'autore, libertà d'impresa e libertà degli utenti.

²⁰³ F. ASTONE, *Direttiva sul diritto di autore e clausole generali. A proposito della condivisione non autorizzata di contenuti*, in AIDA 2019, P. 153.;

4.1 Il contenuto dei “massimi sforzi”: autorizzazione, indisponibilità dei contenuti e prevenzione dei caricamenti futuri

Questa impostazione consente anche di chiarire come il sindacato sul rispetto dei “massimi sforzi” non coincida con un controllo di mera buona volontà della piattaforma, né con una valutazione astratta della sua generale affidabilità. Ciò che il giudice è chiamato a verificare è, piuttosto, l’adeguatezza delle condotte tenute in rapporto alla specifica finalità che la singola previsione dell’art.17 persegue. Diverso è, infatti, lo scopo dello sforzo richiesto per ottenere un’autorizzazione (art.17, par.4, lett. a), rispetto a quello imposto per impedire la disponibilità di specifici contenuti segnalati (lett. b) o per prevenire il loro caricamento in futuro (lett. c). La medesima formula lessicale ricorre nelle tre lettere del paragrafo 4, ma il suo contenuto non può essere identico in ogni contesto: esso dev’essere ricostruito tenendo conto della funzione della singola obbligazione e del momento in cui essa si colloca nel rapporto tra titolare dei diritti e prestatore. Proprio per questo, i “massimi sforzi” non possono essere trattati come un blocco unitario e indistinto, ma devono essere analizzati distinguendo almeno tra il versante negoziale dell’autorizzazione e il versante preventivo-repressivo del controllo sulla disponibilità dei contenuti.

Da questo punto di vista, la clausola dei “massimi sforzi” finisce per svolgere una funzione sistematica più ampia di quella, pur rilevante, di semplice criterio di esonero della responsabilità. Infatti, l’art.17 impone al prestatore di conformare la propria attività a uno *standard* di condotta professionalmente qualificato, la cui misura sarà verificata *ex post*, alla luce delle risorse disponibili, della struttura del servizio, delle informazioni ricevute dai titolari e dell’incidenza delle misure adottate sui diritti e sugli interessi coinvolti. È in questa prospettiva che la formula “massimi sforzi” può essere compresa come clausola generale di responsabilità delle piattaforme: non una regola puntuale, ma un criterio di imputazione fondato sulla verifica concreta dell’adeguatezza della condotta del prestatore all’interno di un quadro normativo governato dalla proporzionalità.

a) i “massimi sforzi” per ottenere un’autorizzazione: il versante negoziale della responsabilità

La prima direttrice è rappresentata dall’obbligo, posto dalla lettera a), di dimostrare di aver compiuto i massimi sforzi per ottenere un’autorizzazione dai titolari dei diritti. Si tratta di un profilo centrale, perché esprime con particolare evidenza la scelta di fondo compiuta dalla direttiva: spostare il baricentro del sistema dal modello puramente reattivo della rimozione dei contenuti a un modello fondato, in via prioritaria, sulla licenza.

In questo senso, il ricorso ai *best efforts* non opera come mero correttivo del regime di responsabilità, ma come strumento attraverso cui il legislatore europeo tenta di rendere concretamente praticabile l’assetto autorizzatorio designato dall’art.17.

La piattaforma non è chiamata semplicemente a reagire all’illecito una volta che esso si è manifestato; le si richiede, piuttosto, di attivarsi in via preventiva sul piano negoziale, ricercando accordi che consentano la comunicazione al pubblico delle opere caricate dagli utenti.²⁰⁴

La direttiva non pretende l’ottenimento “a tutti i costi” dell’autorizzazione, ma esige che il prestatore dimostri di aver posto in essere un’attività negoziale seria, effettiva e coerente con la struttura del servizio e con il mercato di riferimento. Proprio perché la clausola è costruita in termini di “sforzi” e non di risultato, il suo adempimento non coincide con la conclusione della licenza, ma con la prova di un suo comportamento diligente nell’attivazione dei canali di negoziazione con i titolari dei diritti o con gli organismi che li rappresentano.

La rilevanza di questo profilo è evidente, soprattutto nei contesti in cui il repertorio delle opere utilizzate è estremamente ampio e frammentato, e nei quali la possibilità di ottenere autorizzazioni complete dipende anche dall’esistenza di strumenti collettivi di gestione dei diritti, di repertori centralizzati e di assetti negoziali sufficientemente strutturati.²⁰⁵

²⁰⁴ Vedi par. 2.2 sul ruolo della licenza

²⁰⁵ Cfr. C. MEO, *Operatori digitali e licenze collettive nella direttiva 2019/790/UE: le licenze ad effetto esteso*, in AIDA, 2019

Ne consegue che, sul versante dell'autorizzazione, i “massimi sforzi” si traducono in un obbligo di attivazione negoziale qualificata, il cui contenuto dovrà essere apprezzato in relazione a elementi quali la dimensione della piattaforma, la tipologia dei contenuti normalmente caricati, il grado di organizzazione del mercato licenziatario e la concreta accessibilità di accordi ragionevolmente idonei a coprire gli usi rilevanti. Una piattaforma di grandi dimensioni, stabilmente attiva nella valorizzazione di contenuti protetti e dotata di un modello economico fondato proprio sulla circolazione, sarà naturalmente chiamata a un livello di iniziativa molto più elevato di quello esigibile da un operatore minore o di recente ingresso sul mercato.

Sotto questo profilo, il criterio di proporzionalità di cui al paragrafo 5 svolge una funzione decisiva: esso impedisce tanto di degradare l'obbligo a un adempimento puramente formale, quanto di trasformarlo in un dovere illimitato di negoziare con qualsiasi titolare, indipendentemente dalla concreta praticabilità dell'accordo.²⁰⁶

Va aggiunto che questo primo segmento della clausola dei “massimi sforzi” assume una funzione sistematica di rilievo anche sotto un altro profilo. Esso mostra che la responsabilità delle piattaforme, nell'art.17, non è costruita esclusivamente attorno alla rimozione di contenuti illeciti già presenti online, ma investe l'organizzazione complessiva del servizio e il modo in cui il prestatore predispone il proprio rapporto con i titolari dei diritti.

L'obbligo di attivarsi per ottenere licenze incide, infatti, sulla struttura del modello di *business*, sulle politiche di *clearance* dei diritti, sulla selezione degli interlocutori negoziali e più in generale, sulla capacità della piattaforma di dotarsi di un assetto contrattuale coerente con il volume di contenuti che intende ospitare e rendere disponibili al pubblico. È anche in questo senso che la clausola dei “massimi sforzi” assume i tratti di una clausola generale di organizzazione della responsabilità, prima ancora che di un mero parametro di valutazione dell'illecito.²⁰⁷

²⁰⁶ F. ASTONE, *Direttiva sul diritto di autore e clausole generali. A proposito della condivisione non autorizzata di contenuti*, in AIDA 2019

²⁰⁷ Anche in considerazione del passaggio da un hosting neutrale a una responsabilità più “organizzativa”. V. paragrafo 3 cap. 1; in questo senso anche F. FAGLIA, *La Corte di giustizia e l'enforcement algoritmico del diritto d'autore*, in AIDA 2022, p.735

b) I “massimi sforzi” per assicurare l’indisponibilità dei contenuti e il rilievo delle informazioni fornite dai titolari

La seconda direttrice, prevista dalla lettera b), presenta una fisionomia diversa.

Qui il prestatore, in mancanza di autorizzazione, deve dimostrare di aver compiuto, secondo elevati *standard* di diligenza professionale di settore, i massimi sforzi per assicurare che non siano disponibili opere o altri materiali specifici per i quali i titolari abbiano fornito le informazioni pertinenti e necessarie. Il dato testuale è importante per almeno due ragioni.

In primo luogo, esso collega espressamente l’obbligo non solo alla formula dei “massimi sforzi”, ma anche a un parametro ulteriore, costituito dagli elevati *standard* di diligenza professionale di settore.

In secondo luogo, delimita l’oggetto dell’intervento del prestatore a quei contenuti specifici, individuati sulla base delle informazioni fornite dai titolari dei diritti. Già da questi elementi emerge come la disposizione configuri un obbligo di prevenzione circoscritto, che presuppone un’attivazione del titolare dei diritti e una successiva risposta organizzativa da parte del prestatore.

Si tratta di un punto di equilibrio importante, perché evita che la lett. b) venga interpretata come fondamento di una sorveglianza generalizzata, incompatibile con il divieto di monitoraggio indiscriminato²⁰⁸ e con la necessità di preservare gli usi leciti delle opere²⁰⁹.

Il contenuto dell’obbligo, dunque, non è separabile dalla qualità della cooperazione informativa prestata dal titolare dei diritti: quanto più le informazioni ricevute saranno precise, attendibili e tecnicamente utilizzabili, tanto più elevato potrà essere il livello di sforzo esigibile dalla piattaforma nel prevenire la disponibilità dei contenuti segnalati.²¹⁰

²⁰⁸ Di cui all’art. 15 Dir. 2000/31/CE

²⁰⁹ Considerando 70 Dir. (UE) 2019/790, il quale sancisce che: “Le misure adottate dai prestatori di servizi di condivisione di contenuti online in cooperazione con i titolari dei diritti non dovrebbero pregiudicare l’applicazione di eccezioni o limitazioni al diritto d’autore, in particolare quelle intese a garantire la libertà di espressione degli utenti.”

²¹⁰ In questo senso, F. FAGLIA, *La Corte di giustizia e l’enforcement algoritmico del diritto d’autore*, in AIDA 2022, p.726 ss.

La lettera b), dunque, si colloca in una zona intermedia tra il modello autorizzatorio della lettera a) e il meccanismo di *notice and take down* della lettera c). Essa non presuppone ancora, in senso stretto, la presenza di un contenuto già segnalato e da rimuovere in concreto, ma impone alla piattaforma di organizzarsi in modo da evitare la disponibilità di opere o materiali specificamente individuati dai titolari.

In questa logica il “massimo sforzo” richiesto non si misura tanto sulla singola rimozione, quanto sulla predisposizione di un assetto tecnico e procedurale capace di intercettare i contenuti segnalati prima o nel momento della loro messa a disposizione. È qui che la clausola dei *best efforts* mostra la sua maggiore vicinanza all’idea di responsabilità organizzativa: ciò che si valuta non è solo la reazione a un illecito già verificatosi, ma la capacità della piattaforma di strutturare il proprio servizio in modo da ridurre il rischio di disponibilità di contenuti già identificati dai titolari come non autorizzati.

c) I “massimi sforzi” nella rimozione tempestiva e nella prevenzione del nuovo caricamento.

La terza direttrice è rappresentata dalla lettera c), che impone al prestatore, dopo aver ricevuto una segnalazione sufficientemente motivata, di agire tempestivamente per disabilitare l’accesso ai materiali contestati o rimuoverli dai propri siti web, nonché di compiere i massimi sforzi per impedirne il caricamento futuro conformemente alla lettera b). Questa previsione è, per certi aspetti, quella che più immediatamente richiama il modello tradizionale di *notice and take down*; al tempo stesso, però, se ne distacca in modo significativo, poiché non si esaurisce nell’obbligo di rimuovere il contenuto segnalato, ma collega la rimozione a un ulteriore dovere di prevenzione della sua reiterazione (cd. *stay down*). L’intervento richiesto alla piattaforma, dunque, non è soltanto reattivo, ma si proietta anche sul futuro, imponendo di evitare che il medesimo materiale torni ad essere caricato, recependo quegli orientamenti giurisprudenziali che si erano formati in coda alla vigenza della Direttiva *e-commerce*.

La struttura della lettera c) è significativa perché mette in luce una continuità funzionale tra il segmento repressivo dell'art.17 e quello preventivo. La direttiva non considera sufficiente una reazione puntuale e isolata, ma richiede che il prestatore tragga da quella segnalazione le conseguenze necessarie per impedire che il medesimo materiale riappaia sulla piattaforma.

La clausola dei “massimi sforzi” permette di non leggere l’obbligo in termini assoluti. La direttiva non pretende che la piattaforma garantisca in modo infallibile l’impossibilità di ogni successivo caricamento, né la trasforma nel custode di un risultato impossibile. Essa deve semplicemente dimostrare di aver adottato tutte le misure esigibili, alla luce degli strumenti disponibili e delle informazioni ricevute, per evitare la reiterazione della violazione.

La prevenzione del nuovo caricamento, dunque, non coincide con una responsabilità oggettiva per ogni nuova condivisione del contenuto, ma con l’obbligo di predisporre un sistema di risposta coerente con il livello di diligenza professionale richiesto.

L’analisi delle tre lettere dell’art.17, paragrafo 4, consente di comprendere come lo stesso non introduca un generico dovere di “fare il possibile”, ma costruisca un modello graduato di cooperazione e responsabilità, nel quale la piattaforma è chiamata a dimostrare, di volta in volta, di aver agito in modo adeguato al segmento dell’obbligo concretamente rilevante.

È proprio questa differenziazione interna a rendere necessario un successivo approfondimento sul terreno più delicato dell’intera disciplina: quello del rapporto tra i *best efforts* e gli strumenti di controllo automatizzato dei contenuti. In particolare, è la lettera b), con il suo riferimento all’indisponibilità dei contenuti specificamente indicati dai titolari, a porre il problema del ruolo degli strumenti di filtraggio e, più in generale, del rischio che la concretizzazione dei “massimi sforzi” si traduca in un sistema di *enforcement* algoritmico incompatibile con il divieto di sorveglianza generale e con la tutela degli usi leciti. È stato proprio questo argomento ad aver misurato, in modo più preciso, la reale portata della clausola generale introdotta dall’art.17.

5. Sistemi di *enforcement*: l'obbligo di *upload filtering* e il rischio di *overblocking*

L'effettività della tutela del diritto d'autore nell'ambiente digitale dipende in larga misura dagli strumenti attraverso i quali gli intermediari della rete sono chiamati a cooperare con i titolari dei diritti nella prevenzione e nella rimozione delle violazioni. In tale prospettiva si collocano i cd. sistemi di *enforcement*, ossia quei meccanismi che attribuiscono ai prestatori di servizi della società dell'informazione un ruolo attivo nell'individuazione, nella rimozione o nella prevenzione della diffusione online di contenuti illeciti. Tali modelli si fondano sulla collaborazione tra il titolare del diritto e il *provider* e si differenziano principalmente in relazione all'intensità dell'attività richiesta all'intermediario e al conseguente grado di interferenza con la libertà di espressione degli utenti. Essi sono ricondotti nell'ambito dei più ampi meccanismi di *notice and action*, espressione con la quale si indicano tutte le procedure che consentono di contrastare la permanenza online di contenuti illeciti mediante il coinvolgimento del prestatore del servizio²¹¹.

All'interno di questa categoria possono essere individuati tre modelli principali, collocabili lungo un ideale *continuum* di crescente intensità dell'intervento richiesto al *provider*: il *notice and take down*, il *notice and stay down* e l'*upload filtering*. Ciò che distingue tali sistemi non è solo il diverso momento in cui interviene l'attività del prestatore, ma soprattutto la diversa distribuzione tra titolare dei diritti e piattaforma dell'onere di monitorare i contenuti e prevenire la reiterazione delle violazioni.

²¹¹ Cfr. Comunicazione della Commissione europea, *Un quadro coerente per rafforzare la fiducia nel mercato unico digitale del commercio elettronico e dei servizi on-line*, 11 gennaio 2012, COM(2011) dove alla nota 49 si legge che "(t)he notice and action procedures are those followed by the intermediary internet providers for the purpose of combating illegal content upon receipt of notification. The intermediary may, for example, take down illegal content, block it, or request that it be voluntarily taken down by the persons who posted it online"; M. MONTAGNANI, *Internet, contenuti illeciti e responsabilità degli intermediari*, Egea, Milano, 2018, p. 116

Nel tradizionale modello di *notice and take down*²¹², il titolare del diritto individua il contenuto ritenuto illecito e ne richiede la rimozione mediante una specifica segnalazione. Il *provider* è quindi chiamato ad intervenire esclusivamente rispetto al materiale concretamente indicato nella *notice*. Più incisivo risulta, invece, il sistema di *notice and stay down*, nel quale, una volta ricevuta la segnalazione e rimosso il contenuto, l'intermediario deve adoperarsi affinché lo stesso materiale, o contenuti ad esso identici o sostanzialmente equivalenti, non vengano nuovamente caricati sulla piattaforma. L'*upload filtering*, infine, rappresenta il modello maggiormente avanzato di cooperazione preventiva, poiché richiede al prestatore di predisporre strumenti idonei a impedire la disponibilità di contenuti protetti già nella fase del caricamento, sulla base delle informazioni preventivamente fornite dai titolari dei diritti.

Quest'ultimo sistema assume particolare rilievo perché rappresenta l'innovazione più significativa introdotta dalla Direttiva *Copyright*²¹³ e costituisce la concreta modalità attraverso cui trovano attuazione gli obblighi di prevenzione e i "massimi sforzi" richiesti ai prestatori di servizi di condivisione di contenuti online. Proprio per tale ragione è opportuno soffermarsi più diffusamente sul suo funzionamento e sui limiti individuati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

La lettera b) dell'art.17, paragrafo 4 della Direttiva *Copyright*, pur non menzionando espressamente l'*upload filtering*, presuppone che il prestatore possa essere chiamato ad adottare misure idonee a impedire che determinate opere o materiali, previamente indicati dai titolari dei diritti mediante informazioni pertinenti e necessarie, siano resi disponibili sulla piattaforma.

²¹² Con riferimento all'ordinamento italiano ed al dibattito circa la configurazione o meno di un obbligo di take down in capo all'hosting provider a seguito di una segnalazione inviata da un soggetto privato che derivi dall'art. 16 d.lgs. n. 70/2003 v. M. L. MONTAGNANI, *Internet, contenuti illeciti e responsabilità degli intermediari*, cit., 100 e 101. Sul sistema di notice and take down disciplinato nell'ordinamento USA v. PETRUSO, *Responsabilità degli intermediari di Internet e nuovi obblighi di conformazione: robo-takedown, policy of termination, notice and take steps*, cit., 415 ss; L. ANSELMi, *La Corte di giustizia sul caso YouTube, avanti (ma non troppo) con giudizio*, in AIDA 2021, p. 602 ss.

²¹³ In realtà, è un modello di cooperazione con i titolari che nella prassi veniva già impiegato dalle grandi piattaforme di condivisione ed era desumibile in via interpretativa dall'art.3 dir. 2001/29/CE e dalle discipline nazionali in materia di responsabilità aquiliana. Nel precedente capitolo è stato analizzato il ruolo della giurisprudenza, nello specifico quella nazionale, la quale aveva configurato in capo alle piattaforme un obbligo di stay down analogo a quello previsto dall'art.17 dir. (UE) 2019/790. In dottrina, v. A. COGO, *Online content sharing platforms as users of copyrighted contents*, in AIDA 2020, p.74, dove l'A. commenta l'art.17 dir. (UE) 2019/790 e sottolinea che "matters that might have been deemed to be already harmonized, and therefore falling within the reach of the nomophylactic function of the Court, are given a legislative solution".

Proprio tale previsione ha alimentato il timore che i “massimi sforzi” possano tradursi, nella prassi, in un obbligo generalizzato di filtraggio preventivo dei contenuti caricati dagli utenti. Tuttavia, una simile lettura non appare compatibile né con l’art.17, par.8, che esclude espressamente l’imposizione di un obbligo di sorveglianza, né con l’impianto complessivo della disposizione, costruito sul bilanciamento tra tutela dei titolari, libertà d’impresa delle piattaforme e diritti degli utenti.

Assume rilievo decisivo la sentenza della Corte di giustizia riguardo la controversia intercorsa tra la Repubblica di Polonia, Parlamento europeo e il Consiglio dell’Unione europea, nella quale la Corte ha riconosciuto la compatibilità dell’art.17 con la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, ma soltanto a condizione che gli obblighi posti a carico dei prestatori siano interpretati in modo da preservare gli usi leciti e da evitare forme di controllo generalizzato. La pronuncia consente di ricavare un criterio interpretativo particolarmente importante: il filtraggio preventivo può operare, in linea generale, solo rispetto ai contenuti la cui illiceità risulti manifesta alla luce delle informazioni fornite dai titolari dei diritti.²¹⁴ Quando, invece, sussista un ragionevole dubbio circa la liceità del contenuto caricato, il prestatore non può essere tenuto a impedirne automaticamente la messa a disposizione, poiché ciò comporterebbe il rischio di sacrificare indebitamente la libertà di espressione degli utenti e gli utilizzi consentiti da eccezioni o limitazioni al diritto d’autore²¹⁵.

Tale ricostruzione consente di precisare anche il contenuto degli elevati *standard* di diligenza professionale di settore. Non è possibile ricavare dagli stessi un obbligo a carico della piattaforma di effettuare un’autonoma valutazione giuridica sulla liceità di ogni contenuto caricato dagli utenti. Al contrario, secondo l’interpretazione

²¹⁴ Il criterio della manifesta illiceità come limite alla diligenza richiesta alla piattaforma trova riscontro sul piano legislativo nell’art.14 dir. 2000/31/CE e attualmente nell’art.6 del reg. UE 2022/2065. Si ritiene necessario che il medesimo criterio vada applicato anche al meccanismo di *upload filtering*, che per sua natura richiede una maggior tutela della libertà d’espressione degli utenti.

²¹⁵ CGUE, C-401/19, *caso Repubblica di Polonia c. Parlamento europeo*, punto 86, dove la Corte afferma che “un sistema di filtraggio che rischi di non distinguere adeguatamente tra un contenuto illecito e un contenuto lecito, sicché il suo impiego potrebbe avere come risultato di bloccare comunicazioni aventi un contenuto lecito, sarebbe incompatibile con il diritto alla libertà di espressione e d’informazione, garantito all’articolo 11 della Carta, e non rispetterebbe il giusto equilibrio tra quest’ultimo e il diritto di proprietà intellettuale.” Dunque, la Corte non richiede alla piattaforma l’adozione di strumenti idonei a riconoscere contenuti illeciti in situazioni dubbie, anzi, la piattaforma deve prestare maggior attenzione a non bloccare i contenuti leciti in tali circostanze; in tal senso anche CGUE 16 febbraio 2012, C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) c. Netlog NV*, punto 50.

ricavabile dalla giurisprudenza della Corte, lo *standard* professionale deve essere valorizzato con riferimento alla qualità e all'adeguatezza delle misure adottate, non alla trasformazione del prestatore in un giudice preventivo della liceità dei contenuti.²¹⁶ Il parametro di diligenza potrà dunque riguardare, ad esempio, la precisione con cui gli strumenti impiegati riescono a individuare i materiali sulla base delle informazioni ricevute dai titolari, oppure la capacità del sistema di intercettare determinate tipologie di opere protette. Non può invece giustificare l'imposizione di un dovere generalizzato di apprezzamento giuridico autonomo del contesto, delle eccezioni applicabili o della finalità dell'uso compiuto dall'utente²¹⁷.

La conseguenza più rilevante è che il blocco preventivo dovrebbe riguardare, di regola, soltanto i contenuti identici o equivalenti a quelli segnalati dai titolari dei diritti.²¹⁸ In tali ipotesi, infatti, l'attività richiesta alla piattaforma conserva un carattere prevalentemente tecnico: il sistema può confrontare il contenuto caricato con il materiale di riferimento fornito dal titolare e impedire la disponibilità di ciò che coincide con esso o ne riproduce elementi in modo sostanzialmente equivalente. Poiché, in questi casi, la possibilità che ricorrano eccezioni o limitazioni al diritto

²¹⁶ In questo senso F. FAGLIA, *La Corte di giustizia e l'enforcement algoritmico del diritto d'autore*, in AIDA 2022; V. FALCE – N.M.F. FARAONE i quali osservano che “gli altri caricamenti, che non risultassero in palese violazione del diritto d'autore, dovrebbero in linea di principio, essere disponibili online”.

²¹⁷ CGUE, op. cit., punto 90, dove la Corte sottolinea che, in ragione del paragrafo 8 dell'art.17 dir. (UE) 2019/790 “i fornitori di tali servizi non possono essere tenuti a prevenire il caricamento e la messa a disposizione del pubblico di contenuti la constatazione della cui illecità richiederebbe, da parte loro, una valutazione autonoma del contenuto alla luce delle informazioni fornite dai titolari di diritti nonché di eventuali eccezioni e limitazioni al diritto d'autore”; V. anche CGUE, 3 ottobre 2019, Glawischnig-Piesczek, C-18/18, EU:C:2019:821, punti da 41 a 4

²¹⁸ In questo senso v. QUINTAIS, FROSIO, VAN GOMPEL, HUGENHOLTZ, HUSOVEC, JUTTE e SENFTLEBEN, *Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations From European Academics*, 11 novembre 2019, 4, accessibile all'URL <https://ssrn.com/abstract=3484968>, dove gli AA. specificano altresì che la nozione di “equivalente” dev'essere intesa in senso restrittivo; S. DUSOLLIER, *The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market: Some Progress, a Few Bad Choices, and an Overall Failed Ambition*, in *Common Market Law Review*, IV, 2020, 1020, accessibile all'URL <https://ssrn.com/abstract=3695839>; G. FROSIO, *Reforming the C-DSM Reform: A User-Based Copyright Theory for Commonplace Creativity* (November 14, 2019). Centre for International Intellectual Property Studies (CEIPI) Research Paper No. 2019-12, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3500722> dove l'A. specifica che dovrebbero considerarsi esclusi dall'ambito di applicazione dell'obbligo di upload filtering anche contenuti qualificabili come sostanzialmente simili a quelli forniti dai titolari, poiché anche l'individuazione di questi ultimi richiederebbe al provider di compiere una valutazione autonoma; conclusioni dell'avvocato generale Saugmandsgaard Øe, punti 201-203.

d'autore appare normalmente ridotta, il rischio di bloccare contenuti leciti risulta sensibilmente inferiore.

Diverso è il caso dei contenuti modificati, combinati con altri materiali o comunque rielaborati dagli utenti: in queste ipotesi, che potremmo definire “usi complessi”²¹⁹, la valutazione della liceità richiede spesso un apprezzamento del contesto, della finalità espressiva e dell'eventuale applicabilità di eccezioni quali citazione, critica, recensione, parodia o pastiche.

È proprio con riferimento agli usi complessi che il rischio di *overblocking* diviene più evidente. Se la piattaforma fosse tenuta a bloccare automaticamente anche contenuti che non riproducono fedelmente l'opera segnalata, ma la utilizzano in modo trasformativo o combinato, sarebbe inevitabilmente indotta ad adottare un approccio prudenziale, bloccando anche materiali potenzialmente leciti pur di evitare di incorrere in una qualche forma di responsabilità. Una simile impostazione finirebbe per spostare sulla piattaforma una valutazione che richiede competenze giuridiche e un bilanciamento tra diritti fondamentali, con effetti particolarmente problematici sulla libertà di manifestazione del pensiero degli utenti. In questa prospettiva, come già è stato evidenziato, la clausola dei “massimi sforzi” deve essere letta in modo da non incentivare un controllo eccessivamente restrittivo dei contenuti, ma da imporre soltanto misure proporzionate e tecnicamente praticabili, compatibili con la salvaguardia degli usi leciti.

Il fenomeno dell'*overblocking* non rappresenta soltanto una criticità sotto il profilo della tutela della libertà di espressione, ma costituisce anche una conseguenza fisiologica dell'automazione dell'*enforcement*. Nel momento in cui il sistema di responsabilità spinge gli intermediari ad evitare qualsiasi rischio di illecito, essi tendono ad adottare criteri decisionali particolarmente prudentiali, privilegiando la rimozione dei contenuti dubbi rispetto al rischio di una loro permanenza online.

²¹⁹ È il caso dei cd. meme, ossia di una fotografia protetta modificata tramite l'aggiunta di scritte o segni da parte dell'utente con finalità di parodia. Essi rientrano nella macrocategoria dei cd. *user generated contents* (“UGC”), i quali sono andati incontro a una diffusione esponenziale in anni recenti grazie ai social network e alle relative dinamiche di condivisione creativa. Sul punto D. CATERINO, *Prime osservazioni sul trattamento degli User Generated Contents nella direttiva UE Digital Copyright*, in AIDA 2019

Da ciò discende un incremento dei cosiddetti *false positives*, vale a dire dei casi in cui vengono bloccati anche contenuti perfettamente leciti, con conseguente compressione della libertà di manifestazione del pensiero e della circolazione delle informazioni²²⁰.

Una verifica umana preventiva di tutti gli usi complessi non potrebbe del resto essere considerata una soluzione proporzionata. Oltre a contrastare con il divieto affermato dalla Corte di porre in essere valutazioni giuridiche autonome, essa comporterebbe un aggravio organizzativo estremamente elevato per il prestatore, incidendo sulla sua libertà d'impresa, e determinerebbe al contempo un ritardo generalizzato nella pubblicazione dei contenuti, con conseguenze rilevanti sulla libertà di espressione degli utenti.²²¹ Ciò è particolarmente vero per le piattaforme che si fondano sull'immediatezza della comunicazione e sulla circolazione rapida di contenuti creativi, come avviene nei *social network*. La pretesa di sottoporre a controllo umano preventivo ogni contenuto non perfettamente coincidente con quelli segnalati rischierebbe quindi di alterare la stessa funzione comunicativa del servizio, trasformando il sistema in una forma di autorizzazione preventiva privata²²².

Non sembra nemmeno potersi ritenere sufficiente spostare la questione sul piano dell'intelligenza artificiale. Anche ove si ipotizzasse l'adozione di strumenti algoritmici particolarmente avanzati, idonei a distinguere tra usi leciti e illeciti dei contenuti, resterebbe il problema della loro configurazione. Perché un sistema automatizzato possa riconoscere correttamente gli usi coperti da eccezioni e limitazioni²²³, la piattaforma dovrebbe incorporare nella tecnologia valutazioni giuridiche complesse, diverse a seconda degli ordinamenti nazionali e delle specifiche fattispecie di utilizzazione. Inoltre, il ricorso esclusivo ai sistemi automatici rischia di produrre risultati peggiori rispetto ad una verifica umana²²⁴.

²²⁰ M. HUSOVEC, *The promises of Algorithmic Copyright Enforcement: Takedown or Staydown? Which is Superior? And why?*, in Columbia Journal of Law & the Arts, 2018, p. 77-79

²²¹ Sul tema v. A. OTTOLIA, *L'interferenza permanente tra proprietà intellettuale e libertà di espressione nel diritto europeo. Una proposta di bilanciamento*, in AIDA 2016, p.159, dove l'A. sottolinea il rischio di interferire con il diritto al libero sviluppo della personalità dell'individuo nelle formazioni sociali garantito dall'art.2 della nostra Costituzione.

²²² Cfr. F. FAGLIA, *La Corte di giustizia e l'enforcement algoritmico del diritto d'autore*, in AIDA 2022

²²³ Come richiesto dall'art.17, paragrafo 7 dir. (UE) 2019/790

²²⁴ M. HUSOVEC, *The promises of Algorithmic Copyright Enforcement: Takedown or Staydown? Which is Superior? And why?*, in Columbia Journal of Law & the Arts, 2018, p. 80-82

In ogni caso, tale attività di programmazione finirebbe per costruire una forma di valutazione autonoma dell'illiceità, incompatibile con il divieto di imporre al prestatore un obbligo generale di sorveglianza. Inoltre, l'incertezza circa il livello di precisione tecnologica richiesto rischierebbe di spingere gli operatori verso soluzioni eccessivamente restrittive, aggravando ulteriormente il pericolo di rimozioni indebite²²⁵.

Il ricorso all'*upload filtering*, dunque, dev'essere delimitato dal principio di proporzionalità e dal divieto di sorveglianza generale, con la conseguenza che il prestatore può essere tenuto, in via ordinaria, a impedire automaticamente solo la disponibilità di contenuti identici o equivalenti a quelli segnalati dai titolari, mentre gli usi complessi devono essere rimessi, di regola, a un controllo successivo, attraverso procedure di segnalazione e rimozione, nonché strumenti di reclamo e ricorso a tutela degli utenti. In tal modo, il sistema conserva una duplice funzione: da un lato, assicura ai titolari una tutela effettiva rispetto alle violazioni più chiaramente riconoscibili; dall'altro, evita che la responsabilizzazione delle piattaforme si traduca in una compressione sistematica della libertà di espressione online.

Un'eccezione a tale impostazione può essere rilevata nei contenuti cd. time-sensitive, ossia in quei materiali il cui valore economico si concentra in un arco temporale molto breve. In tali casi, il ricorso alla sola procedura di rimozione successiva potrebbe risultare inefficace, poiché il danno per il titolare si sarebbe già integralmente prodotto prima dell'intervento della piattaforma²²⁶.

Quest'eccezione conferma, anziché smentire, la natura proporzionata della clausola dei "massimi sforzi" e dell'obbligo di *upload filtering* che ne deriva. L'intervento preventivo è giustificato solo in presenza di condizioni specifiche, delimitate nel tempo e sorrette da informazioni puntuali fornite dal titolare. La piattaforma non è chiamata a valutare autonomamente la liceità di ogni uso complesso, ma a predisporre

²²⁵ In questo senso F. FAGLIA, *La Corte di giustizia e l'enforcement algoritmico del diritto d'autore*, in AIDA 2022

²²⁶ Il legislatore tedesco ha previsto un regime particolare per determinate opere audiovisive o immagini in movimento, soprattutto in occasione della prima comunicazione al pubblico, come nel caso della trasmissione simultanea di eventi sportivi. Il blocco preventivo deve restare circoscritto e temporaneo, limitato al periodo in cui il contenuto conserva la propria utilità economica principale e subordinato alla richiesta del titolare, accompagnata dalle informazioni necessarie. V. art. 7, par. 2 UrhDaG

meccanismi adeguati per fronteggiare situazioni eccezionali in cui la tutela successiva risulterebbe sostanzialmente priva di effettività²²⁷.

Nel sistema della Direttiva *e-commerce*, l'intermediario poteva beneficiare dell'esenzione di responsabilità a condizione di attivarsi tempestivamente dopo aver acquisito effettiva conoscenza dell'illecito. L'art. 17, invece, richiede al prestatore di predisporre un'organizzazione interna idonea a prevenire, almeno entro certi limiti, la messa a disposizione di contenuti lesivi del diritto d'autore.

In definitiva, il rapporto tra i *best efforts* e l'obbligo di *upload filtering* consente di comprendere il significato più profondo dell'art.17 della Direttiva *Copyright*. La disposizione non si limita a sostituire il vecchio regime di esenzione degli *hosting provider* con una responsabilità più severa, ma costruisce un modello nel quale la piattaforma è chiamata a cooperare attivamente alla protezione del diritto d'autore, senza però essere trasformata in un organo generale di controllo della comunicazione online. Il criterio dei "massimi sforzi" rappresenta il punto di equilibrio di questo sistema: esso impone un elevato grado di organizzazione, cooperazione e diligenza professionale, ma ne subordina l'estensione al filtro della proporzionalità, della manifesta illiceità e della salvaguardia degli usi leciti, evitando così che l'*enforcement* del diritto d'autore si traduca in un sistema di controllo algoritmico indiscriminato.

La vera sfida non consiste nell'imporre un utilizzo sempre più esteso dei filtri automatici, quanto piuttosto nel migliorarne l'affidabilità tecnica e nel definire procedure standardizzate che consentano di ridurre gli errori di identificazione. Solo sistemi caratterizzati da un livello molto elevato di precisione possono infatti contribuire ad una tutela efficace del diritto d'autore senza compromettere in misura sproporzionata la libertà di espressione degli utenti e il corretto funzionamento del mercato digitale.

²²⁷ In questo senso F. FAGLIA, *La Corte di giustizia e l'enforcement algoritmico del diritto d'autore*, in AIDA 2022

6. Il rapporto tra art.17 della Direttiva (UE) 2019/790 come *lex specialis* e la Direttiva 2000/31/CE come *lex generalis*

L'introduzione dell'art.17 della Direttiva (UE) 2019/790 ha inevitabilmente acceso il dibattito circa il rapporto tra la nuova disciplina della responsabilità degli *Online Content Sharing Service Provider* e il sistema delineato dalla Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico. La questione assume particolare rilevanza poiché l'art.17 interviene in un settore, quello della responsabilità degli intermediari della rete, già oggetto di un'armonizzazione europea fondata sui regimi di esenzione previsti dagli artt. 12, 13 e 14 della Direttiva *e-commerce*. Il problema interpretativo consiste, dunque, nello stabilire se la nuova disciplina abbia implicitamente sostituito quella precedente ovvero se tra i due atti normativi sussista un rapporto di coordinamento, nel quale la Direttiva 2019/790 opera come disciplina speciale destinata ad affiancarsi, senza eliminarla, alla regolamentazione generale del commercio elettronico.

La soluzione è offerta dalla stessa Direttiva *Copyright*, che contiene una serie di disposizioni volte a delimitare il proprio ambito applicativo rispetto alla disciplina previgente. L'art.1, paragrafo 2, precisa che, salvo diversa previsione espressa, la direttiva “non modifica e non pregiudica” le norme dell'Unione già vigenti nel settore del diritto d'autore e dei servizi della società dell'informazione. Parallelamente, l'art.17, paragrafo 8, stabilisce che l'applicazione del nuovo regime di responsabilità non comporta l'imposizione di un obbligo generale di sorveglianza, richiamando così uno dei principi cardine della Direttiva *e-commerce*. Da tali disposizioni emerge chiaramente come il legislatore europeo non abbia inteso sostituire il sistema costruito nel Duemila, ma abbia voluto introdurre una disciplina speciale limitata ad una particolare categoria di prestatori e ad uno specifico settore materiale.

Dunque, la Direttiva *e-commerce* continua a rappresentare la disciplina generale della responsabilità degli intermediari della rete. Essa conserva la propria funzione di cornice normativa, regolando l'attività dei prestatori dei servizi delle società di informazione mediante i tradizionali regimi di esenzione previste per le attività di *mere conduit*, *caching* e *hosting*, nonché attraverso il divieto di imporre obblighi generali di sorveglianza. L'art. 17 della Direttiva (UE) 2019/790, invece, non interviene sull'intero sistema della responsabilità degli *Internet Service Provider*, ma introduce una deroga

circoscritta ai prestatori di servizi di condivisione di contenuti online quando questi rendano accessibili al pubblico opere protette dal diritto d'autore caricate dagli utenti²²⁸.

La qualificazione della Direttiva *e-commerce* quale *lex generalis* trova conferma anche nel considerando della Direttiva *copyright*. In particolare, già nel considerando 3 la stessa sottolinea come “gli obiettivi e i principi stabiliti dal quadro giuridico dell’Unione sul diritto d’autore rimangono validi”²²⁹. In seguito, dai considerando 61 e 66²³⁰ della direttiva è possibile ricavare come l’intervento del legislatore unionale sia stato determinato dall’evoluzione del mercato digitale e dal ruolo assunto dalle piattaforme di condivisione di contenuti online quali principali punti di accesso alle opere protette. Proprio tale mutamento ha giustificato l’introduzione di un regime speciale di responsabilità, volto a incentivare lo sviluppo di un mercato delle licenze maggiormente efficiente ed equilibrato nei rapporti tra i titolari dei diritti e i prestatori dei servizi di condivisione. Il considerando 65²³¹ ribadisce, poi, che l’inapplicabilità dell’articolo 14 della Direttiva *e-commerce* riguarda esclusivamente la responsabilità derivante dalle ipotesi disciplinate dall’articolo 17. Ne consegue che gli *Online Content Sharing Service Provider* non risultano integralmente esclusi dal sistema dei *safe harbor*: essi continuano infatti a beneficiare dell’articolo 14 ogni qualvolta svolgano attività estranee all’ambito materiale della Direttiva *copyright*.

Analogamente, la Corte di giustizia, nella sentenza *Repubblica di Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell’Unione europea*, ha ribadito la specialità della

²²⁸ In questo senso, V. FALCE – FARAONE, Spunti di diritto positivo sull’art.17 della direttiva Copyright, in *Rivista di diritto industriale* n.1/2021

²²⁹ Considerando 3, dir. (UE) 2019/790

²³⁰ Il considerando 61 infatti riporta come “Negli ultimi anni il funzionamento del mercato dei contenuti online si è fatto sempre più complesso. I servizi di condivisione di contenuti online che danno accesso a una grande quantità di contenuti protetti dal diritto d'autore caricati dagli utenti sono diventati una delle principali fonti di accesso ai contenuti online. (...); il considerando 66 sottolinea la specialità del regime introdotto dall’art. 17, affermando che “Tenuto conto del fatto che i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online danno accesso a contenuti che non sono caricati da loro stessi bensì dai loro utenti, è opportuno prevedere un meccanismo specifico di responsabilità ai fini della presente direttiva per i casi in cui non sia stata concessa alcuna autorizzazione. (...)”

²³¹ Ove si dice: “Quando i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online sono responsabili di atti di comunicazione al pubblico o di messa a disposizione del pubblico alle condizioni stabilite dalla presente direttiva, l'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2000/31/CE non dovrebbe applicarsi alla responsabilità derivante dalle disposizioni della presente direttiva sull'utilizzo di contenuti protetti da parte di prestatori di servizi di condivisione di contenuti online. Ciò non dovrebbe pregiudicare l'applicazione dell'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2000/31/CE a tali prestatori di servizi per scopi che non rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva”.

disciplina introdotta dall'art.17 e ha chiarito che l'applicazione dello stesso deve avvenire nel rispetto del principio di proporzionalità e attraverso un costante bilanciamento tra tutela del diritto d'autore, libertà di impresa dei prestatori e libertà di espressione e informazione degli utenti²³².

La scelta legislativa appare coerente con l'evoluzione che aveva interessato, già prima del 2019, la figura degli intermediari digitali. Come si ha avuto modo di osservare nel capitolo precedente, la giurisprudenza europea e nazionale aveva progressivamente elaborato la figura dell'*hosting provider* attivo, restringendo l'ambito applicativo del regime di esenzione previsto dall'articolo 14 della Direttiva *e-commerce* nei confronti di quei prestatori che intervenissero nella gestione, organizzazione o promozione dei contenuti caricati dagli utenti. Tale elaborazione pretoria, tuttavia, non aveva modificato il dato normativo, il quale continuava a disciplinare esclusivamente la responsabilità degli *hosting provider*, senza contemplare espressamente le piattaforme di condivisione di contenuti online, la cui crescente rilevanza economica aveva profondamente trasformato il mercato digitale.

L'articolo 17 si inserisce proprio in questo contesto evolutivo. Più che introdurre una disciplina radicalmente nuova, esso recepisce sul piano normativo l'esigenza di differenziare il trattamento delle grandi piattaforme rispetto agli intermediari tradizionali. Gli *Online Content Sharing Service Provider* vengono infatti individuati come una categoria autonoma di prestatori che non possono più essere assimilati ai meri *hosting provider* disciplinati dalla Direttiva *e-commerce*, e nei cui confronti deve, invece, entrare in vigore il regime speciale introdotto dalla Direttiva *copyright*.

Una simile ricostruzione appare inoltre coerente con la più ampia evoluzione del diritto dell'Unione europea in materia di responsabilità degli intermediari. Il *Digital Services Act*, che sarà oggetto di trattazione nel capitolo successivo, ha infatti confermato la perdurante centralità dei *safe harbor* e del divieto di imporre obblighi generali di sorveglianza, dimostrando, ancora una volta, come il legislatore europeo abbia scelto di conservare l'impianto originario della Direttiva 2000/31/CE, limitandosi ad

²³² CGUE, 26 aprile 2022, caso *Repubblica di Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, causa C-401/19, punti 29, 30; sul principio di proporzionalità, punto 65

introdurre discipline speciali nei settori che richiedono un diverso livello di responsabilizzazione delle piattaforme²³³.

Se il rapporto tra la Direttiva *e-commerce* e la Direttiva *Copyright* può essere ricostruito secondo il criterio della specialità, occorre tuttavia interrogarsi sulla reale portata innovativa dell'articolo 17 rispetto all'elaborazione giurisprudenziale maturata nel vigore della disciplina del commercio elettronico. Più precisamente, è possibile chiedersi se il nuovo regime di responsabilità degli *Online Content Sharing Service Provider* rappresenti la trasposizione normativa della figura dell'*hosting provider* attivo elaborata dalla Corte di giustizia della giurisprudenza nazionale ovvero se introduca una categoria autonoma di prestatori, caratterizzata da presupposti e conseguenze differenti²³⁴.

Il dubbio interpretativo nasce dalla constatazione che entrambe le figure si collocano al di fuori del tradizionale regime di esenzione previsto dall'articolo 14 della Direttiva 2000/31/CE. Come si è visto nel capitolo precedente, la perdita del *safe harbor* era stata progressivamente collegata dalla giurisprudenza allo svolgimento di attività ulteriori rispetto alla mera memorizzazione dei contenuti. L'elaborazione della figura dell'*hosting provider* attivo aveva consentito di escludere dal regime di favore quei prestatori che, pur formalmente qualificati come *hosting provider*, svolgevano in concreto un ruolo non più neutrale nella gestione delle informazioni caricate dagli utenti.

L'articolo 17 si colloca indubbiamente nel solco di questa evoluzione, ma non si limita a recepirla. Esso, infatti, non fonda l'applicazione della disciplina speciale sull'accertamento, caso per caso, del carattere attivo o passivo dell'attività concretamente svolta dal prestatore, ma individua a monte una categoria autonoma di soggetti ai quali attribuisce direttamente un diverso regime di responsabilità. Il legislatore europeo dunque sostituisce il criterio giurisprudenziale della neutralità

²³³ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (Legge sui Servizi Digitali) e che modifica la Direttiva 2000/31/CE, Bruxelles, 15.12.2020, COM(2020) 825 final 2020/0361(COD), dove si legge come la stessa “invoca un'ambiziosa riforma del quadro giuridico esistente nell'UE in materia di commercio elettronico, che mantenga nel contempo i principi essenziali del regime di responsabilità che tale quadro prevede, il divieto di imporre un obbligo generale di sorveglianza, nonché la clausola del mercato interno, che considera valida ancora oggi.”

²³⁴ In questo senso, V. FALCE – N.M.F. FARAONE, *Spunti di diritto positivo sull'art.17 della Direttiva Copyright*, in *Rivista di diritto industriale* n.1/2021

funzionale con una qualificazione legislativa fondata sulle caratteristiche dell'attività esercitata e sulla funzione economica svolta dalla piattaforma nel mercato digitale.

In questo senso, l'articolo 17 realizza un significativo mutamento di prospettiva.

Nel sistema della Direttiva *e-commerce* la verifica circa l'applicabilità dell'articolo 14 presupponeva un'indagine sull'effettivo comportamento del prestatore e sul grado di interferenza esercitato rispetto ai contenuti memorizzati.

Al contrario, la Direttiva *copyright* assume quale punto di partenza la circostanza che le piattaforme di condivisione di contenuti online svolgano, per definizione, un'attività di organizzazione e valorizzazione dei contenuti caricati dagli utenti, tale da renderle protagoniste della comunicazione al pubblico delle opere protette. La perdita del *safe harbor* non costituisce una conseguenza di una valutazione *ex post* dell'attività concretamente svolta, ma deriva direttamente dalla riconduzione del prestatore entro la categoria soggettiva delineata dall'articolo 2, punto 6) della Direttiva (UE) 2019/790.

Non può tuttavia affermarsi che la disciplina introdotta dall'articolo 17 renda irrilevante la distinzione tra *provider* attivo e *provider* passivo. Soltanto dopo aver accertato che il prestatore rientra nella categoria delle piattaforme di condivisione di contenuti online e che la controversia riguarda l'utilizzo di opere protette disciplinato dalla direttiva *copyright*, troverà infatti applicazione a disciplina speciale dell'articolo 17. In tutte le ulteriori ipotesi, il giudice dovrà continuare a verificare se il prestatore possa beneficiare dei *safe harbor* della Direttiva *e-commerce*, facendo ricorso ai criteri elaborati dalla giurisprudenza in materia di *hosting provider* attivo.

Ne deriva che le due categorie non si sovrappongono perfettamente. L'*hosting provider* attivo costituisce una figura intermedia elaborata per delimitare l'ambito di applicazione dell'articolo 14 della Direttiva *e-commerce*, mentre gli *Online Content Sharing Service Provider* rappresentano una categoria normativa espressamente individuata dal legislatore europeo ai fini dell'applicazione dell'articolo 17. Pur condividendo la comune premessa dell'abbandono della neutralità dell'intermediario, esse operano su piani differenti: la prima incide sull'applicabilità del regime generale di esenzione, la seconda individua direttamente i destinatari di una disciplina speciale.

È così stato evidenziato come questa scelta legislativa abbia contribuito a ridurre la cosiddetta “zona grigia” che si era progressivamente formata nell'applicazione della Direttiva *e-commerce*²³⁵.

Prima dell'intervento del legislatore europeo infatti risultava spesso difficile stabilire se l'insieme delle attività svolte da una determinata piattaforma fosse sufficiente a farle perdere il carattere di neutralità richiesto dall'articolo 14. L'individuazione degli indici di interferenza elaborati dalla giurisprudenza, pur offrendo criteri interpretativi, lasciava inevitabilmente ampi margini di incertezza applicativa, imponendo una valutazione fortemente casistica. L'articolo 17 supera tale impostazione limitatamente al settore della condivisione online di contenuti protetti, identificando direttamente gli operatori ai quali si applica il nuovo regime di responsabilità.

Ciò non significa, tuttavia, che la Direttiva *copyright* abbia integralmente sostituito la logica sottesa al *hosting provider* attivo. Anzi, numerosi elementi inducono a ritenere che il legislatore europeo abbia sostanzialmente positivizzato gli approdi cui era già giunta la giurisprudenza della Corte di giustizia.

La definizione stessa di piattaforme di condivisione di contenuti online presuppone che il prestatore organizzi e promuova contenuti caricati dagli utenti perseguendo finalità lucrative, caratteristiche che richiamano da vicino gli indici di interferenza progressivamente elaborati dalla giurisprudenza relativa all'articolo 14 della Direttiva *e-commerce*.

Sotto questo punto di vista, l'articolo 17 può essere letto come il riconoscimento legislativo del mutato ruolo economico assunto dalle grandi piattaforme digitali, ormai ben distante dal modello dell'intermediario neutrale immaginato nel Duemila²³⁶.

²³⁵ In questo senso, V. FALCE – N.M.F. FARAONE, Spunti di diritto positivo sull'art.17 della Direttiva Copyright, in Rivista di diritto industriale n.1/2021

²³⁶ Secondo J.P. QUINTAIS-M. HUSOVEC, op. cit., p. 11, in questa prospettiva l'esclusione del prestatore dal regime di esenzione di cui all'art.17, par.3, non assumerebbe una funzione innovativa, bensì meramente dichiarativa. La nozione di prestatore di servizi di condivisione di contenuti online, infatti, individua soggetti che, per le modalità con cui organizzano e rendono disponibili i contenuti caricati dagli utenti, presentano caratteristiche già difficilmente conciliabili con il requisito di neutralità posto a fondamento del safe harbor. La disposizione avrebbe quindi la funzione di chiarire il rapporto tra le fonti, evitando interferenze applicative e confermando la natura di *lex specialis* dell'art.17 rispetto alla Direttiva 2000/31/CE e, per quanto concerne gli atti di comunicazione al pubblico, rispetto alla Direttiva 2001/29/CE.

La reale innovazione introdotta dalla Direttiva *Copyright* non risiede, dunque, nella semplice esclusione dell'art.14, quanto piuttosto nel diverso modello di responsabilità costruito attorno agli *Online Content Sharing Service Provider*. Mentre il sistema della Direttiva *e-commerce* era fondato su un meccanismo di esenzione subordinato all'acquisizione della conoscenza dell'illecito e al successivo obbligo di attivazione, l'art.17 impone ai prestatori un dovere di cooperazione preventiva con i titolari dei diritti, fondato sull'adozione dei "massimi sforzi" e sull'implementazione di un'organizzazione idonea a prevenire la disponibilità di contenuti non autorizzati. È proprio sotto questo profilo che emerge il passaggio da un modello di responsabilità essenzialmente reattiva ad uno caratterizzato da una più marcata dimensione organizzativa²³⁷.

L'art.17 non si limita a restringere ulteriormente l'ambito del *safe harbor*, ma introduce un paradigma differente di responsabilizzazione delle piattaforme, nel quale il ruolo dell'intermediario non è più definito esclusivamente dalla sua posizione rispetto ai contenuti illeciti già presenti sulla piattaforma, ma anche dalla capacità organizzativa di prevenire, entro i limiti della proporzionalità, la futura diffusione di opere protette in assenza di autorizzazione. Questa diversa impostazione segna il punto di maggior distanza rispetto alla Direttiva *e-commerce* e prepara il terreno alle successive trasformazioni del diritto unionale degli intermediari digitali, consolidate con il *Digital Services Act*.

²³⁷ In questo senso F. FAGLIA, *La Corte di giustizia e l'enforcement algoritmico del diritto d'autore*, in AIDA 2022

CAPITOLO III – Il *Digital Services Act*: dalla responsabilità all'*accountability*

SOMMARIO: 1. Natura e obiettivi del Regolamento (UE) 2022/2065 - 2. Il nuovo ruolo delle piattaforme digitali nel *Digital Services Act* – 3. Gli obblighi di diligenza (due diligence) - 3.1 Procedure di *notice and action* - 3.2 Sistemi di reclamo - 3.3 Obblighi di trasparenza e i *trusted flaggers* - 4. La privatizzazione dell'*enforcement* e le relative problematiche - 4.1 La cd. *Good Samaritan Clause* - 5. Il coordinamento tra disciplina orizzontale e disciplina verticale: analisi del rapporto tra *Digital Services Act* e Direttiva (UE) 2019/790

1. Natura e obiettivi del Regolamento (UE) 2022/2065

L'evoluzione delle tecnologie digitali e la progressiva centralità assunta dalle piattaforme online hanno profondamente modificato il ruolo degli *Internet Service Provider* all'interno dell'ecosistema digitale europeo. Come già evidenziato nel corso della trattazione, la disciplina delineata dalla Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, elaborata in un contesto storico dove Internet era ancora ai suoi albori e i servizi erano prevalentemente riconducibili alla mera trasmissione o memorizzazione di informazioni, si è progressivamente rivelata inadeguata a governare le trasformazioni intervenute negli oltre vent'anni successivi alla sua adozione.

Oggi, le piattaforme digitali sono divenute il principale luogo di diffusione delle informazioni, di condivisione dei contenuti e di interazione tra utenti, assumendo un ruolo sempre più incisivo nella circolazione delle informazioni e nell'organizzazione dello spazio digitale europeo. Anche l'attività svolta dagli operatori è mutata. Essa è diventata progressivamente più complessa, favorita, in questo senso, dall'impiego di sistemi automatizzati di indicizzazione, raccomandazione e moderazione dei contenuti, spesso fondati su strumenti algoritmici.

Tale circostanza ha, inevitabilmente, contribuito ad accrescere il loro impatto sull'esercizio dei diritti fondamentali e sul funzionamento del mercato interno²³⁸.

²³⁸ S.F. SCHWEMERL, *Digital Services Act: a reform of the e-Commerce Directive and much more*, in Research handbook on EU Internet law, II ed., Edward Elgar Publishing, 2023, pp.232 ss.

A un mutamento di questo tipo non ha fatto seguito, almeno inizialmente, un corrispondente aggiornamento della disciplina europea. Per oltre due decenni, infatti, il regime della responsabilità degli intermediari digitali è rimasto sostanzialmente ancorato ai principi introdotti dalla Direttiva *e-commerce*, la cui applicazione è stata progressivamente integrata dall'elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia dell'Unione europea e dei giudici nazionali.²³⁹ Proprio il crescente ricorso all'interpretazione giurisprudenziale, volto a colmare le lacune di una normativa ormai non più pienamente rispondente alla realtà del mercato digitale, ha contribuito ad evidenziare la necessità di un intervento legislativo organico, capace di offrire maggiore certezza del diritto e di garantire un'applicazione uniforme delle regole nell'intero mercato europeo²⁴⁰.

Le istituzioni europee avevano ormai rilevato come l'espansione delle piattaforme online, la crescente diffusione di contenuti illegali attraverso i servizi digitali e la frammentazione delle discipline nazionali costituissero fattori idonei a compromettere tanto il corretto funzionamento del mercato interno, quanto l'effettiva tutela dei diritti fondamentali degli utenti. Muovendo da tali premesse, la Commissione europea avviò, a partire dal 2020, un ampio processo di revisione della disciplina dei servizi digitali, inserito nella strategia europea per la trasformazione digitale e volto ad aggiornare le norme orizzontali applicabili agli intermediari della società dell'informazione²⁴¹.

L'esito di tale percorso è rappresentato dal Regolamento (UE) 2022/2065, noto come *Digital Services Act* (DSA), adottato dal Parlamento europeo e dal Consiglio il 19

²³⁹ Cfr. Capitolo II, paragrafo 2: L'evoluzione giurisprudenziale: la nascita della figura dell'hosting provider "attivo".

²⁴⁰ B. SAAVEDRA SERVIDA, *La responsabilità degli internet service provider: dal safe harbour al principio di accountability*, in Nuove Leggi Civili Commentate n.1/2024, p.135 ss; F. MASSA, *L'evoluzione della responsabilità degli Internet service provider*, in Giustizia n.2/2022, p.71 ss.

²⁴¹ Si veda la Comunicazione della Commissione europea "*Shaping Europe's digital future*", del 19 febbraio 2020, disponibile al seguente link: https://commission.europa.eu/publications/communication-shaping-europes-digital-future_en dove si legge nelle conclusioni: "*The success of Europe's digital strategy will be measured in how well we are able to put these tools (digital technologies) to work in delivering public goods to European citizens.*". A questa riflessione ha contribuito, inoltre, anche il Parlamento europeo, grazie all'adozione ai sensi dell'art. 225 TFUE, di due Risoluzioni: una dedicata alla "Legge sui servizi digitali: migliorare il funzionamento del mercato unico" [2020/2018(INL)] e l'altra riservata alla "Legge sui servizi digitali: adeguare le norme di diritto commerciale e civile per i soggetti commerciali che operano on line" [2020/2019(INL)], a cui a sua volta ha aggiunto, secondo la procedura non legislativa, un'ulteriore Risoluzione sui servizi digitali e le questioni sollevate in materia di diritti fondamentali [2020/2022(INI)]. Il contenuto di tali provvedimenti è volto a confermare la centralità dei principi fondamentali sanciti dalla Direttiva *e-commerce*, promuovendo al tempo stesso la protezione dei diritti fondamentali nello spazio digitale e il mantenimento dell'anonimato online, ove possibile.

ottobre 2022²⁴². Il regolamento costituisce uno dei due pilastri del cosiddetto *Digital Services Package*, insieme al *Digital Markets Act*, con il quale condivide l'obiettivo di costruire un mercato digitale europeo più sicuro, trasparente e competitivo. Mentre il *Digital Markets Act* interviene prevalentemente sul piano concorrenziale, disciplinando il potere economico delle grandi piattaforme digitali, il *Digital Services Act* è diretto a definire un quadro generale di regole applicabili alla prestazione dei servizi intermediari, ponendo al centro il corretto funzionamento dello spazio digitale e la tutela dei diritti degli utenti²⁴³.

La natura del *Digital Services Act* non è, tuttavia, quella di una disciplina destinata a sostituire integralmente il sistema delineato dalla Direttiva *e-commerce*. Il legislatore europeo, al contrario, ha scelto di conservarne i principi fondamentali, ritenuti ancora validi, aggiornandoli alla luce dell'evoluzione tecnologica e dell'esperienza maturata nell'applicazione pratica della disciplina previgente.

Il regolamento rappresenta, più che una cesura rispetto al passato, l'approdo di un percorso evolutivo che recepisce numerosi orientamenti consolidatisi nella giurisprudenza della Corte di giustizia e li inserisce all'interno di un quadro normativo maggiormente coerente e sistematico²⁴⁴.

Partendo da questo presupposto, il *Digital Services Act* si configura come una disciplina di carattere orizzontale, destinata ad applicarsi, in linea generale, ai prestatori di servizi intermediari operanti nel mercato digitale, indipendentemente dal settore economico interessato. Esso non introduce una regolamentazione limitata a specifiche categorie di contenuti illeciti, ma mira a predisporre una cornice comune per la prestazione dei servizi digitali nell'Unione europea, destinata a convivere con le

²⁴² Il Regolamento (UE) 2022/2065 è entrato in vigore il 16 novembre 2022. Secondo l'art.93, paragrafo 2, le disposizioni hanno trovato applicazione negli Stati membri dal 17 febbraio 2024 (ad eccezione di alcune specifiche disposizioni, tra cui quelle per le piattaforme di grandi dimensioni, chiamate ad adeguarsi dal 25 agosto 2023).

²⁴³ B. SAAVEDRA SERVIDA, *La responsabilità degli internet service provider: dal safe harbour al principio di accountability*, op. cit.; M.A. ASTONE, *Digital Services Act e nuovo quadro di esenzione dalla responsabilità dei prestatori di servizi intermediari: quali prospettive?*, in *Contratto e Impresa*, n.4/2022, p. 1057 ss

²⁴⁴ *Ibidem*; F. MASSA, *L'evoluzione della responsabilità degli Internet service provider*, in *Giustizia* n.2/2022, p.71 ss

discipline settoriali già esistenti, quali, tra le altre, quelle in materia di protezione dei dati personali, tutela dei consumatori e diritto d'autore²⁴⁵.

La finalità perseguita dal legislatore europeo attraverso il *Digital Services Act* si inserisce, dunque, nell'ampio processo di costruzione di uno spazio digitale europeo caratterizzato da regole uniformi e prevedibili. Come emerge sin dai primi considerando del regolamento²⁴⁶, l'obiettivo non consiste esclusivamente nell'aggiornare il regime della responsabilità degli intermediari, ma nella predisposizione di una disciplina capace di coniugare lo sviluppo dell'economia digitale con la tutela dei diritti fondamentali e con il corretto funzionamento del mercato interno.

Sotto un primo profilo, il regolamento persegue un'esigenza di armonizzazione normativa. L'esperienza maturata durante la vigenza della Direttiva 2000/31/CE aveva, infatti, evidenziato come il recepimento nazionale delle disposizioni europee, unitamente alla progressiva elaborazione giurisprudenziale dei singoli ordinamenti, avesse determinato una crescente eterogeneità applicativa, con inevitabili ripercussioni sulla certezza del diritto e sulla libera prestazione dei servizi digitali all'interno dell'Unione europea. Tramite l'adozione di un regolamento direttamente applicabile in tutti gli Stati membri, il legislatore europeo ha quindi inteso assicurare un quadro giuridico uniforme, riducendo gli ostacoli derivanti dalla frammentazione normativa e favorendo condizioni omogenee di operatività per i prestatori di servizi intermediari.

Inoltre, il *Digital Services Act* si propone di rafforzare il livello di tutela degli utenti nell'ambiente digitale, muovendo dalla constatazione che l'espansione delle piattaforme online ha determinato un significativo incremento della diffusione di contenuti illegali e di altri fenomeni suscettibili di incidere negativamente sui diritti e sugli interessi dei destinatari dei servizi.

²⁴⁵ S.F. SCHWEMERL, *Digital Services Act: a reform of the e-Commerce Directive and much more*, op. cit.

²⁴⁶ In questo senso, considerando 3 reg. UE 2022/2065: “Un comportamento responsabile e diligente da parte dei prestatori di servizi intermediari è essenziale per un ambiente online sicuro, prevedibile e affidabile e per consentire ai cittadini dell'Unione e ad altre persone di esercitare i loro diritti fondamentali garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea («Carta»), in particolare la libertà di espressione e di informazione, la libertà di impresa, il diritto alla non discriminazione e il conseguimento di un livello elevato di protezione dei consumatori.”

L'attenzione verso la protezione dei diritti fondamentali rappresenta uno degli elementi maggiormente innovativi del nuovo impianto normativo. Se la Direttiva *e-commerce* risultava prevalentemente orientata a favorire lo sviluppo del commercio elettronico e la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione, il *Digital Services Act* colloca tali obiettivi all'interno di una prospettiva più ampia, nella quale il funzionamento del mercato digitale deve necessariamente conciliarsi con la salvaguardia dei valori fondamentali dell'ordinamento europeo.

In questo senso, lo sviluppo dell'economia digitale non viene più considerato quale finalità autonoma, ma come obiettivo da perseguire nel rispetto dell'equilibrio tra libertà economiche, diritti individuali e interessi collettivi²⁴⁷.

Accanto all'obiettivo di assicurare un elevato livello di tutela dei diritti, il regolamento intende altresì “incoraggiare l'innovazione, la crescita e la competitività nel mercato interno dell'Unione europea”²⁴⁸. La Commissione europea ha, infatti, rivelato come la presenza di discipline nazionali differenziate e di prassi applicative non uniformi fosse suscettibile di creare incertezza giuridica, ostacolando l'ingresso ai nuovi operatori e limitando l'innovazione. La definizione di un quadro regolatorio comune è pertanto funzionale anche alla promozione di condizioni concorrenziali più equilibrate e alla creazione di un ambiente favorevole allo sviluppo di servizi digitali innovativi, senza tuttavia sacrificare le esigenze di protezione degli utenti e dei consumatori.

In tale contesto si colloca anche il rapporto tra il *Digital Services Act* e il *Digital Markets Act*, adottato nell'ambito del medesimo pacchetto normativo europeo. Pur perseguendo finalità complementari, i due regolamenti operano su piani differenti: mentre il *Digital Markets Act* interviene sulle dinamiche concorrenziali dei mercati digitali e disciplina il comportamento delle grandi piattaforme qualificate come *gatekeeper*, il *Digital Services Act* definisce il quadro generale applicabile alla prestazione dei servizi intermediari, disciplinando il funzionamento dello spazio digitale sotto il profilo della sicurezza, della trasparenza e della tutela dei diritti.

²⁴⁷ M.A. ASTONE, *Digital Services Act e nuovo quadro di esenzione dalla responsabilità dei prestatori di servizi intermediari: quali prospettive?*, in *Contratto e Impresa*, n.4/2022, p. 1057 ss; S.F. SCHWEMERL, *Digital Services Act: a reform of the e-Commerce Directive and much more*, op. cit.

²⁴⁸ Esso figura tra gli obiettivi indicati al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/IT/legal-content/summary/digital-services-act.html>

La complementarità tra i due strumenti normativi riflette la volontà del legislatore europeo di affrontare il fenomeno delle piattaforme digitali attraverso una strategia unitaria, nella quale la regolazione della concorrenza e quella dei servizi digitali risultano strettamente coordinate²⁴⁹.

Alla luce di queste considerazioni, appare evidente come il *Digital Services Act* non si limiti ad aggiornare il previgente regime di esenzioni della responsabilità previsto dalla Direttiva *e-commerce*, ma introduca un modello regolatorio più articolato.

È possibile allora affermare che la responsabilità civile dell'intermediario non costituisce più l'unico strumento attraverso il quale il legislatore europeo intende governare l'attività delle piattaforme online. Il regolamento affianca, infatti, al tradizionale sistema delle esenzioni un insieme di obblighi organizzativi e comportamentali destinati a orientare l'operato dei prestatori di servizi intermediari secondo una logica di progressiva responsabilizzazione (in inglese, *accountability*), che rappresenta il tratto distintivo della nuova disciplina europea. La concreta attuazione di tale impostazione si realizza attraverso una serie di obblighi di diligenza, differenziati in ragione della tipologia di prestatore e dell'incidenza dell'attività svolta.

Il superamento della concezione dell'intermediario quale soggetto meramente passivo costituisce, dunque, il presupposto sul quale si fonda il nuovo impianto regolatorio delineato dal *Digital Services Act*. Prima di analizzare gli specifici obblighi introdotti dal regolamento, occorre pertanto soffermarsi sul diverso ruolo che il legislatore europeo attribuisce oggi ai prestatori di servizi intermediari e, in particolare, alle piattaforme online.

²⁴⁹ M.A. ASTONE, *Digital Services Act e nuovo quadro di esenzione dalla responsabilità dei prestatori di servizi intermediari: quali prospettive?*, op. cit.; B. SAAVEDRA SERVIDA, *La responsabilità degli internet service provider: dal safe harbour al principio di accountability*, op. cit.

2. Il nuovo ruolo delle piattaforme digitali nel *Digital Services Act*

Nel corso degli ultimi due decenni le piattaforme online hanno assunto una posizione centrale nella diffusione dei contenuti, nell'organizzazione delle informazioni e nella mediazione delle interazioni economiche e sociali, trasformandosi nei principali punti di accesso all'ambiente digitale per milioni di utenti europei e non europei.

L'evoluzione tecnologica ha determinato, allo stesso tempo, un significativo ampliamento delle funzioni concretamente esercitate da tali operatori. Le moderne piattaforme non si limitano più a ospitare contenuti caricati dagli utenti, ma intervengono attivamente nella loro organizzazione e circolazione attraverso sistemi di indicizzazione, classificazione, raccomandazione e moderazione, sempre più frequentemente fondati su strumenti algoritmici automatizzati. Attività di questo tipo incidono in misura determinata sulla visibilità delle informazioni, sulla loro diffusione e, più in generale, sulle modalità attraverso cui gli utenti accedono ai contenuti presenti in rete.

Il progressivo ricorso a tecniche automatizzate di moderazione e di raccomandazione ha attribuito alle piattaforme un potere di fatto nella gestione dello spazio digitale che risultava del tutto estraneo al modello di Internet preso a riferimento dal legislatore europeo all'inizio degli anni Duemila.²⁵⁰

È proprio questo mutamento funzionale ad aver imposto una revisione dell'impianto normativo costruito dalla Direttiva *e-commerce*. Sebbene i principi fondamentali del regime delle esenzioni dalla responsabilità (contenuti nei vecchi articoli 12-15 della direttiva) siano rimasti pressoché invariati (trasposti negli odierni articoli 4, 5, 6 e 8 del Regolamento), il legislatore europeo ha preso atto del fatto che la crescente influenza esercitata dalle piattaforme online sulla circolazione delle informazioni e sul dibattito pubblico²⁵¹ rendeva ormai insufficiente una disciplina incentrata esclusivamente sulla delimitazione dei casi di responsabilità degli intermediari.

²⁵⁰ S.F. SCHWEMERL, *Digital Services Act: a reform of the e-Commerce Directive and much more*, op. cit.

²⁵¹ In questo senso, l'esempio più eclatante riguarda il caso della sospensione dell'account Twitter del Presidente Donald Trump nel 2021, in seguito a post volti all'incitamento alla violenza, contrari alle politiche della piattaforma. Per il social network Trump si è comportato come un comune utente che viola le regole della piattaforma, non avendo rilevanza la carica politica assunta dallo stesso.

La questione non riguardava più solo l'individuazione dei presupposti in presenza dei quali il prestatore potesse essere chiamato a rispondere dei contenuti immessi dagli utenti, ma investiva il più ampio tema della *governance* dello spazio digitale e del ruolo che gli intermediari sono chiamati a svolgere nella prevenzione e nella gestione dei rischi connessi alla diffusione di contenuti illegali²⁵².

Negli ultimi anni il dibattito si è progressivamente spostato dalla sola disciplina della responsabilità degli intermediari verso la definizione di un modello complessivo di regolazione delle piattaforme digitali. L'evoluzione in tal senso è stata favorita non soltanto dalla crescente attenzione rivolta ai fenomeni della disinformazione, dei discorsi d'odio, dei contenuti terroristici e delle violazioni della proprietà intellettuale, ma anche dalla consapevolezza che le piattaforme di maggiori dimensioni esercitano un'influenza sempre più significativa sulla formazione dell'opinione pubblica, sulla circolazione delle informazioni e sul funzionamento stesso dei mercati digitali.

In questo contesto assume particolare rilievo una delle principali innovazioni introdotte dal *Digital Services Act*, consistente nella tipizzazione normativa della categoria delle piattaforme online. Diversamente dalla Direttiva *e-commerce*, che disciplinava esclusivamente le tradizionali categorie del *mere conduit*, del *caching* e dell'*hosting*, il regolamento individua espressamente una figura specifica di prestatore, definendola come servizio di *hosting* che, su richiesta del destinatario del servizio, non si limita a memorizzare le informazioni, ma provvede altresì alla loro diffusione nei confronti del pubblico.²⁵³ La scelta del legislatore riflette la volontà di prendere atto della crescente rilevanza economica e sociale assunta da questi soggetti, quali i *social network*, le piattaforme di condivisione di contenuti online e i *marketplace*, accomunanti dalla capacità di rendere accessibili a un numero potenzialmente illimitato di utenti le informazioni caricate dai destinatari del servizio.

²⁵² S.F. SCHWEMERL, *Digital Services Act: a reform of the e-Commerce Directive and much more*, op. cit.; A. PURPURA, *Osservazioni sul Digital Services Act: responsabilità e gestione del rischio nella prestazione di servizi intermediari*, in *Comparazione e diritto civile*, n. 3/2022, p.1055 ss.

²⁵³ L'art. 3, par. 1, lett. i), reg. UE 2022/2065 definisce la "piattaforma online" (categoria a cui sono riconducibili i *social network* e i *marketplace*) come "un servizio di memorizzazione di informazioni che, su richiesta di un destinatario del servizio, memorizza e diffonde informazioni al pubblico, tranne qualora tale attività sia una funzione minore e puramente accessoria di un altro servizio o funzionalità minore del servizio principale e, per ragioni oggettive e tecniche, non possa essere utilizzata senza tale altro servizio e a condizione che l'integrazione di tale funzione o funzionalità nell'altro servizio non sia un mezzo per eludere l'applicabilità del presente regolamento".

La nuova definizione normativa evidenzia come il tratto distintivo delle piattaforme online non risieda nella semplice attività di memorizzazione delle informazioni, comune a tutti i servizi di *hosting*, bensì nella loro successiva diffusione al pubblico. Questa funzione ulteriore determina un diverso impatto sull'ambiente digitale e giustifica, secondo il legislatore europeo, l'introduzione di una disciplina specifica per tali operatori.

L'attività di diffusione dei contenuti accresce sensibilmente la capacità delle piattaforma di incidere sulla propagazione delle informazioni e, conseguentemente, anche sulla diffusione di contenuti illeciti o dannosi. Dunque, il prestatore di *hosting* tradizionale svolge prevalentemente una funzione di conservazione dei dati e la piattaforma online diviene il principale veicolo attraverso il quale tali informazioni raggiungono una platea potenzialmente illimitata di destinatari.

Il regolamento introduce, inoltre, un'ulteriore distinzione all'interno della categoria delle piattaforme online, individuando le piattaforme online di dimensioni molto grandi (*Very Large Online Platforms* – VLOPs)²⁵⁴, ossia quei prestatori che raggiungono un numero medio mensile di destinatari attivi nell'Unione europea pari o superiore a 45 milioni.

La scelta del legislatore risponde alla consapevolezza che le VLOPs, in ragione della loro eccezionale capacità di incidere sulla circolazione delle informazioni e sul funzionamento del mercato digitale, sono suscettibili di generare rischi sistemici di intensità maggiore rispetto alle altre piattaforme. Per tale motivo, il *Digital Services Act* prevede per le VLOPs un regime differenziato, caratterizzato dall'assoggettamento

²⁵⁴ Le VLOPs trovano la propria disciplina all'art.33 reg. UE 2022/2065, contenuto all'interno della Sezione V, denominata "Obblighi supplementari a carico dei fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi per la gestione dei rischi sistemici". Le VLOPs vengono designate come tali secondo la procedura delineata al paragrafo 4 dello stesso articolo. Dal momento della designazione di una piattaforma come VLOP o VLOSE (*Very Large Online Search Engine*), che avviene ad opera della Commissione europea su base semestrale, essa ha quattro mesi di tempo per adeguarsi agli obblighi che le fanno capo in ragione di tale qualificazione. Il 24 luglio 2026 sono state designate quali VLOPs le seguenti quindici piattaforme: AliExpress; Amazon store; Apple store; App Store; Booking.com; Facebook; Google Play; Google Maps; Google Shopping; Instagram; LinkedIn; Pinterest; Pornhub; Shein; Snapchat; Temu; Tik-Tok; X (ex Twitter); Whatsapp; Wikipedia; YouTube; XVideos; XNXX; Zalando e come VLOSEs Google Search e Bing. Informazioni reperibili sul sito ufficiale della Commissione europea, al seguente link: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/it/policies/list-designated-vlops-and-vloses>

a obblighi ulteriori e più incisivi, calibrati in funzione dell'impatto che esse esercitano sull'ecosistema digitale²⁵⁵.

La tipizzazione delle piattaforme online risponde, dunque, a un'esigenza di adeguamento della disciplina europea alla concreta evoluzione del mercato digitale.

L'evoluzione in sé non implica un radicale superamento dell'impostazione tradizionale fondata sulla neutralità dell'intermediario. Il *Digital Services Act* continua a distinguere i diversi servizi intermediari in funzione dell'attività concretamente svolta, mantenendo quale criterio fondamentale la natura del servizio prestato. Ne consegue che le piattaforme online continuano a essere ricomprese, sotto il profilo funzionale, nella più ampia categoria dei servizi di *hosting*, pur essendo assoggettate a una disciplina rafforzata.

Il legislatore europeo ha scelto di preservare l'impianto dell'esenzione dalla responsabilità elaborato nel Duemila, ritenendolo ancora idoneo a garantire lo sviluppo dei servizi digitali e la libera circolazione delle informazioni nel mercato interno. Come espressamente affermato dal considerando 16 del *Digital Services Act*, il quadro delle esenzioni condizionate dalla responsabilità ha rappresentato uno dei principali fattori che hanno consentito la nascita e la crescita dell'economia digitale europea e, proprio per tale ragione, è stato sostanzialmente trasposto nel regolamento, pur con gli opportuni chiarimenti resi necessari dall'evoluzione tecnologica e dagli orientamenti maturati nella giurisprudenza della Corte di giustizia²⁵⁶.

Il *Digital Services Act* continua, allora, a fondarsi sulla distinzione funzionale tra i servizi di *mere conduit*, *caching* e *hosting*, riproducendo quasi integralmente le corrispondenti disposizioni della Direttiva 2000/31/CE. Rimane pertanto fermo il principio secondo cui il prestatore di servizi intermediari beneficia dell'esenzione dalla responsabilità quando l'attività svolta si caratterizza per un intervento di natura essenzialmente tecnica, automatica e neutrale rispetto alle informazioni fornite dai

²⁵⁵ Nello specifico si vedano gli art.33 e ss., sez. V, Reg. UE 2022/2065.

²⁵⁶ Recita così il Considerando 16 del reg. UE 2022/2065: “La certezza del diritto apportata dal quadro orizzontale di esenzioni condizionate dalla responsabilità per i prestatori di servizi intermediari, di cui alla direttiva 2000/31/CE, ha consentito l'emergere e l'espansione di molti nuovi servizi in tutto il mercato interno. È pertanto opportuno preservare tale quadro. In considerazione delle divergenze in sede di recepimento e di applicazione delle pertinenti norme a livello nazionale, e per ragioni di chiarezza e coerenza, tale quadro dovrebbe tuttavia essere integrato nel presente regolamento. Occorre inoltre chiarire alcuni elementi di tale quadro alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea”

destinatari del servizio. Solo laddove manchino i requisiti che rendono lecita l'attività del *provider*, si determina l'insorgere della responsabilità.

Come già discusso in coda al primo capitolo, la responsabilità in questi casi sopraggiunge in un momento successivo rispetto alla commissione dell'illecito, delineando una fattispecie a formazione progressiva, caratterizzata dalla plurisoggettività facoltativa dell'illecito, il quale sorge in rete come monosoggettivo²⁵⁷.

La scelta del legislatore europeo dimostra come la riforma non sia stata concepita per sostituire il modello delineato dalla direttiva previgente, ma per aggiornarlo e adattarlo alle caratteristiche dell'attuale ecosistema digitale.

La continuità con il regime della direttiva sul commercio elettronico trova una delle sue espressioni più significative nella conferma del divieto di imporre obblighi generali di sorveglianza ai prestatori di servizi intermediari. Il principio, già sancito all'articolo 15 della Direttiva *e-commerce* e oggi riprodotto all'articolo 8 del *Digital Services Act*, continua a rappresentare uno dei cardini dell'intera disciplina europea della responsabilità degli intermediari. Esso impedisce agli Stati membri di imporre ai *provider* un obbligo generalizzato di monitorare preventivamente tutte le informazioni trasmesse o memorizzate, nonché di ricercare attivamente fatti o circostanze indicative della presenza di attività illecite.

La conferma di tale divieto testimonia come il legislatore europeo abbia inteso evitare che l'accresciuta rilevanza economica e sociale delle piattaforme online si traducesse nell'attribuzione di un generale dovere di controllo preventivo sui contenuti immessi dagli utenti. Una simile soluzione avrebbe comportato il rischio di trasformare gli intermediari privati in soggetti chiamati a esercitare una forma di sorveglianza permanente delle comunicazioni online, con evidenti ricadute sia sulla libertà di espressione sia sul principio di proporzionalità, oltre a risultare difficilmente conciliabile con il carattere aperto e decentralizzato della rete.

²⁵⁷ In questo senso F. PIRAINO, *Spunti per una rilettura della disciplina giuridica degli internet service provider*, in AIDA 2017

Non è un caso che il considerando 30 del *Digital Services Act* precisi espressamente come il divieto riguardi tanto gli obblighi di sorveglianza imposti *de iure* quanto quelli che possano derivare *de facto* dall'applicazione della disciplina²⁵⁸.

Questa puntualizzazione recepisce gli orientamenti sviluppati dalla Corte di giustizia negli anni successivi all'adozione della Direttiva *e-commerce*²⁵⁹ e mira a impedire che obblighi formalmente specifici possano, nella loro concreta applicazione, tradursi in un controllo generalizzato delle attività svolte dagli utenti. Il legislatore europeo ribadisce, così, che la prevenzione dei contenuti illegali non può essere perseguita imponendo alle piattaforme un'attività indiscriminata di monitoraggio preventivo.

La permanenza del divieto di sorveglianza generale non implica, però, che il ruolo degli intermediari sia rimasto immutato. Al contrario, proprio uno degli aspetti più significativi del *Digital Services Act* consiste nell'aver preso atto della progressiva trasformazione delle piattaforme online da meri fornitori di infrastrutture tecniche a soggetti che incidono concretamente sulla circolazione delle informazioni nello spazio digitale.

Il *Digital Services Act* recepisce espressamente gli approdi interpretativi consolidatisi nella giurisprudenza della Corte di giustizia che sono stati affrontati al termine del capitolo I. Se infatti durante la vigenza della Direttiva *e-commerce* la distinzione tra *provider* attivo e *provider* passivo era stata progressivamente elaborata in via pretoria, il considerando 18 del regolamento ne consacra oggi il principio sul piano normativo, chiarendo che le esenzioni dalla responsabilità presuppongono una prestazione svolta in modo neutrale, mediante un trattamento meramente tecnico e automatico delle informazioni fornite dagli utenti. Qualora invece il prestatore svolga un'attività idonea

²⁵⁸ Considerando 30 reg UE 2022/2065, così recita: “I prestatori di servizi intermediari non dovrebbero essere, né *de iure* né *de facto*, soggetti a un obbligo di sorveglianza di carattere generale. Ciò non riguarda gli obblighi di sorveglianza in un caso specifico e, in particolare, non pregiudica gli ordini delle autorità nazionali nel rispetto della legislazione nazionale, in conformità del diritto dell'Unione, secondo l'interpretazione dalla Corte di giustizia dell'Unione europea e in conformità delle condizioni stabilite nel presente regolamento. Nessuna disposizione del presente regolamento dovrebbe essere intesa come un'imposizione di un obbligo generale di sorveglianza o un obbligo generale di accertamento attivo dei fatti, o come un obbligo generale per i prestatori di adottare misure proattive in relazione ai contenuti illegali”

²⁵⁹ Tra le decisioni più significative: CGUE, 12 luglio 2011, causa C-324/09, caso *L'Oréal c. eBay*; CGUE, 24 novembre 2011, C-70/10, caso *Scarlet c. SABAM*; CGUE, 16 febbraio 2012, causa C-360/10, caso *Netlog c. SABAM*; CGUE, 27 marzo 2014, causa C-314/12, caso *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH*

a conferirgli conoscenza o controllo sui contenuti viene meno il presupposto che giustifica il beneficio dell'esenzione²⁶⁰.

Questa scelta assume particolare rilievo anche sotto il profilo sistematico.

La Commissione europea, nelle prime fasi dei lavori preparatori del regolamento, aveva infatti valutato l'opportunità di abbandonare la tradizionale contrapposizione tra *provider* attivo e passivo, ritenendola non più pienamente aderente alla realtà tecnologica contemporanea, caratterizzata da un diffuso ricorso a strumenti automatizzati di gestione dei contenuti.²⁶¹ Il testo definitivo del *Digital Services Act* ha, invece, preferito conservare tale distinzione, limitandosi però a recepire nei considerando²⁶² gli orientamenti elaborati dalla Corte di giustizia, senza (e occorre sottolinearlo) offrire una definizione positiva delle nozioni di “ruolo attivo” e “neutralità”. Ciò conferma la volontà del legislatore europeo di preservare la continuità con il sistema previgente, affidando, ancora una volta, all'interpretazione giurisprudenziale il compito di precisarne i contenuti applicativi, nonostante questa scelta possa essere foriera di problemi applicativi.

Ne deriva un quadro nel quale il legislatore europeo ricerca un delicato equilibrio tra due esigenze solo apparentemente contrapposte. Da un lato, permane la volontà di evitare che le piattaforme siano aggravate da obblighi di controllo generalizzato incompatibili con la natura aperta di Internet e con la tutela dei diritti fondamentali; dall'altro, si riconosce che tali operatori, in ragione della posizione ormai assunta

²⁶⁰ Considerando 18 reg. UE 2022/2065, il quale afferma: “Le esenzioni dalla responsabilità stabilite nel presente regolamento non dovrebbero applicarsi allorché, anziché limitarsi a una fornitura neutra dei servizi mediante un trattamento puramente tecnico e automatico delle informazioni fornite dal destinatario del servizio, il prestatore di servizi intermediari svolga un ruolo attivo atto a conferirgli la conoscenza o il controllo di tali informazioni. Tali esenzioni non dovrebbero di conseguenza essere disponibili per quanto riguarda la responsabilità relativa alle informazioni fornite non dal destinatario del servizio ma dallo stesso prestatore del servizio intermediario, anche nel caso di informazioni elaborate sotto la responsabilità editoriale di tale prestatore.”

²⁶¹ In questo senso S.F. SCHWEMERL, *Digital Services Act: a reform of the e-Commerce Directive and much more*, op. cit.; L. ANSELMINI, *Provider “attivi” e danno “in re ipsa”: evoluzione verso una responsabilità oggettiva?*, in AIDA 2022, p. 802

²⁶² I quali non hanno valore normativo, ma svolgono semplicemente il ruolo di riferimenti interpretativi della legge per i passaggi di non immediata comprensione. Si veda *Accordo interistituzionale del 22 dicembre 1998 sugli orientamenti comuni relativi alla qualità redazionale della legislazione comunitaria*, dove all'art.10 si legge: “I considerando motivano in modo conciso le norme essenziali dell'articolato, senza riprodurne o parafrasarne il dettato. Non contengono enunciati di carattere normativo o dichiarazioni di natura politica”; in giurisprudenza v. CGUE, 9 febbraio 1995, caso C-412/93, *Société d'importation Edouard Leclerc-Siplec c. TF1 Publicité SA et M6 Publicité SA*; in dottrina v. U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Cacucci, Bari, 2013, p. 268.

nell'ecosistema digitale, non possono più essere considerati soggetti del tutto estranei alla gestione dei rischi derivanti dalla circolazione dei contenuti online. Questa tensione tra continuità e innovazione costituisce il tratto caratterizzante del nuovo modello regolatorio delineato dal *Digital Services Act* e rappresenta il presupposto della progressiva responsabilizzazione delle piattaforme che trova completa espressione negli strumenti introdotti dal regolamento.

Tirando le somme, appare evidente il passaggio da una disciplina prevalentemente incentrata sulla delimitazione della responsabilità civile degli intermediari a un modello regolatorio orientato alla responsabilizzazione dei prestatori di servizi digitali. Il legislatore europeo non considera più la responsabilità quale principale strumento di governo dell'attività svolta dai *provider*, ma privilegia un sistema di intervento preventivo, volto a contenere i rischi connessi alla diffusione dei contenuti illegali prima ancora che questi si traducano nella lesione di posizioni giuridiche soggettive. La responsabilità civile continua certamente a svolgere una funzione essenziale, ma assume ormai carattere recessivo rispetto all'introduzione di strumenti destinati a prevenire l'insorgenza del danno e a ridurre il contenzioso tra utenti e prestatori di servizi intermediari²⁶³.

Il mutamento di prospettiva emerge con particolare evidenza nell'abbandono di una visione esclusivamente "reattiva" dell'intervento del *provider*.

Il *Digital Services Act* attribuisce alle piattaforme un ruolo attivo nella gestione dello spazio digitale, pur senza trasformarle in autorità pubbliche deputate al controllo generalizzato delle comunicazioni online. La loro funzione non consiste, dunque, nel sostituirsi ai pubblici poteri nell'accertamento dell'illiceità dei contenuti, ma piuttosto nell'organizzare i propri servizi secondo criteri idonei a prevenire e gestire i rischi derivanti dal loro funzionamento.

Questa capacità delle piattaforme digitali di autoregolamentarsi e i relativi poteri di fatto in capo alle stesse potrebbe, involontariamente, elevarle ad autorità private²⁶⁴.

²⁶³ In questo senso A. PURPURA, *Osservazioni sul Digital Services Act: responsabilità e gestione del rischio nella prestazione di servizi intermediari*, in *Comparazione e diritto civile*, n. 3/2022, p.1063

²⁶⁴ In questo senso si sono espressi in dottrina numerosi autori: C. M. BIANCA, *Le autorità private*, E. Jovene, Napoli, 1977, pp. 8 e 57, come già rilevato da CAMARDI, *Contratti digitali e mercati delle piattaforme. Un promemoria per il civilista*, in *Jus civile*, 2021, cit., p. 909; D. D'ALBERTI, *Google e le nuove autorità private: la metamorfosi dal fatto al diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, p.745; S. MARTINELLI, *L'autorità privata del provider*, in SIRENA e ZOPPINI (a cura di), *I poteri privati e il*

Ciò spiegherebbe anche perché al riconoscimento di questa autorità di fatto, per cui il legislatore ha legittimato strumenti di regolamentazione e co-regolamentazione privati, è seguita l'introduzione di obblighi di trasparenza e diligenza, che impongono ai *provider* l'adozione di misure atte a rafforzare l'*accountability*²⁶⁵.

Sotto questo profilo, il principio di *accountability* rappresenta il vero elemento innovativo del nuovo modello europeo. Tale concetto, già progressivamente emerso in altri settori del diritto dell'Unione europea, viene ora esteso anche alla disciplina dei servizi digitali, imponendo ai prestatori non soltanto di rispettare gli obblighi previsti dalla normativa, ma anche di predisporre un'organizzazione interna capace di dimostrarne concretamente l'osservanza²⁶⁶.

Assume rilievo anche la crescente attenzione riservata dal legislatore europeo ai sistemi algoritmici utilizzati dalle piattaforme online.

La diffusione di strumenti automatizzati di indicizzazione, raccomandazione e moderazione dei contenuti costituisce una delle principali ragioni che hanno reso necessaria la revisione della disciplina europea degli intermediari. Siffatti strumenti possono incidere direttamente sulle modalità di diffusione dell'informazione e sulla visibilità dei contenuti, influenzando in misura crescente non soltanto il commercio elettronico, ma anche la formazione dell'opinione pubblica e l'esercizio della libertà di espressione. È proprio questa capacità di incidere sull'ecosistema informativo ad aver reso insufficiente una disciplina limitata alla sola regolazione della responsabilità civile²⁶⁷.

È in questa prospettiva che vanno lette le innovazioni introdotte dal *Digital Services Act*. La progressiva responsabilizzazione dei prestatori non si realizza attraverso un ampliamento delle ipotesi di responsabilità civile, ma piuttosto mediante la previsione di un sistema articolato di obblighi organizzativi e procedurali, differenziati in funzione della tipologia di servizio prestato, delle dimensioni dell'operatore e dei rischi

diritto della regolazione, Roma, 2018, p. 555; RUGGERI, *Poteri privati e mercati digitali*, Roma, 2023, p. 27. In tema si vedano anche le riflessioni di R. CATERINA, *Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto*, in AIDA, 2011, p. 93.

²⁶⁵ B. SAAVEDRA SERVIDA, *La responsabilità degli Internet service provider: dal safe harbour al principio di accountability*, in Nuove Leggi Civili Commentate n.1/2024, p.159

²⁶⁶ *Ibidem*.

²⁶⁷ S.F. SCHWEMERL, *Digital Services Act: a reform of the e-Commerce Directive and much more*, op. cit

che quest'ultimo è in grado di generare nell'ecosistema digitale. Questi obblighi costituiscono lo strumento attraverso il quale il principio di *accountability* trova concreta attuazione e rappresentano il principale elemento di novità della disciplina introdotta dal regolamento.

3. Gli obblighi di diligenza (*due diligence*)

Il tratto maggiormente innovativo del *Digital Services Act* non risiede nel superamento del regime dell'esenzione dalla responsabilità delineato dalla direttiva sul commercio elettronico, che, come affermato, viene invece sostanzialmente conservato, quanto nell'introduzione di un insieme organico e armonizzato di obblighi di diligenza a carico dei prestatori di servizi intermediari. Il regolamento affianca così al tradizionale sistema dei *safe harbor* un distinto livello normativo, diretto a disciplinare le modalità di organizzazione e di funzionamento dei servizi digitali e a sollecitare una condotta maggiormente responsabile da parte degli operatori²⁶⁸.

Questa scelta riflette la volontà del legislatore europeo di non affrontare il problema dei contenuti legali esclusivamente attraverso l'imputazione della responsabilità per le condotte poste in essere dagli utenti²⁶⁹. Le esenzioni contenute nel capo II del *Digital Services Act* continuano infatti a delimitare i casi nei quali il prestatore non può essere chiamato a rispondere delle informazioni trasmesse o memorizzate per conto di terzi. Gli obblighi di diligenza disciplinati dal capo III²⁷⁰ riguardano invece il comportamento proprio dell'intermediario e le procedure che esso è tenuto a predisporre per rendere il servizio più sicuro, trasparente e prevedibile²⁷¹.

²⁶⁸ M. HUSOVEC, *Rising Above Liability: The Digital Services Act as a Blueprint for the Second Generation of Global Internet Rules*, in *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 38, n. 3, 2023, sulla compresenza di esenzioni e obblighi relativi alla progettazione e al funzionamento dei servizi.

²⁶⁹ Tra l'altro il regolamento introduce per la prima volta una definizione di "contenuto illegale" ispirata al principio secondo cui ciò che è illegale offline dev'esser illegale anche online. Nello specifico, l'art. 3, par. 1, lett. h), reg. UE 2022/2065 definisce "contenuto illegale (...) qualsiasi informazione che, di per sé o in relazione a un'attività, tra cui la vendita di prodotti o la prestazione di servizi, non è conforme al diritto dell'Unione o di qualunque Stato membro conforme con il diritto dell'Unione, indipendentemente dalla natura o dall'oggetto specifico di tale diritto".

²⁷⁰ Il cui titolo risulta particolarmente esplicativo: "Obblighi in materia di dovere di diligenza per un ambiente online trasparente e sicuro".

²⁷¹ B. SAAVEDRA SERVIDA, *La responsabilità degli Internet service provider: dal safe harbour al principio di accountability*, op. cit., la quale sottolinea la necessità di non concentrare il contrasto ai contenuti illegali esclusivamente sulla responsabilità del provider.

La separazione dei due piani assume una precisa rilevanza sistematica.

Il beneficio dell'esenzione dalla responsabilità non è subordinato in via generale al rispetto degli obblighi di diligenza, né la violazione di questi ultimi determina automaticamente la perdita del *safe harbor*. Un intermediario può, pertanto, non essere responsabile per un determinato contenuto illecito caricato da un utente e al tempo stesso risultare inadempiente rispetto a uno degli obblighi organizzativi o procedurali posti direttamente a suo carico dal regolamento.²⁷² Simmetricamente, tali obblighi continuano ad applicarsi anche quando, rispetto a una specifica informazione, non ricorrano le condizioni necessarie per beneficiare dell'esenzione. Il *Digital Services Act* supera così l'alternativa, in precedenza prospettata, tra riconoscimento dell'immunità e imposizione di una responsabilità per il fatto dell'utente: l'intermediario rimane estraneo all'illecito altrui quando sussistono le condizioni previste dal regolamento, ma risponde autonomamente delle eventuali inosservanze dei doveri gravanti sulla gestione del proprio servizio.²⁷³

La distinzione non è tuttavia assoluta.

Alcune disposizioni contenute nel capo III incidono indirettamente anche sull'applicazione del regime di responsabilità. Ciò avviene, in particolare, con riferimento alla procedura di *notice and action*, poiché una segnalazione conforme ai requisiti dell'articolo 16 può integrare quella conoscenza o consapevolezza effettiva dell'illegalità che, ai sensi dell'articolo 6, impone al prestatore di *hosting* di intervenire tempestivamente per rimuovere il contenuto o disabilitarne l'accesso. Gli obblighi di diligenza restano, dunque, concettualmente autonomi rispetto alle esenzioni, ma contribuiscono a precisare le condizioni in presenza delle quali il prestatore non può più mantenere una posizione d'inerzia²⁷⁴.

²⁷² Inoltre, ai sensi dell'articolo 54 DSA, gli utenti di un servizio possono chiedere un risarcimento ai prestatori "relativamente a danni o perdite subiti a seguito di una violazione degli obblighi stabiliti dal presente regolamento da parte dei fornitori di servizi intermediari."

²⁷³ M. HUSOVEC, *Rising Above Liability: The Digital Services Act as a Blueprint for the Second Generation of Global Internet Rules*, op. cit.; S.F. SCHWEMERL, *Digital Services Act: a reform of the e-Commerce Directive and much more*, op. cit. sul considerando 41, il quale sancisce espressamente quanto detto: "Gli obblighi in materia di dovere di diligenza sono indipendenti dalla questione della responsabilità dei prestatori di servizi intermediari, che deve pertanto essere valutata separatamente".

²⁷⁴ S.F. SCHWEMERL, *Digital Services Act: a reform of the e-Commerce Directive and much more*, op. cit., il quale si è espresso sull'interferenza tra l'autonomia degli obblighi di diligenza e la disciplina della conoscenza effettiva nell'art. 16, par. 3, DSA.

La disciplina è organizzata secondo un modello asimmetrico e cumulativo.

L'intensità degli obblighi aumenta in relazione alla tipologia del servizio, alle dimensioni dell'operatore e alla sua capacità di incidere sull'ecosistema digitale.

A un primo livello si collocano gli obblighi applicabili alla generalità dei servizi intermediari; seguono quelli specificamente riferiti ai prestatori di *hosting*, quelli ulteriori gravanti sulle piattaforme online e, infine, gli obblighi più incisivi previsti per le piattaforme e i motori di ricerca di dimensioni molto grandi.

Ciascuna categoria è quindi assoggettata agli obblighi propri del livello di appartenenza e cumulativamente a quelli previsti per le categorie più generali nelle quali sono ricomprese²⁷⁵.

Un'architettura di questo tipo risponde a un criterio di proporzionalità. Il legislatore europeo considera differenti sia la prossimità del prestatore alle informazioni diffuse, sia la capacità tecnica e operativa di intervenire su di esse. Non avrebbe senso imporre a un fornitore di mero accesso alla rete gli stessi doveri previsti per una piattaforma che memorizza, organizza e diffonde al pubblico contenuti caricati dagli utenti. Analogamente, le dimensioni e la rilevanza sociale di un servizio possono accrescere l'impatto delle decisioni adottate dal prestatore e giustificare un livello superiore di responsabilizzazione. L'asimmetria degli obblighi consente pertanto di evitare una disciplina uniforme che non tenga conto delle profonde differenze esistenti tra i molteplici soggetti compresi nella nozione di servizio intermediario²⁷⁶.

Gli obblighi previsti dal regolamento riguardano soprattutto la struttura e il processo attraverso cui il servizio viene erogato, più che la valutazione sostanziale dei singoli contenuti.

Il *Digital Services Act* non impone alla generalità degli intermediari un dovere universale di moderazione, ma richiede che essi rendano conoscibili le regole applicate, istituiscano procedure accessibili, motivino le decisioni restrittive e offrano agli utenti strumenti di contestazione. Il nuovo modello regolatorio non si limita,

²⁷⁵ B. SAAVEDRA SERVIDA, *La responsabilità degli Internet service provider: dal safe harbour al principio di accountability*, op. cit., la quale ha posto in evidenza la graduazione degli obblighi in base al tipo, alle dimensioni e alla natura del servizio; M. HUSOVEC, *Rising Above Liability: The Digital Services Act as a Blueprint for the Second Generation of Global Internet Rules*, op. cit., il quale si è espresso sulla struttura cumulativa dei diversi livelli di *due diligence*.

²⁷⁶ *Ibidem*.

dunque, a pretendere un determinato risultato, ma interviene sulle modalità mediante le quali le piattaforme esercitano il proprio potere di organizzazione dello spazio digitale.

In questa prospettiva si colloca, anzitutto, l'articolo 14 del regolamento, che impone ai prestatori di indicare nelle condizioni generali le eventuali restrizioni applicate alle informazioni fornite dai destinatari del servizio. Devono essere rese note le politiche, le procedure, le misure e gli strumenti utilizzati ai fini della moderazione dei contenuti, compreso l'impiego di processi decisionali algoritmici e di verifiche umane, nonché le regole relative ai sistemi interni di gestione dei reclami. Le condizioni devono essere formulate in un linguaggio chiaro, semplice, intellegibile e non ambiguo²⁷⁷. Inoltre, nell'applicazione delle proprie regole contrattuali, il prestatore è tenuto ad agire in modo diligente, obiettivo e proporzionato, tenendo conto dei diritti e degli interessi legittimi delle parti coinvolte e in particolare dei diritti fondamentali dei destinatari.

L'insieme di tali previsioni mostra come il regolamento cerchi di contenere la discrezionalità privata delle piattaforme, ma senza eliminarla. I prestatori mantengono la facoltà di stabilire, nelle proprie condizioni generali, regole più restrittive rispetto all'illiceità dei contenuti, ma l'esercizio di tale autonomia viene sottoposto a obblighi di conoscibilità e proporzionalità. Gli strumenti analizzati nei successivi sottoparagrafi rappresentano le principali forme attraverso le quali questa responsabilizzazione si traduce in garanzie concretamente azionabili dagli utenti.

²⁷⁷ Art. 14 reg. UE 2022/2065, che al paragrafo 1 recita: “I prestatori di servizi intermediari includono nelle loro condizioni generali informazioni sulle restrizioni che impongono in relazione all'uso dei loro servizi per quanto riguarda le informazioni fornite dai destinatari del servizio. Tali informazioni riguardano tra l'altro le politiche, le procedure, le misure e gli strumenti utilizzati ai fini della moderazione dei contenuti, compresi il processo decisionale algoritmico e la verifica umana, nonché le regole procedurali del loro sistema interno di gestione dei reclami. Sono redatte in un linguaggio chiaro, semplice, comprensibile, facilmente fruibile e privo di ambiguità e sono disponibili al pubblico in un formato facilmente accessibile e leggibile meccanicamente”; Si veda S.F. SCHWEMERL, *Digital Services Act: a reform of the e-Commerce Directive and much more*, op. cit per una riflessione sull'art. 14 DSA.

3.1 Procedure di *notice and action*

Tra gli obblighi applicabili ai prestatori di servizi di *hosting* assume particolare rilievo l'istituzione dei meccanismi di segnalazione e azione disciplinati dall'articolo 16 del regolamento.

La Direttiva *e-commerce* aveva subordinato l'esenzione dell'*hosting provider* all'assenza di una conoscenza effettiva dell'illegalità e al tempestivo intervento successivo alla sua acquisizione, ma non aveva armonizzato le modalità attraverso le quali tale conoscenza potesse essere comunicata al prestatore.²⁷⁸ Era derivato un quadro frammentato, caratterizzato dalla presenza di procedure e requisiti differenti nei diversi ordinamenti nazionali. Il *Digital Services Act* colma questa lacuna introducendo un modello comune, destinato a rendere più prevedibile sia l'iniziativa del segnalante sia la successiva valutazione compiuta dal *provider*.

I prestatori di *hosting* devono predisporre meccanismi facilmente accessibili e utilizzabili, mediante i quali qualsiasi persona fisica o ente possa segnalare per via elettronica la presenza di specifiche informazioni ritenute illegali.²⁷⁹ Il sistema non è quindi riservato ai soggetti direttamente lesi o ai titolari di una determinata posizione giuridica, ma è aperto a chiunque individui nel servizio un contenuto che reputi contrario al diritto dell'Unione europea o al diritto nazionale applicabile. La generalità della legittimazione alla segnalazione è compensata dalla previsione di precisi requisiti contenutistici, necessari affinché il prestatore sia posto nella condizione di svolgere una valutazione effettiva e non meramente esplorativa²⁸⁰.

La segnalazione deve essere sufficientemente precisa e adeguatamente motivata. In particolare, deve contenere una spiegazione delle ragioni per le quali l'informazione è ritenuta illegale, l'indicazione esatta della sua ubicazione elettronica (URL), i dati identificativi del segnalante (salve le ipotesi per le quali il regolamento ammette una

²⁷⁸ Si veda Capitolo I, paragrafo 1.2 “L'esenzione di responsabilità (safe harbor) e la conoscenza effettiva dell'illecito”

²⁷⁹ Art. 16, paragrafo 1, reg. UE 2022/2065.

²⁸⁰ B. SAAVEDRA SERVIDA, *La responsabilità degli Internet service provider: dal safe harbour al principio di accountability*, op. cit., la quale indaga l'accessibilità del meccanismo e la possibilità per chiunque di presentare una segnalazione elettronica.

deroga), una dichiarazione attestante la buona fede e l'esattezza delle informazioni trasmesse²⁸¹.

La necessità di individuare specificamente il contenuto impedisce che il meccanismo venga trasformato in una richiesta generica di sorveglianza del servizio e mantiene la procedura entro i confini del divieto sancito dall'articolo 8 del regolamento²⁸².

La precisione della segnalazione rileva anche sul piano della responsabilità.

Ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 3, essa determina la conoscenza o consapevolezza effettiva richiesta dall'articolo 6 quando consente a un prestatore diligente di identificare l'illegalità dell'attività o dell'informazione senza dover compiere un esame giuridico dettagliato. Il legislatore collega così la produzione dell'effetto conoscitivo non alla mera ricezione di una contestazione, ma alla qualità delle informazioni comunicate. Una segnalazione vaga, apodittica o non adeguatamente circostanziata non è sufficiente, di per sé, a far venir meno l'esenzione. Quando invece gli elementi forniti permettono di riconoscere ragionevolmente l'illegalità, l'inerzia del prestatore può assumere rilievo ai fini dell'applicazione del regime di responsabilità²⁸³.

Ricevuta la segnalazione, il *provider* deve confermare, senza indebito ritardo, la ricezione, purché disponga dei recapiti elettronici del segnalante, e comunicargli successivamente la decisione adottata.²⁸⁴ Il regolamento non stabilisce un termine numericamente predeterminato entro il quale concludere la valutazione, ma richiede che la decisione sia assunta in modo tempestivo, diligente, non arbitrario e obiettivo.²⁸⁵ La scelta di non fissare una scadenza uniforme consente di tener conto della diversa complessità delle fattispecie, pur imponendo al prestatore di evitare ritardi ingiustificati e di utilizzare criteri coerenti nell'esame delle segnalazioni²⁸⁶.

L'esito della procedura non coincide necessariamente con la rimozione.

²⁸¹ Art. 16, paragrafo 2, reg. UE 2022/2065.

²⁸² L'art. 8 reg. UE 2022/2065 sancisce, ancora una volta nel corso dell'evoluzione della disciplina normativa degli ISP, l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che i prestatori trasmettono o memorizzano.

²⁸³ B. SAAVEDRA SERVIDA, *La responsabilità degli Internet service provider: dal safe harbour al principio di accountability*, op. cit., p.153

²⁸⁴ Art. 16, paragrafo 4, reg. UE 2022/2065

²⁸⁵ Art. 16, paragrafo 6, reg. UE 2022/2065

²⁸⁶ In questo senso S.F. SCHWEMERL, *Digital Services Act: a reform of the e-Commerce Directive and much more*, op. cit.

Il prestatore deve valutare il contenuto segnalato e può decidere di rimuoverlo, di disabilitarne l'accesso, di limitarne la visibilità oppure di non adottare alcuna misura, qualora non ravvisi una violazione della legge o delle proprie condizioni contrattuali.

La procedura viene perciò definita di *notice and action*, anziché esclusivamente di *notice and the take down*, proprio perché la risposta della segnalazione può assumere forme differenti e presuppone una valutazione del caso concreto.

Quando la decisione comporta una restrizione nei confronti del destinatario del servizio, l'articolo 17 del regolamento impone al prestatore di fornirgli una motivazione chiara e specifica. Essa è necessaria nei casi di rimozione o disabilitazione dell'accesso a un contenuto, di sua retrocessione o limitazione di visibilità, di sospensione dei pagamenti, di demonetizzazione e di sospensione o cessazione del servizio o dell'account. La motivazione deve indicare il contenuto e la portata della misura, i fatti e le circostanze sui quali essa si fonda, l'eventuale utilizzo di strumenti automatizzati, il riferimento alla base giuridica o alla clausola contrattuale applicata e le possibilità di ricorso riconosciute al destinatario²⁸⁷.

La previsione risponde all'esigenza di rendere controllabile il potere di moderazione esercitato dal prestatore. Senza la conoscenza delle ragioni poste a fondamento della misura, l'utente non sarebbe in grado di valutarne la correttezza né di contestarla efficacemente nelle sedi opportune. Dunque, la motivazione costituisce il necessario collegamento tra la fase decisoria e il successivo sistema dei rimedi.

Particolare attenzione è riservata all'impiego di strumenti automatizzati.

Il *Digital Services Act* non ne vieta l'utilizzo nella fase iniziale di rivelazione o decisione, ma impone che il segnalante e il destinatario interessato siano informati del loro eventuale impiego.²⁸⁸ In tal modo il regolamento prende atto della necessità pratica dell'automazione nella gestione di grandi quantità di contenuti, cercando al contempo di ridurre l'opacità del processo e di predisporre garanzie contro decisioni erranee o eccessivamente restrittive. La protezione diviene più intensa nella fase del reclamo, nella quale, la valutazione non può essere rimessa esclusivamente a mezzi automatizzati.

²⁸⁷ Art. 17 reg. UE 2022/2065.

²⁸⁸ Art. 16, paragrafo 6, reg. UE 2022/2065.

3.2 Sistemi di reclamo

Le garanzie procedurali introdotte dal *Digital Services Act* non si esauriscono nella comunicazione delle ragioni della decisione. Per le piattaforme online, l'articolo 20 prevede l'obbligo di predisporre un sistema interno di gestione dei reclami, volto a consentire la contestazione delle misure adottate nell'esercizio dell'attività di moderazione. Il sistema rappresenta un ulteriore livello di tutela rispetto al meccanismo di *notice and action*: mentre quest'ultimo consente di portare all'attenzione del *provider* un contenuto ritenuto illegale, il reclamo permette di chiedere il riesame della decisione successivamente adottata.

L'accesso al sistema deve essere garantito ai destinatari del servizio interessati dalle decisioni delle piattaforme e anche alle persone o agli enti che abbiano presentato una segnalazione. Possono quindi contestare la decisione sia l'utente il cui contenuto sia stato rimosso o limitato, sia il segnalante che ritenga ingiustificato il mancato intervento della piattaforma. Questa struttura bilaterale riflette la necessità di proteggere, allo stesso tempo, l'interesse al contrasto delle informazioni illegali e i diritti di coloro che subiscono una restrizione della propria libertà di espressione o di accesso al servizio.

Il reclamo può riguardare le decisioni di rimozione o di mancata rimozione di un'informazione, la disabilitazione dell'accesso, le limitazioni alla visibilità, la sospensione o cessazione della fornitura del servizio la sospensione o chiusura dell'account. Il sistema dev'essere accessibile per un periodo congruo di almeno sei mesi dalla comunicazione della decisione e deve poter essere utilizzato gratuitamente e mediante strumenti elettronici facilmente accessibili.²⁸⁹ L'assenza di costi assume un ruolo essenziale, poiché evita che la possibilità di contestare le decisioni della piattaforma resti meramente formale o sia limitata agli utenti dotati di maggiori risorse.

²⁸⁹ Art. 20, paragrafo 1, reg. UE 2022/2065.

Anche nella gestione dei reclami il regolamento impone parametri di comportamento analoghi a quelli previsti per le segnalazioni. Le piattaforme devono esaminarli in modo tempestivo, non discriminatorio, diligente e non arbitrario. La decisione originaria deve essere annullata senza indebito ritardo, qualora il reclamo dimostri che l'informazione non è illegale né incompatibile con le condizioni generali oppure che la misura adottata non è giustificata²⁹⁰. Il sistema non può quindi ridursi a una mera conferma automatica delle precedenti determinazioni, ma deve offrire un riesame effettivo della fattispecie.

Come già accennato al termine del paragrafo precedente, una garanzia particolarmente significativa riguarda il ruolo dell'automazione. Sebbene la decisione iniziale possa essere assunta, anche integralmente, attraverso strumenti algoritmici, l'esito del reclamo non può fondarsi esclusivamente su mezzi automatizzati. La piattaforma deve assicurare che la valutazione avvenga sotto la supervisione di personale adeguatamente qualificato.²⁹¹ La previsione introduce una forma di controllo umano proprio nel momento in cui l'utente contesta l'accuratezza o la correttezza del procedimento precedente, riducendo il rischio che un errore algoritmico venga replicato nella fase di riesame²⁹².

Il sistema interno si affianca alla possibilità di ricorrere a organismi certificati di risoluzione extragiudiziale delle controversie, disciplinata dall'articolo 21 del regolamento²⁹³, e non preclude in alcun momento l'accesso alla tutela giurisdizionale²⁹⁴. Ne deriva una struttura graduata di rimedi: prima il riesame affidato

²⁹⁰ Art. 20, paragrafo 4, reg. UE 2022/2065

²⁹¹ Art. 20, paragrafo 6, reg. UE 2022/2065

²⁹² Sul divieto di decidere il reclamo esclusivamente attraverso mezzi automatizzati e sulla necessaria supervisione di personale qualificato, si è espresso S.F. SCHWEMERL sostenendo che “such a decision may not be taken 'solely on the basis of automated means' meaning that while the original decision may be fully automated, the complaint about it may not. Instead, it must be taken 'under the control of appropriately qualified staff.’”

²⁹³ Il quale al paragrafo 1 afferma quanto segue: “I destinatari del servizio, compresi le persone o gli enti che hanno presentato segnalazioni, ai quali sono rivolte le decisioni di cui all'articolo 20, paragrafo 1, hanno il diritto di scegliere qualunque organismo di risoluzione extragiudiziale delle controversie certificato in conformità del paragrafo 3 del presente articolo ai fini della risoluzione delle controversie inerenti a tali decisioni, compresi i reclami che non è stato possibile risolvere mediante il sistema interno di gestione dei reclami di cui a tale articolo.”

²⁹⁴ Al termine dell'art. 20, paragrafo 1 viene, infatti, sancito che: “Il primo comma lascia impregiudicato il diritto del destinatario del servizio in questione di avviare, in qualsiasi fase, procedimenti per contestare tali decisioni da parte dei fornitori di piattaforme online dinanzi a un organo giurisdizionale conformemente al diritto applicabile.”

alla piattaforma e successivamente, su iniziativa dell'utente, l'intervento di un organismo indipendente.

In ogni caso, vi è sempre la possibilità di adire il giudice competente. Il regolamento cerca così di offrire strumenti rapidi e meno onerosi rispetto al processo, senza privare i destinatari delle garanzie proprie di una giurisdizione statale.

Questo sistema “para-giurisdizionale” si arresta soltanto di fronte a una notizia di reato di particolare gravità, in presenza della quale il potere giurisdizionale torna ad essere di esclusiva competenza statale²⁹⁵.

In questi casi, infatti, “il prestatore di servizi di memorizzazione di informazioni informa senza indugio le autorità giudiziarie o di contrasto dello Stato membro o degli Stati membri interessati in merito ai propri sospetti, fornendo tutte le informazioni pertinenti disponibili”²⁹⁶.

L'obiettivo di un sistema così delineato non è soltanto tutelare il singolo destinatario, ma anche ridurre il contenzioso e correggere tempestivamente le decisioni erranee. Il reclamo interno può, infatti, consentire il ripristino del contenuto o dell'account senza rendere necessario l'intervento di un'autorità esterna. Esso costituisce in tal senso uno strumento di responsabilizzazione della piattaforma, chiamata non solo a decidere, ma anche a esaminare criticamente le proprie determinazioni.

3.3 Obblighi di trasparenza e i cd. *trusted flaggers*

La trasparenza costituisce uno degli assi portanti del sistema degli obblighi di diligenza. Essa opera su più livelli.

In primis, riguarda la conoscibilità delle condizioni generali e delle politiche di moderazione. Si manifesta, poi, nella motivazione delle singole decisioni e trova una

²⁹⁵ L'art. 18 reg. UE 2022/2065 fa riferimento ai soli reati che comportano una minaccia per la vita e la sicurezza di una o più persone. Interessante, in proposito, è il caso della temporanea sospensione dell'account Facebook di Donald Trump decisa dal Comitato per il controllo di Meta: nonostante la condotta contestata integrasse il crimine di alto tradimento, il Comitato per il controllo ha ritenuto che, all'interno della piattaforma, non venisse in rilievo il ruolo istituzionale di Trump, considerato un “semplice” utente responsabile di una meno grave istigazione a delinquere (v. MANETTI, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, in Quad. cost., 2021, p. 427)

²⁹⁶ Art. 18, paragrafo 1, reg. UE 2022/2065

dimensione ulteriore negli obblighi periodici di rendicontazione dell'attività svolta dai prestatori.

Lo scopo è rendere osservabili pratiche che, in assenza di specifici vincoli normativi, resterebbero affidate all'organizzazione interna e alla discrezionalità degli operatori.²⁹⁷

L'articolo 15 del regolamento impone ai prestatori di servizi intermediari di pubblicare, almeno una volta all'anno, relazioni chiare e facilmente comprensibili sulla moderazione dei contenuti effettuata nel periodo di riferimento. Le informazioni devono riguardare, tra l'altro, gli ordini ricevuti dalle autorità, le segnalazioni presentate mediante i meccanismi di *notice and action*, le misure adottate sulla base delle condizioni generali, i reclami trattati e l'eventuale impiego di strumenti automatizzati.²⁹⁸ Attraverso tali relazioni, gli utenti, le autorità e la società civile possono acquisire elementi utili per valutare l'intensità, la coerenza e l'accuratezza delle attività di moderazione²⁹⁹.

Per le piattaforme online, l'articolo 24 prevede obblighi informativi supplementari, coerenti con il maggior impatto derivante dalla diffusione al pubblico dei contenuti. L'articolazione progressiva della trasparenza riflette la struttura asimmetrica dell'intero capo III: quanto maggiore è il potere del prestatore di incidere sulla circolazione delle informazioni, tanto più ampio è il dovere di rendere conto delle proprie decisioni. La trasparenza non costituisce quindi un adempimento meramente formale, ma uno strumento funzionale all'*accountability*, perché rende possibile un controllo esterno sulle pratiche adottate e sull'uso dei sistemi automatizzati.

All'interno di questo quadro si inserisce la disciplina dei cd. “segnalatori attendibili” o *trusted flaggers*, prevista dall'articolo 22 del regolamento.³⁰⁰ Si tratta di enti ai quali il

²⁹⁷ In questo senso A. PURPURA, *Osservazioni sul Digital Services Act: responsabilità e gestione del rischio nella prestazione di servizi intermediari*, in *Comparazione e diritto civile*, n. 3/2022, p.1055 ss.

²⁹⁸ Art. 15, paragrafo 1, reg. UE 2022/2065.

²⁹⁹ A. PURPURA, *Osservazioni sul Digital Services Act: responsabilità e gestione del rischio nella prestazione di servizi intermediari*, op. cit.; M. HUSOVEC, *Rising Above Liability: The Digital Services Act as a Blueprint for the Second Generation of Global Internet Rules*, op. cit., il quale ha definito la trasparenza l'obbligo universale del DSA.

³⁰⁰ Secondo l'art. 22 reg. UE 2022/2065: “La qualifica di «segnalatore attendibile» a norma del presente regolamento viene riconosciuta, su richiesta di qualunque ente, dal coordinatore dei servizi digitali dello Stato membro in cui è stabilito il richiedente al richiedente che abbia dimostrato di soddisfare tutte le condizioni seguenti: a) dispone di capacità e competenze particolari ai fini dell'individuazione, dell'identificazione e della notifica di contenuti illegali; b) è indipendente da qualsiasi fornitore di piattaforme online; c) svolge le proprie attività al fine di presentare le segnalazioni in modo diligente, accurato e obiettivo.”

coordinatore dei servizi digitali dello Stato membro competente³⁰¹ attribuisce uno specifico *status*, in ragione della loro particolare competenza e affidabilità nell'individuazione di determinate categorie di contenuti illegali. Il regolamento non riconosce tale qualifica a qualsiasi segnalatore abituale, ma la collega al possesso di requisiti che giustificano un trattamento privilegiato delle relative segnalazioni.

La designazione è limitata all'area di competenza riconosciuta e non comporta l'attribuzione di un potere pubblico di accertamento definitivo dell'illegalità. Le loro segnalazioni restano infatti inserite nel procedimento dell'articolo 16 e devono essere valutate dalla piattaforma, ma beneficiano di una presunzione pratica di maggiore qualità derivante dalla professionalità e dall'affidabilità del soggetto che le presenta³⁰².

Le piattaforme online sono tenute ad adottare le misure tecniche e organizzative necessarie affinché le segnalazioni provenienti dai *trusted flaggers*, nell'ambito della rispettiva competenza, siano trattate con priorità e senza indebito ritardo.

La priorità non equivale, occorre ribadirlo, all'accoglimento automatico.

Il prestatore conserva il dovere di verificare la segnalazione e di adottare una decisione diligente, non arbitraria e obiettiva. Diversamente, la qualifica del segnalante finirebbe per sostituire la valutazione del caso concreto e potrebbe accrescere il rischio di rimozione ingiustificate.

La posizione privilegiata dei segnalatori attendibili è accompagnata da obblighi di responsabilizzazione. Essi devono pubblicare relazioni periodiche sull'attività svolta, rendendo conto del numero e della tipologia delle segnalazioni presentate e delle procedure utilizzate.³⁰³ Inoltre, il mantenimento dello *status* è subordinato alla persistenza dei requisiti richiesti: qualora emergano segnalazioni non sufficientemente precise, esatte o non adeguatamente motivate, il coordinatore competente può avviare una verifica e nei casi previsti sospendere o revocare la qualifica³⁰⁴.

³⁰¹ I coordinatori dei servizi digitali (DSC, *Digital Services Coordinator*), disciplinati all'art.49 del regolamento, aiutano la Commissione a monitorare e far rispettare gli obblighi previsti dalla legge sui servizi digitali. La Commissione e i coordinatori nazionali dei servizi digitali sono responsabili della supervisione, dell'applicazione e del monitoraggio della legge sui servizi digitali. Ciascuno Stato membro deve designare e conferire poteri a un coordinatore dei servizi digitali, che è responsabile di tutte le questioni relative all'applicazione e all'esecuzione della legge sui servizi digitali in tale paese. In Italia, il ruolo è assunto da AGCOM.

³⁰² In questo senso si veda il paragrafo 1 dell'art.22 reg. UE 2022/2065.

³⁰³ Art. 22, paragrafo 3, reg. UE 2022/2065

³⁰⁴ Art. 22, paragrafo 6, reg. UE 2022/2065

La priorità accordata dal regolamento trova così un contrappeso nella soggezione del segnalatore a forme di controllo e trasparenza.

Il *Digital Services Act* disciplina anche l'abuso dei meccanismi messi a disposizione degli utenti.

Ai sensi dell'articolo 23, le piattaforme devono sospendere, per un periodo ragionevole e previa ammonizione, i destinatari che forniscano con frequenza contenuti manifestamente illegali. Analogamente, può essere sospeso il trattamento delle segnalazioni dei reclami presentati frequentemente in modo manifestamente infondato.³⁰⁵ Tali misure mirano a evitare che gli strumenti di tutela vengano utilizzati per ostacolare il funzionamento del servizio, colpire abusivamente altri utenti o sovraccaricare i sistemi di moderazione. La sospensione deve, però, essere preceduta da una valutazione delle circostanze del caso e rispettare i criteri di proporzionalità, così da non trasformarsi in un ulteriore mezzo di limitazione arbitraria dell'accesso alle procedure.

Nel loro complesso gli obblighi di trasparenza e il regime dei *trusted flaggers* completano il sistema delineato dalle procedure di segnalazione e dai meccanismi di reclamo. I primi rendono conoscibile l'attività di moderazione, mentre i secondi cercano di migliorare la qualità e la tempestività delle segnalazioni più complesse. I rimedi contro gli abusi preservano l'effettività delle procedure.

Ne emerge un modello nel quale il contrasto ai contenuti illegali non viene affidato né a una sorveglianza generalizzata da parte delle piattaforme, né alla sola iniziativa delle autorità pubbliche, ma a un sistema procedurale articolato fondato sulla cooperazione tra intermediari, utenti e soggetti qualificati.

La disciplina conferma, in definitiva, la logica sottesa agli obblighi di diligenza. Essi non attribuiscono alle piattaforme una responsabilità automatica per tutte le informazioni diffuse attraverso i loro servizi, ma pretendono che esse organizzino in modo responsabile l'esercizio del proprio potere di moderazione.

³⁰⁵ Art. 23, paragrafo 2, reg. UE 2022/2065

4. La privatizzazione dell'*enforcement* e le relative problematiche

L'evoluzione della disciplina europea dei servizi digitali evidenzia un progressivo mutamento del ruolo attribuito agli intermediari online. È stato valorizzato il ruolo attivo delle piattaforme nella prevenzione e nel contrasto dei contenuti illeciti, assistendo, così, al passaggio da un sistema prevalentemente fondato sulla *liability* dell'intermediario a un modello nel quale assumono rilievo obblighi di comportamento, di organizzazione, di cooperazione, espressione di una più ampia logica di *platform responsibility*³⁰⁶.

Questa trasformazione costituisce il riflesso dei profondi cambiamenti intervenuti nell'ecosistema digitale. Le grandi piattaforme non svolgono più una mera funzione tecnica di memorizzazione o trasmissione delle informazioni, ma rappresentano i principali luoghi di circolazione dei contenuti, influenzando in misura crescente le modalità attraverso cui gli utenti accedono alle informazioni ed esercitano la libertà di espressione. La loro posizione strategica all'interno dell'ambiente digitale ha inevitabilmente modificato anche le aspettative del legislatore europeo, il quale ha progressivamente attribuito loro un ruolo sempre più incisivo nella gestione dei rischi derivanti dalla diffusione di contenuti illegali³⁰⁷.

Il fenomeno può essere descritto come un progressivo processo di privatizzazione dell'*enforcement*, espressione con la quale si intende il trasferimento di una quota significativa delle attività di controllo e di applicazione delle regole dagli apparati pubblici ai gestori delle piattaforme digitali.

L'*enforcement* non viene più realizzato esclusivamente mediante l'intervento delle autorità giudiziarie o amministrative, ma è affidato, almeno in una prima fase, agli stessi prestatori dei servizi digitali, chiamati a predisporre procedure di moderazione, sistemi di segnalazione, strumenti di valutazione dei contenuti e meccanismi di gestione dei reclami.

³⁰⁶ Cfr. G. FROSIO, *Platform Responsibility in the Digital Services Act: Constitutionalising, Regulating and Governing Private Ordering*, in Research handbook on EU Internet law, II ed., Edward Elgar Publishing, 2023, pp.253 ss.; M.A. ASTONE, *Digital Services Act e nuovo quadro di esenzione dalla responsabilità dei prestatori di servizi intermediari: quali prospettive?*, in *Contratto e impresa*, 2022.

³⁰⁷ Cfr. B. SAAVEDRA SERVIDA, *La responsabilità degli internet service provider: dal safe harbour al principio di accountability*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2024.

L'evoluzione del quadro normativo trova la propria origine nei profondi mutamenti economici e tecnologici che hanno caratterizzato Internet negli ultimi due decenni.

I regimi di esenzione dalla responsabilità introdotti alla fine degli anni Novanta rispondevano all'esigenza di favorire la costruzione dell'infrastruttura della rete e di sostenere la nascita di nuovi servizi digitali in un contesto ancora fortemente caratterizzato da incertezze sotto il profilo tecnologico ed economico. I prestatori dei servizi di *hosting* beneficiavano, pertanto, di ampie limitazioni di responsabilità, ritenute necessarie per evitare che il rischio di azione giudiziarie ostacolasse la crescita dell'economia digitale.

Il contesto attuale appare, tuttavia, profondamente mutato.

Internet costituisce ormai una componente essenziale della vita economica e sociale e le piattaforme digitali hanno assunto dimensioni tali da incidere significativamente sulla diffusione delle informazioni e sull'esercizio dei diritti fondamentali. Allo stesso tempo, l'enorme quantità di contenuti caricati quotidianamente dagli utenti rende di fatto impossibile un controllo pubblico sistematico della rete. Ne deriva che gli intermediari, disponendo delle infrastrutture tecnologiche, degli strumenti algoritmici e delle competenze tecniche necessarie per intervenire tempestivamente sui contenuti, vengono considerati i soggetti più idonei a sostenere i costi dell'attività di controllo.³⁰⁸

La conseguenza è che le istituzioni europee hanno, nel tempo, incoraggiato una più intensa collaborazione tra autorità pubbliche e operatori privati, valorizzando strumenti di autoregolamentazione, codici di condotta e pratiche volontarie di moderazione dei contenuti. Questa tendenza precede lo stesso *Digital Services Act* e trova riscontro nelle numerose comunicazioni della Commissione europea dedicate al contrasto dei contenuti illegali online, nelle quali progressivamente viene affermata l'idea di una responsabilità rafforzata (cd. *enhanced responsibility*) delle piattaforme digitali³⁰⁹.

³⁰⁸ Teoria economica dei *least-cost avoiders*, elaborata da Calabresi e Coase, secondo la quale i costi dell'*enforcement* dovrebbero gravare sul soggetto che è in grado di prevenire gli illeciti con il minor sacrificio economico. Si veda G. CALABRESI, *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*, in Yale Law Journal, n. 70 volume 4, March 1961; R. COASE, *The problem of social cost*, in The Journal of Law Economics, volume III, October 1960

³⁰⁹ Si veda COM (2017) 555 final, 28 settembre 2017, ossia la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni, "Lotta ai contenuti illeciti online. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online"; nel senso

È possibile constatare allora come agli intermediari non sia più richiesto soltanto di reagire alle segnalazioni ricevute, ma anche di predisporre assetti organizzativi idonei a prevenire la diffusione di contenuti illeciti e a garantire un ambiente digitale sicuro per gli utenti³¹⁰.

La progressiva attribuzione alle piattaforme di funzioni tradizionalmente riconducibili all'intervento pubblico ha determinato l'affermazione di un fenomeno che la dottrina definisce *private ordering*. Con tale espressione si fa riferimento all'insieme delle regole, delle procedure e dei meccanismi decisionali predisposti autonomamente dai prestatori di servizi digitali per disciplinare la permanenza, la diffusione e la rimozione dei contenuti all'interno delle proprie piattaforme. In questo modello, la regolazione dello spazio digitale non deriva esclusivamente dalle norme statali o dalle decisioni delle autorità competenti, ma anche dalle condizioni generali di utilizzo elaborate dagli stessi *provider*, che individuano gli *standard* di comportamento degli utenti e le conseguenze derivanti dalla loro violazione³¹¹.

La moderazione dei contenuti costituisce la manifestazione più evidente di tale processo.

Attraverso l'applicazione delle proprie condizioni contrattuali, le piattaforme decidono quotidianamente se mantenere online, limitare la visibilità o rimuovere contenuti caricati dagli utenti, incidendo direttamente sulla possibilità di esercitare la libertà di manifestazione del pensiero e di accesso alle informazioni.

Decisioni di questo genere non riguardano esclusivamente contenuti manifestamente illeciti, ma coinvolgono frequentemente anche materiali che, pur risultando leciti sul piano dell'ordinamento statale, contrastano con le regole interne della piattaforma. Ne deriva che una parte sempre più significativa della disciplina della comunicazione

di una “enhanced responsibility” delle piattaforme online, si veda § 6, dove si legge “Anche se tali contenuti sono creati e caricati da terzi, la crescente influenza delle piattaforme online nella società, derivante dal loro ruolo di guardiani dei contenuti e delle informazioni, ne aumenta le responsabilità nei confronti degli utenti e della società nel complesso.”

³¹⁰ Sempre al paragrafo 6, di cui sopra, si legge: “Le piattaforme dovrebbero pertanto essere proattive nell'eliminazione dei contenuti illegali, prevenendone la ricomparsa, dovrebbero porre in essere procedure efficaci di segnalazione e azione e istituire interfacce funzionanti con i soggetti terzi (come i segnalatori attendibili) e dare particolare priorità alle segnalazioni provenienti dalle autorità di contrasto.”

³¹¹ Sul concetto di *private ordering* e sul ruolo delle condizioni generali delle piattaforme come strumento di regolazione privata, G. FROSIO, *Platform Responsibility in the Digital Services Act: Constitutionalising, Regulating and Governing Private Ordering*, op. cit.

online viene elaborata e applicata da soggetti privati, mediante strumenti contrattuali piuttosto che attraverso fonti normative tradizionali.³¹²

Il *Digital Services Act* prende atto di questa realtà e sceglie di non sostituire integralmente il sistema di autoregolamentazione sviluppatosi negli anni, ma compie un tentativo di incanalatura dello stesso dentro una cornice giuridica comune, imponendo alle piattaforme obblighi procedurali e garanzie destinate a limitarne la discrezionalità.

Il regolamento non trasferisce *ex novo* poteri pubblici ai prestatori di servizi digitali, ma disciplina funzioni che essi già esercitavano nella prassi, sottoponendole a requisiti di trasparenza, motivazione, proporzionalità e controllo.

La scelta del legislatore europeo appare strettamente collegata alla constatazione che l'*enforcement* pubblico, da solo, non sarebbe in grado di fronteggiare la quantità di contenuti che quotidianamente vengono diffusi sulle piattaforme online. L'enorme volume di informazioni generate dagli utenti rende, infatti, impraticabile un controllo preventivo affidato esclusivamente alle autorità giudiziarie o amministrative.

Questo non significa, tuttavia, che le piattaforme assumano il ruolo di giudici della legalità dei contenuti. Esse continuano ad operare quali soggetti privati, chiamati ad applicare procedure disciplinate dalla legge, ma prive delle garanzie proprie dell'esercizio della funzione giurisdizionale. Proprio questa circostanza rappresenta uno degli aspetti più delicati della privatizzazione dell'*enforcement*.

Le decisioni adottate dalle piattaforme possono infatti incidere significativamente sull'esercizio dei diritti fondamentali degli utenti, senza essere il risultato di un procedimento giurisdizionale e senza che intervenga, nella maggior parte dei casi, un'autorità pubblica.

³¹² Cfr. G. FROSIO, *Platform Responsibility in the Digital Services Act: Constitutionalising, Regulating and Governing Private Ordering*, op. cit.

Per questa ragione, il *Digital Services Act* cerca di contemperare l'esigenza di affidare alle piattaforme un ruolo attivo nella gestione dei contenuti con la necessità di evitare che tale funzione si trasformi in una forma incontrollata di giustizia privata. L'obiettivo perseguito dal regolamento non consiste nell'attribuire agli intermediari un generale potere di valutazione della liceità delle informazioni, ma nel sottoporre l'esercizio della moderazione a regole procedurali comuni. Gli obblighi di motivazione delle decisioni, i sistemi di reclamo, gli obblighi di trasparenza e la possibilità di ricorrere a organismi indipendenti di risoluzione delle controversie rappresentano, sotto questo profilo, gli strumenti attraverso i quali il legislatore europeo tenta di costituzionalizzare il *private ordering*, introducendo garanzie volte a limitare l'arbitrarietà delle decisioni delle piattaforme e ad assicurare una maggiore verificabilità.³¹³

La privatizzazione dell'*enforcement* assume, dunque, caratteristiche profondamente diverse rispetto ai primi modelli di autoregolamentazione sviluppatasi spontaneamente dalle grandi piattaforme digitali. Se in passato la moderazione dei contenuti costituiva prevalentemente il risultato di scelte imprenditoriali autonome, oggi essa viene progressivamente inserita all'interno di un quadro normativo uniforme che disciplina non tanto il contenuto delle decisioni, quanto le modalità attraverso cui esse devono essere assunte. Il regolamento non elimina il ruolo centrale delle piattaforme nella gestione dello spazio digitale, ma cerca di trasformare un potere esercitato prevalentemente secondo logiche privatistiche in una funzione sottoposta a criteri di trasparenza e responsabilità.³¹⁴

³¹³ Nel senso di una costituzionalizzazione del *private ordering* si vedano: L. GILL, D. REDEKER e U. GASSER, *Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights*, in Berkman Center Research Publication, n.15/2015, 9 novembre 2015; O. POLLICINO e G. ROMEO (a cura di), *The Internet and Constitutional Law: The protection of fundamental rights and constitutional adjudication in Europe*, in Routledge Research in Constitutional Law, 2016; E. CELESTE, *Digital constitutionalism: a new systematic theorisation*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 2019, vol. 33, p.76.

³¹⁴ Secondo A. SHAPIRO, *The Control Revolution: How the Internet is Putting Individuals in Charge and Changing the World We Know*, p. 225, "in democratic societies, those who control the access to information have a responsibility to support the public interest. [...] these gatekeepers must assume an obligation as trustees of the greater good."

L'attribuzione alle piattaforme di un ruolo centrale nella gestione dei contenuti online non è rimasta immune da rilievi critici.

La collaborazione degli intermediari appare oggi indispensabile per garantire un'efficace tutela degli interessi coinvolti nell'ambiente digitale, ma è doveroso ammettere che la progressiva privatizzazione dell'*enforcement* solleva interrogativi di particolare rilievo sul piano di tutela dei diritti fondamentali e della legittimazione democratica delle decisioni assunte dalle piattaforme³¹⁵.

Una prima criticità riguarda il rischio di una privatizzazione della libertà di espressione. La crescente responsabilizzazione degli intermediari comporta che siano soggetti privati a decidere, quotidianamente, quali contenuti possano essere mantenuti online e quali invece debbano essere rimossi o resi meno visibili.

Sebbene tali decisioni siano formalmente adottate nell'applicazione delle condizioni generali di utilizzo, esse producono effetti che incidono direttamente sulla circolazione delle informazioni e sull'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero. Ne consegue che una parte significativa del bilanciamento tra libertà di espressione e tutela di altri interessi giuridicamente rilevanti viene affidata a operatori economici che perseguono finalità imprenditoriali e che non sono investiti di funzioni pubbliche in senso proprio³¹⁶.

Inoltre, gli incentivi economici a cui sono sottoposte le piattaforme possono indurle ad adottare politiche di moderazione particolarmente prudenti. Nel timore di incorrere in responsabilità, sanzioni o danni reputazionali, gli intermediari potrebbero infatti preferire rimuovere anche contenuti la cui illiceità risulti dubbia, privilegiando un

³¹⁵ Cito nuovamente il caso relativo alla sospensione dell'account Facebook e Twitter del Presidente degli Stati Uniti Donald Trump. Nel maggio 2021, l'Oversight Board, organismo istituito da Meta per esaminare alcune decisioni di moderazione dei contenuti, confermò la sospensione dell'account a seguito degli eventi del 6 gennaio 2021 presso il Campidoglio di Washington. L'episodio ha alimentato un intenso dibattito circa l'opportunità di attribuire a un organismo privato il potere di assumere decisioni suscettibili di incidere sulla libertà di espressione e sul confronto democratico.

³¹⁶ Si veda il discorso della Presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen dinanzi alla sessione plenaria del Parlamento europeo in occasione dell'insediamento del nuovo Presidente degli Stati Uniti e sulla situazione politica attuale, Bruxelles, 20 gennaio 2021, disponibile all'indirizzo https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_21_167 “No matter how right it may have been for Twitter to switch off Donald Trump's account five minutes after midnight, such serious interference with freedom of expression should be based on laws and not on company rules. It should be based on decisions of parliaments and politicians and not of Silicon Valley managers”.

approccio orientato alla minimizzazione del rischio giuridico e scivolando in quel fenomeno, già analizzato, dell'*overblocking*.

A ciò si aggiunge anche l'ulteriore profilo problematico del crescente ricorso a sistemi automatizzati, anch'esso già trattato, a cui si rinvia³¹⁷.

Le criticità evidenziate assumono rilievo anche sotto il profilo della trasparenza.

I criteri utilizzati dagli algoritmi per classificare o rimuovere i contenuti costituiscono frequentemente elementi coperti da segreto industriale o non integralmente conoscibili dagli utenti. Ciò determina un'evidente squilibrio informativo tra piattaforma e destinatari del servizio, rendendo particolarmente difficile comprendere le ragioni sottese alle decisioni di moderazione e contestarne efficacemente l'esito. Il sistema potrebbe così scivolare nella formazione di vere e proprie *black boxes*, nelle quali le logiche decisionali rimangono sostanzialmente sottratte al controllo esterno³¹⁸.

Il *Digital Services Act* non mira a eliminare il fenomeno del *private ordering*, ormai diventato una componente strutturale della *governance* di Internet, ma a sottoporlo a un insieme di regole ispirate ai principi dello Stato di diritto.

È possibile, allora, affermare come la previsione di procedure di *notice and action*, sistemi di reclamo, obblighi di motivazione delle decisioni, relazione di trasparenza e controlli pubblici costituiscano un reale tentativo di “costituzionalizzare” l'esercizio del potere privato di moderazione dei contenuti, introducendo garanzie idonee a limitarne l'arbitrarietà.³¹⁹

³¹⁷ Capitolo 2, Paragrafo 5, “Sistemi di enforcement: l'obbligo di upload filtering e il rischio di overblocking”

³¹⁸ In questo senso F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms that Control Money and Information*, in Harvard University Press, 2015

³¹⁹ Cfr. B. SAAVEDRA SERVIDA, *La responsabilità degli internet service provider: dal safe harbour al principio di accountability*, in Nuove leggi civili commentate, 2024.

4.1 La cd. *Good Samaritan Clause*

Uno degli aspetti più innovativi del *Digital Services Act* è rappresentato dall'introduzione della cd. *Good Samaritan Clause*, prevista dall'articolo 7 del regolamento.

La clausola nasce dall'esigenza di superare una delle principali criticità emerse durante l'applicazione della Direttiva *e-commerce*. Sotto il vigore della Direttiva 2000/31/CE i prestatori di servizi di *hosting* potevano essere indotti ad evitare attività spontanee di monitoraggio o di verifica dei contenuti caricati dagli utenti, temendo che tali iniziative fossero interpretate come indice di un ruolo attivo nella gestione delle informazioni e, conseguentemente, come elemento idoneo ad escludere l'applicazione delle esenzioni di responsabilità. Involontariamente, l'ordinamento finiva per scoraggiare proprio quei comportamenti virtuosi che avrebbero potuto contribuire ad un ambiente digitale più sicuro.

L'articolo 7 del *Digital Services Act* interviene su questo punto, stabilendo che lo svolgimento, in buona fede e con diligenza, di attività volontarie dirette ad individuare, rilevare o rimuovere i contenuti illegali, ovvero ad adottare le misure necessarie per conformarsi al diritto dell'unione o degli Stati membri, non determina, di per sé, la perdita delle esenzioni di responsabilità previste dagli articoli 4, 5 e 6 del regolamento. La disposizione chiarisce che l'iniziativa spontanea del prestatore non costituisce un elemento sufficiente per escludere il beneficio del *safe harbor*, purché essa venga esercitata nel rispetto dei requisiti di buona fede e diligenza.³²⁰

La ratio della previsione è duplice.

In primis, essa intende incentivare l'adozione di misure volontarie di moderazione dei contenuti, evitando che il prestatore sia disincentivato ad intervenire per il timore di veder aggravata la propria posizione giuridica. In secondo luogo, la norma mira a favorire anche una maggiore cooperazione tra operatori privati e autorità pubbliche nella prevenzione e nel contrasto dei contenuti illeciti, coerentemente con la logica di

³²⁰ Art. 7 reg. UE 2022/2065, intitolato “Indagini volontarie promosse di propria iniziativa e rispetto degli obblighi normativi”

responsabilizzazione che permea l'intero impianto del regolamento (UE) 2022/2065³²¹.

La disposizione prende il nome di *Good Samaritan Clause* proprio perché richiama l'idea del “Buon Samaritano”³²²: il prestatore che interviene spontaneamente per limitare la diffusione di contenuti illeciti non deve essere penalizzato per aver assunto un comportamento diligente.

La *Good Samaritan Clause* rappresenta, pertanto, uno degli strumenti attraverso i quali il legislatore europeo cerca di incentivare comportamenti diligenti e collaborativi da parte dei prestatori intermediari e allo stesso tempo di evitare che tale maggiore coinvolgimento si traduca automaticamente nell'esclusione del regime di esenzione dalla responsabilità.

Ne deriva una disciplina che, pur confermando l'assenza di un generale obbligo di monitoraggio, incoraggia gli intermediari ad assumere un ruolo più attivo nella gestione dei contenuti illeciti, coerentemente con il modello di *accountability* che caratterizza l'intero regolamento.

³²¹ M. A. ASTONE, *Digital Services Act e nuovo quadro di esenzione dalla responsabilità dei prestatori di servizi intermediari: quali prospettive?*, in *Contratto e Impresa*, 2022, p. 1057

³²² L'espressione “*Good Samaritan*” trae origine dalla nota parabola evangelica del Buon Samaritano (Lc 10, 25-37). Nel racconto, un uomo assalito dai briganti e lasciato ferito lungo la strada viene ignorato da un sacerdote e da un levita, mentre viene soccorso da un samaritano, appartenente a un popolo tradizionalmente ostile agli Ebrei. È proprio da tale significato che deriva la denominazione della *Good Samaritan Clause*, con la quale il legislatore europeo intende incentivare i prestatori di servizi intermediari ad adottare volontariamente misure dirette a individuare e contrastare i contenuti illegali.

5. Il coordinamento tra disciplina orizzontale e disciplina verticale: analisi del rapporto tra *Digital Services Act* e Direttiva (UE) 2019/790

Dopo aver definito un quadro uniforme per la responsabilità degli intermediari digitali, il legislatore europeo ha espressamente chiarito che il *Digital Services Act* non è destinato a sostituire le discipline settoriali già in vigore, ma ad operare come normativa generale applicabile ai servizi intermediari.

L'articolo 2, paragrafo 4 del regolamento stabilisce, infatti, che vengano lasciate impregiudicate le disposizioni del diritto dell'Unione europea volte a disciplinare aspetti specifici della prestazione dei servizi della società dell'informazione, tra le quali assume particolare rilievo la Direttiva (UE) 2019/790 sul diritto d'autore nel mercato unico digitale.

Ne consegue che il rapporto tra i due strumenti normativi non può essere ricostruito in termini di successione o di abrogazione implicita.

Al contrario, essi operano su piani differenti e perseguono finalità complementari.

Il *Digital Services Act* introduce una disciplina orizzontale destinata a regolare in via generale il funzionamento dei servizi intermediari e i relativi obblighi di diligenza, mentre la Direttiva *Copyright* detta una disciplina speciale per una categoria ben individuata di prestatori, ossia gli *Online Content Sharing Service Provider*, con esclusivo riferimento alla tutela del diritto d'autore online³²³.

In questa prospettiva, la Direttiva (UE) 2019/790 costituisce una *lex specialis* rispetto al *Digital Services Act*³²⁴. Quest'ultimo continua, dunque, a trovare applicazione ogni qualvolta il diritto dell'Unione europea non preveda una disciplina specifica, mentre nell'ambito della responsabilità per la comunicazione al pubblico di opere protette, prevalgono le disposizioni dell'articolo 17 della Direttiva *Copyright*.

L'elemento che maggiormente distingue le due discipline riguarda il diverso modello di responsabilità adottato.

³²³ C.A. PERRI, F. TUGNOLI, *L'intersezione tra il nuovo Digital Services Act e la Direttiva copyright n. 790/2019 nella responsabilità dell'hosting provider*, in *Privacy and Data Protection by ICTLC Italy*

³²⁴ CGUE, sez. V. 17 giugno 2021, C-597/19, caso M.I.C.M., nella quale si delinea una compenetrazione tra le discipline in virtù dell'armonizzazione di aspetti inerenti il diritto d'autore e i diritti connessi nella società dell'informazione.

Come già illustrato nel capitolo precedente, l'articolo 17 della Direttiva *Copyright* attribuisce ai prestatori di servizi di condivisione di contenuti online una responsabilità diretta per gli atti di comunicazione al pubblico e di messa a disposizione del pubblico delle opere caricate dagli utenti. Il sistema è costruito attorno al principio dell'autorizzazione preventiva, per cui la piattaforma è tenuta ad ottenere una licenza dai titolari dei diritti e, soltanto in mancanza di tale autorizzazione, andar esente da responsabilità, dimostrando di aver soddisfatto i rigorosi requisiti previsti dall'articolo 17 paragrafo 4.

Il *Digital Services Act* adotta, invece, un'impostazione differente.

Per gli *hosting provider* continua, infatti, a trovare applicazione il tradizionale sistema delle esenzioni della responsabilità, fondato sull'assenza di una conoscenza effettiva del contenuto illecito e sull'obbligo di intervenire tempestivamente una volta acquisita tale conoscenza. L'articolo 6 del regolamento conferma pertanto un modello di responsabilità condizionata, che presuppone l'inattività colpevole del prestatore successiva alla conoscenza dell'illecito.

Ne deriva una differenza strutturale tra i due modelli. La Direttiva *Copyright* costruisce la responsabilità intorno a un dovere preventivo di autorizzazione e collaborazione con i titolari dei diritti, il *Digital Services Act* continua a fondarsi sul tradizionale paradigma dell'esenzione condizionata, che viene meno soltanto nelle ipotesi tassativamente previste dal regolamento. La prima realizza una responsabilità essenzialmente “proattiva”, mentre il secondo conserva un'impostazione maggiormente “reattiva”, anche se rafforzata dai nuovi obblighi di diligenza introdotti dal legislatore europeo³²⁵.

Nonostante il diverso impianto delle due discipline, il loro rapporto non è conflittuale.

Come è già stato affermato, il regolamento non modifica il regime speciale introdotto dall'articolo 17 della Direttiva *Copyright*, ma ne integra il funzionamento, disciplinando alcuni profili procedurali rimasti privi di una specifica regolazione.

Un esempio significativo è rappresentato dal sistema delle segnalazioni.

³²⁵ In questo senso G. FROSIO, *Platform Responsibility in the Digital Services Act: Constitutionalising, Regulating and Governing Private Ordering*, op. cit.

L'articolo 17, paragrafo 4, lettera c) della Direttiva *Copyright* impone ai titolari dei diritti di presentare una “segnalazione sufficientemente motivata”, senza tuttavia precisarne il contenuto.

Il *Digital Services Act* interviene proprio su questo punto, stabilendo, come abbiamo visto nel corso della trattazione, all'articolo 16 gli elementi essenziali che una segnalazione deve contenere affinché possa considerarsi sufficientemente precisa e completa.

Il regolamento svolge, così, una funzione integrativa della disciplina speciale, offrendo criteri uniformi destinati ad agevolarne l'applicazione pratica senza alterarne l'impianto sostanziale.

A conferma di tale ricostruzione sistematica depongono gli stessi considerando 9 e 10 del *Digital Services Act*, nei quali il legislatore europeo chiarisce espressamente il rapporto tra regolamento e le altre fonti del diritto dell'Unione europea.

In particolare, il considerando 10 precisa che “il presente regolamento non dovrebbe pregiudicare altri atti del diritto dell'Unione che disciplinano la prestazione di servizi della società dell'informazione in generale, che disciplinano altri aspetti della prestazione di servizi intermediari nel mercato interno o che specificano e integrano le norme armonizzate di cui al presente regolamento.”³²⁶

Ne consegue che, qualora una determinata materia sia disciplinata da una normativa settoriale contenente disposizioni più specifiche, queste ultime continuano a trovare applicazione secondo il principio di specialità. L'obiettivo perseguito dal legislatore europeo è quello di garantire un quadro regolatorio armonizzato per i servizi intermediari, senza alterare l'equilibrio raggiunto dalle normative settoriali.

Il rapporto tra i due strumenti normativi deve, in conclusione, essere ricostruito in termini di complementarità e non di alternatività³²⁷.

³²⁶ Considerando 10 del Regolamento (UE) 2022/2065,

³²⁷ J. P. QUINTAIS, S. F. SCHWEMER, *The Interplay between the Digital Services Act and Sector Regulation: How Special Is Copyright?*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2022.

CONCLUSIONI

L'analisi sviluppata nella presente trattazione ha consentito di ricostruire il progressivo mutamento del regime europeo della responsabilità degli *Internet Service Provider*, mettendo in luce come l'evoluzione tecnologica e la crescente centralità delle piattaforme digitali abbiano inciso profondamente sull'equilibrio originariamente delineato dalla Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico.

Come evidenziato nel primo capitolo, la Direttiva *e-commerce* era stata concepita in un contesto storico profondamente diverso da quello attuale, caratterizzato da intermediari che svolgevano prevalentemente una funzione tecnica di trasmissione, memorizzazione o *caching* delle informazioni immesse in rete dagli utenti. In questo scenario, il legislatore europeo aveva costruito un sistema di limitazione della responsabilità fondato sul principio della neutralità dell'intermediario, escludendo, al contempo, l'imposizione di obblighi generali di sorveglianza sui contenuti trasmessi o memorizzati³²⁸.

La rapida evoluzione dell'ecosistema digitale ha, tuttavia, progressivamente messo in discussione tale paradigma.

La diffusione delle piattaforme di condivisione di contenuti online, dei *social network* e dei grandi *marketplace* online ha determinato un radicale cambiamento del ruolo svolto dagli intermediari, i quali non si limitano più ad offrire un'infrastruttura tecnica, ma intervengono nell'organizzazione, nella promozione e nella diffusione dei contenuti, esercitando un'influenza sempre più significativa sulle modalità di circolazione delle informazioni nello spazio digitale. Una trasformazione di questo calibro ha inevitabilmente sollevato l'esigenza di ripensare il sistema di esenzioni dalla responsabilità elaborato oltre vent'anni fa, affinché esso risultasse maggiormente adeguato alle caratteristiche del mercato unico digitale contemporaneo³²⁹.

³²⁸ Cfr. M.A. ASTONE, *Digital Services Act e nuovo quadro di esenzione dalla responsabilità dei prestatori di servizi intermediari: quali prospettive?*, op. cit.; B. SAAVEDRA SERVIDA, *La responsabilità degli Internet Service Providers: dal safe harbour al principio di accountability*, op. cit.

³²⁹ S.F. SCHWEMERL, *Digital Services Act: A Reform of the E-Commerce Directive and Much More*, op. cit.

La Direttiva (UE) 2019/790 si è inserita in questo percorso evolutivo e ha rappresentato un primo decisivo momento di svolta. Attraverso l'introduzione dell'art.17, il legislatore europeo ha, infatti, individuato una particolare categoria di prestatori di servizi, ossia le piattaforme di condivisione di contenuti online (cd. OCSSP), ai quali è stato attribuito un ruolo significativamente diverso rispetto a quello tradizionalmente riconosciuto agli *hosting provider*. La scelta di qualificare l'attività di tali piattaforme quale atto di comunicazione al pubblico ha comportato il superamento, per questo specifico settore, del modello fondato esclusivamente sull'esenzione dalla responsabilità, sostituendolo con un sistema nel quale assume rilievo centrale il preventivo ottenimento dell'autorizzazione dai titolari dei diritti e il compimento dei cd. *best efforts*³³⁰.

L'introduzione del *Digital Services Act* ha ulteriormente consolidato quest'evoluzione.

Pur mantenendo fermo il sistema dei *safe harbor* e confermando il divieto di imporre obblighi generali di sorveglianza, il regolamento ha modificato profondamente la posizione degli intermediari digitali, introducendo un articolato sistema di obblighi di diligenza e trasparenza. Nel corso della trattazione è stato osservato come il *Digital Services Act* non abbia segnato l'abbandono del modello delineato dalla Direttiva *e-commerce*, ma piuttosto il suo adattamento ad un contesto mutato, nel quale le piattaforme digitali assumono un ruolo essenziale non solo nella circolazione dei contenuti, ma anche nella tutela dei diritti fondamentali e nella salvaguardia dell'integrità dello spazio digitale europeo³³¹.

Sotto questo profilo, il passaggio dalla responsabilità all'*accountability* costituisce probabilmente il tratto maggiormente distintivo della nuova disciplina europea.

³³⁰ Cfr. V. FALCE, N. M. F. FARAONE, Spunti di diritto positivo sull'art. 17 della Direttiva Copyright, in Rivista di Diritto Industriale, 2021, n. 1, pp. 12 ss.; F. ASTONE, *Direttiva sul diritto d'autore e clausole generali. A proposito della condivisione non autorizzata di contenuti*, in AIDA 2021, p.141 ss.; CGUE, 26 aprile 2022, caso Repubblica di Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio, C-401/19.

³³¹ Cfr. M.A. ASTONE, *Digital Services Act e nuovo quadro di esenzione dalla responsabilità dei prestatori di servizi intermediari: quali prospettive?*, op. cit.; B. SAAVEDRA SERVIDA, *La responsabilità degli internet service provider: dal safe harbour al principio di accountability*, op. cit.; S.F. SCHWEMERL, *Digital Services Act: a reform of the e-Commerce Directive and much more*, op. cit.

L'attenzione del legislatore non si concentra più esclusivamente sull'accertamento della responsabilità dell'intermediario a seguito della commissione dell'illecito, ma si sposta progressivamente verso la predisposizione di un sistema di obblighi organizzativi e procedurali finalizzati alla prevenzione dei rischi derivanti dal funzionamento delle piattaforme.

Ne deriva un modello regolatorio nel quale la responsabilità rappresenta soltanto uno degli strumenti attraverso cui perseguire l'obiettivo, più ampio, di garantire un ambiente digitale sicuro, trasparente e rispettoso dei diritti fondamentali³³².

L'analisi del rapporto tra il *Digital Services Act* e la Direttiva *Copyright* ha, inoltre, evidenziato come il legislatore europeo abbia progressivamente costruito un sistema multilivello, nel quale la disciplina orizzontale del regolamento si coordina con le normative settoriali secondo il principio di specialità. In tale prospettiva, il regolamento non sostituisce né modifica il regime speciale previsto dall'art.17 della Direttiva (UE) 2019/790, ma ne integra il funzionamento attraverso la previsione di regole procedurali comuni e di obblighi di diligenza destinati ad applicarsi, in via generale, ai prestatori di servizi intermediari. Il risultato è un quadro normativo maggiormente coerente rispetto al passato, nel quale la tutela del diritto d'autore si inserisce all'interno di una più ampia strategia europea di regolazione delle piattaforme digitali³³³.

La ricostruzione effettuata consente, pertanto, di affermare che il diritto europeo degli intermediari si è progressivamente allontanato dalla figura dell'*hosting provider* quale soggetto meramente tecnico e passivo, per attribuire alle piattaforme un ruolo sempre più attivo nella gestione dei contenuti, nella prevenzione degli illeciti e nella protezione dei diritti degli utenti.

Una siffatta evoluzione, però, non dovrebbe coincidere con l'introduzione di una responsabilità automatica o oggettiva degli intermediari. Anzi, il legislatore europeo continua formalmente a fondare il sistema sul mantenimento delle esenzioni dalla

³³² Cfr. B. SAAVEDRA SERVIDA, , *La responsabilità degli internet service provider: dal safe harbour al principio di accountability*, op. cit.; G. FROSIO, *Platform Responsibility in the Digital Services Act: Constitutionalising, Regulating and Governing Private Ordering*, op. cit.; S.F. SCHWEMERL, *Digital Services Act: a reform of the e-Commerce Directive and much more*, op. cit.

³³³ Cfr. J.P. QUINTAIS - S.F. SCHWEMERL, *The Interplay between the Digital Services Act and Sector Regulation: How Special Is Copyright?*, op. cit.

responsabilità, subordinandone però la conservazione al rispetto di un numero crescente di obblighi organizzativi, procedurali e tecnologici.

È proprio questa progressiva espansione dei doveri gravanti sugli intermediari che impone di interrogarsi sulla reale natura dell'attuale modello europeo.

Se il *Digital Services Act* rappresenta il punto di approdo dell'evoluzione della disciplina europea degli intermediari digitali, resta aperta una questione di fondo, destinata verosimilmente ad assumere un ruolo centrale sul futuro sviluppo della materia: se l'attuale sistema, pur continuando formalmente a fondarsi sul principio della responsabilità per colpa, non stia progressivamente evolvendo verso una forma di responsabilità oggettiva “di fatto”.

Come è emerso nel corso della trattazione, il legislatore europeo ha evitato di abbandonare il tradizionale impianto delle esenzioni dalla responsabilità inaugurato dalla Direttiva *e-commerce*. Né la Direttiva (UE) 2019/790 né il *Digital Services Act* introducono, infatti, un'espressa previsione di responsabilità oggettiva per gli *Internet Service Provider*.

Anzi, entrambe le discipline continuano a subordinare la responsabilità del prestatore alla ricorrenza di presupposti specifici e all'inosservanza di obblighi puntualmente individuati dal legislatore. Tuttavia, proprio l'ampliamento progressivo di tali obblighi induce a interrogarsi sulla reale portata del modello delineato dal diritto dell'Unione europea.

Il rischio non risiede nell'introduzione formale di un diverso criterio di imputazione della responsabilità, ma nella possibilità che l'accrescimento dei doveri gravanti sugli intermediari finisca, nella prassi applicativa, per rendere estremamente difficile beneficiare delle esenzioni previste dall'ordinamento. Detto altrimenti, pur permanendo una responsabilità formalmente fondata sulla colpa, il continuo ampliamento degli obblighi di prevenzione, controllo e intervento potrebbe determinare un effetto sostanzialmente analogo a quello di una responsabilità oggettiva³³⁴.

³³⁴ L. ANSELMi, *Provider “attivi” e danno “in re ipsa”: evoluzione verso una responsabilità oggettiva?*, in AIDA 2022, p.798 ss.

La giurisprudenza europea e nazionale sembra del resto essersi progressivamente orientata in questa direzione.

Se la Corte di giustizia nelle note controverse YouTube e Cyando³³⁵ ha ribadito che il prestatore non può essere considerato automaticamente responsabile per il solo fatto di ospitare contenuti caricati dagli utenti, essa ha al contempo valorizzato il ruolo concretamente svolto dall'intermediario nell'organizzazione e nella gestione della piattaforma, attribuendo crescente rilievo agli strumenti tecnologici di cui esso dispone e alla sua effettiva capacità di prevenire la diffusione di contenuti illeciti. Allo stesso modo, la giurisprudenza nazionale ha progressivamente ampliato il novero degli indici sintomatici idonei a qualificare il *provider* quale soggetto attivo, valorizzando elementi quali l'organizzazione dei contenuti, la profilazione degli utenti, l'impiego di algoritmi di raccomandazione, la monetizzazione delle attività svolte sulla piattaforma e più in generale l'intero assetto organizzativo predisposto dal prestatore.³³⁶

Alla luce della profonda trasformazione economica e tecnologica delle piattaforme digitali tale evoluzione appare certamente comprensibile.

Come osservato nel corso della presente trattazione, gli *Internet Service Provider* che oggi dominano il mercato dei servizi digitali esercitano un'influenza significativamente diversa rispetto agli intermediari disciplinati nel Duemila dalla Direttiva *e-commerce* e sarebbe difficilmente sostenibile continuare a considerarli meri soggetti tecnicamente neutrali.

Non avendo trovato espressione normativa una nozione concreta di “attività” del *provider*, si rischia che la stessa divenga progressivamente dilatata fino a ricomprendere qualsiasi prestatore che metta a disposizione strumenti tecnologicamente avanzati di organizzazione dei contenuti, in modo da far dipendere la responsabilità non tanto dalla concreta conoscenza dell'illecito, quanto dalle caratteristiche stesse della piattaforma.

Una simile impostazione finirebbe per svuotare il contenuto del sistema delle limitazioni di responsabilità costruito dal legislatore europeo³³⁷.

³³⁵ CGUE, 22 giugno 2021, *caso YouTube c. Cyando*, cause riunite C-682/18 e C-683/18

³³⁶ L. ANSELMi, *La Corte di giustizia sul caso YouTube: avanti (ma non troppo) con giudizio*, in AIDA 2021, p. 588 ss.

³³⁷ *Ibidem*.

Anche l'impiego di algoritmi sempre più sofisticati, volti a individuare, classificare e rimuovere contenuti illeciti, costituisce una naturale conseguenza dell'enorme quantità di informazioni gestite quotidianamente dalle piattaforme digitali. Il ricorso a queste tecnologie accentua inevitabilmente il rischio che il rispetto degli obblighi di diligenza venga identificato con la capacità tecnica di prevenire ogni possibile illecito, alimentando aspettative che difficilmente possono essere soddisfatte in modo assoluto.

Il *Digital Services Act* sembra aver tentato di evitare tale esito attraverso un delicato bilanciamento tra obblighi di intervento e salvaguardia dei diritti fondamentali. Viene ribadito espressamente che la responsabilità degli intermediari deve continuare ad essere valutata separatamente rispetto agli obblighi organizzativi previsti dal capo III del regolamento³³⁸. Questa distinzione rappresenta uno degli elementi essenziali per preservare l'equilibrio del sistema e impedire che la responsabilizzazione degli intermediari si trasformi in una responsabilità oggettiva mascherata³³⁹.

Ovviamente, ciò non esclude che la concreta applicazione del nuovo quadro normativo possa condurre a risultati differenti. Molto dipenderà dall'interpretazione che la Corte di giustizia e i giudici nazionali offriranno delle clausole generali contenute tanto nella Direttiva *Copyright* quanto nel *Digital Services Act*. Nozioni come “massimi sforzi”, “diligenza professionale”, “misure appropriate” o “gestione dei rischi” costituiscono concetti necessariamente elastici, destinati ad acquisire contenuto attraverso la futura elaborazione giurisprudenziale, la quale avrà il compito di mantenere saldo il delicato equilibrio introdotto dal legislatore europeo.

È nella capacità di mantenere saldo tale equilibrio che si misurerà, nei prossimi anni, la tenuta effettiva del nuovo modello europeo di regolazione delle piattaforme digitali.

³³⁸ Considerando 41, reg. UE 2022/2065, dove si legge: “Gli obblighi in materia di dovere di diligenza sono indipendenti dalla questione della responsabilità dei prestatori di servizi intermediari, che deve pertanto essere valutata separatamente.”

³³⁹ S. F. SCHWEMERL, *Digital Services Act: A Reform of the E-Commerce Directive and Much More*, op. cit.

BIBLIOGRAFIA

- ALVISI** Chiara, *L'equità dei compensi per lo sfruttamento delle risorse di proprietà intellettuale*, in AIDA – Annali Italiani del Diritto d'Autore, della Cultura e dello Spettacolo, 2021, p. 153 ss.
- AMIDEI** Andrea, *La tutela del diritto d'autore online tra responsabilità e libertà di espressione*, in Giurisprudenza Italiana, 2024, n. 2, p. 483 ss.
- ANSELMi** Ludovico, *Provider "attivi" e "passivi": vecchie risposte a problemi attuali*, in AIDA – Annali Italiani del Diritto d'Autore, della Cultura e dello Spettacolo, 2020, p. 654 ss.
- ANSELMi** Ludovico, *La Corte di giustizia sul caso YouTube: avanti (ma non troppo) con giudizio*, in AIDA – Annali Italiani del Diritto d'Autore, 2021, p. 588 ss.
- ANSELMi** Ludovico, *Provider "attivi" e danno "in re ipsa": evoluzione verso una responsabilità oggettiva?*, in AIDA – Annali Italiani del Diritto d'Autore, della Cultura e dello Spettacolo, 2022, p. 798 ss.
- ASTONE** Francesco, *L'enforcement privato in Italia*, in AIDA – Annali Italiani del Diritto d'Autore, della Cultura e dello Spettacolo, 2014, p. 59 ss.
- ASTONE** Francesco, *Direttiva sul diritto di autore e clausole generali. A proposito della condivisione non autorizzata di contenuti*, in AIDA – Annali Italiani del Diritto d'Autore, della Cultura e dello Spettacolo, 2021, p. 141 ss.
- ASTONE** Francesco, *Il rapporto tra gestore e singolo utente: questioni generali*, in AIDA – Annali Italiani del Diritto d'Autore, della Cultura e dello Spettacolo, 2011, p. 102 ss.
- ASTONE** Maria Annunziata, *Digital Services Act e nuovo quadro di esenzione dalla responsabilità dei prestatori di servizi intermediari: quali prospettive?*, in Contratto e impresa, 2022, n. 4, p. 1050 ss.
- BELLI** Guido, *La responsabilità civile dei service providers*, in La Responsabilità Civile, 2011, n. 10, p. 693 ss.

BENATTI Francesco – **PORTONERA**, Giulia, *La responsabilità di diritto civile degli Internet Service Providers. Spunti dalla comparazione con la giurisprudenza statunitense*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2024, n. 2, p. 476 ss.

BERTANI Michele, *Internet e la «amministrativizzazione» della proprietà intellettuale*, in *AIDA – Annali Italiani del Diritto d’Autore, della Cultura e dello Spettacolo*, 2012, p. 129 ss.

BERTANI Michele, *La concretizzazione delle clausole generali sulla proprietà intellettuale*, in *AIDA – Annali Italiani del Diritto d’Autore, della Cultura e dello Spettacolo*, 2021, p. 26 ss.

BERTANI Michele – **COGO** Alessandro – **FABBIO** Philipp – **GENOVESE** Anna – **OTTOLIA** Andrea, *Lineamenti di diritto industriale. Concorrenza e proprietà intellettuale*, CEDAM, Wolters Kluwer, Padova, 2024, p. 560 ss.

BERTANI Michele, *L’ultima frontiera contro la pirateria online: ingiunzioni dinamiche ai gatekeepers della rete, definite con procedure di notice and take down*, in *AIDA – Annali Italiani del Diritto d’Autore, della Cultura e dello Spettacolo*, 2018, p. 875 ss.

BIANCA Cesare Massimo, *Le autorità private*, E. Jovene, Napoli, 1977, p. 8 e 57

BOCCHINI Roberto, *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2017, p. 632 ss.

BOCCHINI Roberto, *La responsabilità civile plurisoggettiva, successiva ed eventuale dell’ISP*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2019, p. 2606 ss.

BRASCHI Sofia, *Il nuovo Regolamento sui servizi digitali: quale futuro per la responsabilità degli Internet Service Provider?*, in *Diritto penale e processo*, 2023, n. 3, p. 367 ss.

CAPUOZZO Valentina – **TACENTE** Alessandro, *Sovranità digitale e libertà di espressione online nella dimensione europea e convenzionale*, in *federalismi.it*, 2025, n. 6, p. 16 ss.

- CARMINATI** Arianna, *La regolamentazione degli influencer nella prospettiva costituzionalista tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela del pubblico online*, in AIDA – Annali Italiani del Diritto d’Autore, della Cultura e dello Spettacolo, 2024, p. 329 ss.
- CARPAGNANO** Michele, *Il file-sharing davanti alla Corte Suprema statunitense. Il caso Metro-Goldwyn-Mayer Studios v. Grokster*, in Diritto dell’Internet, 2005, n. 6, p. 568 ss.
- CASSANO** Giuseppe, *La pubblicità al tempo dei social*, in Rivista di Diritto Industriale, 2025, n. 4-5, p. 167 ss.
- CATERINA** Raffaele, *Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto*, in AIDA – Annali Italiani del Diritto d’Autore, della Cultura e dello Spettacolo, 2011, p. 93.
- CATERINO** Daniela, *Prime osservazioni sul trattamento degli User Generated Contents nella direttiva UE Digital Copyright*, in AIDA – Annali Italiani del Diritto d’Autore, della Cultura e dello Spettacolo, 2019, p. 282 ss.
- CELESTE** Edoardo, *Digital constitutionalism: a new systematic theorisation*, in International Review of Law, Computers & Technology, 2019, vol. 33, p.76.
- CELOTTO** Alfonso, *Diritto d’autore e circolazione delle informazioni: quale bilanciamento fra valori costituzionali (e comunitari)?*, in AIDA – Annali Italiani del Diritto d’Autore, della Cultura e dello Spettacolo, 2004, p. 504 ss.
- CILIBERTI** Liliana, *DSA e EMFA: speciale responsabilità delle piattaforme online e tutela della libertà dei media*, in Rivista Italiana di Informatica e Diritto, 2024, n. 2, p. 213 ss.
- COGO** Alessandro, *L’armonizzazione comunitaria del diritto patrimoniale d’autore*, in AIDA – Annali Italiani del Diritto d’Autore, della Cultura e dello Spettacolo, 2016, p. 412 ss.
- COGO** Alessandro, *Online content-sharing platforms as users of copyrighted contents*, in AIDA – Annali Italiani del Diritto d’Autore, della Cultura e dello Spettacolo, 2019, p. 68 ss.

- COSTA** Davide, *La responsabilità dell'Internet Service Provider per i reati in materia di diritto d'autore*, in *Giurisprudenza Penale*, 2022.
- CUNEGATTI** Beatrice, *Danno all'immagine e responsabilità dell'Internet Service Provider*, in *Diritto dell'Internet*, 2008, n. 2, p. 133 ss.
- D'ALBERTI** Diana, *Google e le nuove autorità private: la metamorfosi dal fatto al diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 2021, p.745
- D'AMICO** Giovanni, *Principi costituzionali e clausole generali: problemi (e limiti) nella loro applicazione nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)* in Id. (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 49 ss.
- DELSIGNORE** Monica, *Il sistema U.S.A.*, in *AIDA – Annali Italiani del Diritto d'Autore, della Cultura e dello Spettacolo*, 2014, p. 3 ss.
- DE MENECH** Carlotta, *La restituzione del profitto illecito nel sistema della proprietà intellettuale*, in *AIDA – Annali Italiani del Diritto d'Autore, della Cultura e dello Spettacolo*, 2022, p. 770 ss.
- DE MIGUEL ASENSIO** Pedro A., *Overcoming fragmentation and territoriality in EU Copyright Law?*, in *AIDA – Annali Italiani del Diritto d'Autore, della Cultura e dello Spettacolo*, 2017, p. 181 ss.
- DORIA** Giuseppe, *Sullo stato dell'arte della tutela della proprietà intellettuale in internet (e gli interessi oggetto di protezione) a seguito del recepimento della Direttiva copyright*, in *Amministrativamente*, 2023, n. 2, p. 612 ss.
- DUSSOLIER** Séverine, *The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market: Some Progress, a Few Bad Choices, and an Overall Failed Ambition*, in *Common Market Law Review*, IV, 2020, p. 1020 ss., accessibile all'URL <https://ssrn.com/abstract=3695839>
- FABRIS** Daniele, *La nuova disciplina dell'abuso di dipendenza economica nei mercati digitali alla luce della Direttiva Digital Copyright. Osservazioni a margine del caso Meta vs Siae*, in *AIDA – Annali Italiani del Diritto d'Autore, della Cultura e dello Spettacolo*, 2023, p. 770 ss.

- FAGLIA** Francesco, *La Corte di giustizia e l'enforcement algoritmico del diritto d'autore*, in AIDA – Annali Italiani del Diritto d'Autore, della Cultura e dello Spettacolo 2022, p.712 ss.
- FALCE** Valeria, *La spinta adeguatrice della Direttiva Copyright. Il caso dell'eccezione di insegnamento*, in Rivista di diritto industriale, 2019, n.6, p. 376 ss.
- FALCE** Valeria, *Direttiva Copyright 2019: fair use ed eccezioni al copyright tra esigenze di "apertura" e necessità di indirizzo*, in Filodiritto.it, 2019, rinvenibile al link: <https://www.filodiritto.com/direttiva-copyright-2019-fair-use-ed-eccezioni-al-copyright-tra-esigenze-di-apertura-e-necessita-di-indirizzo>
- FALCE** Valeria – **FARAONE** Nicola M. F., *Spunti di diritto positivo sull'art. 17 della Direttiva Copyright*, in Rivista di Diritto Industriale, 2021, n. 1, p. 12 ss.
- FERREIRA** Fabiana Félix, *La questione della compatibilità dei sistemi automatizzati di filtraggio con la libertà di manifestazione del pensiero alla luce della sentenza CGUE, C-401/2019*, in Dirittifondamentali.it, 2023, n.3, p. 383 ss.
- FERRARI** Francesca, *L'intelligenza artificiale e l'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale*, in AIDA – Annali Italiani del Diritto d'Autore, della Cultura e dello Spettacolo, 2018, p. 171 ss.
- FINOCCHIARO** Giusella, *Filtering e responsabilità del provider*, in AIDA – Annali Italiani del Diritto d'Autore, della Cultura e dello Spettacolo, 2010, p. 340 ss.
- FRANCESCHELLI** Vincenzo, *Gli ottant'anni della legge sul diritto d'autore - (Il nostro diritto d'autore dopo la Direttiva 2019/790/UE)*, in Rivista di Diritto Industriale, 2021, n. 6, p. 267 ss.
- FROSINI** Tommaso Edoardo, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti (AIC), 2011, n. 1, p. 1–17.
- FROSIO** Giancarlo, *L'art.17, Dir.790/2019: i diritti fondamentali restano sospesi*, in Giurisprudenza italiana, 2022, V, p. 1288 ss.

- FROSIO** Giancarlo, *Platform responsibility in the Digital Services Act: constitutionalising, regulating and governing private ordering*, in Research Handbook on EU Internet law, II ed., Edward Elgar Publishing, 2023, p. 253 ss.
- FROSIO** Giancarlo, *Reforming the C-DSM Reform: A User-Based Copyright Theory for Commonplace Creativity* (November 14, 2019). Centre for International Intellectual Property Studies (CEIPI) Research Paper No. 2019-12, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3500722>
- GALLI** Cesare, *La proprietà intellettuale nell'era digitale: la necessità di un quadro d'insieme*, in AIDA – Annali Italiani del Diritto d'Autore, della Cultura e dello Spettacolo, 2021, p. 346 ss.
- GALLOTTO** Valerio, *Decreto Omnibus, nuovi obblighi e responsabilità per gli Internet Service Provider*, in NT+ Diritto – Il Sole 24 Ore, 8 ottobre 2024, disponibile online: <https://ntplusdiritto.ilsole24ore.com/art/AGJdlaR>
- GENOVESE** Anna, *Diffusione di video pirata in rete e responsabilità dell'hosting internet service provider. I rapporti fra Codice delle Comunicazioni Elettroniche e Testo Unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici*, in AIDA – Annali Italiani del Diritto d'Autore, della Cultura e dello Spettacolo, 2010, p. 364 ss.
- GIANNONE CODIGLIONE** Giorgio, *La parabola della retroversione degli utili da violazione del diritto d'autore nell' "angolo morto" della responsabilità civile*, in AIDA – Annali Italiani del Diritto d'Autore, della Cultura e dello Spettacolo, 2023, p. 534 ss.
- GILL** Lex – **REDEKER** Dennis – **GASSER** Urs, *Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights*, in Berkman Center Research Publication, n.15/2015, 9 novembre 2015
- HUSOVEC** Martin, *Rising Above Liability: The Digital Services Act as a blueprint for the second generation of global internet rules*, in Berkeley Technology Law Journal, 2023, vol. 38, p. 883 ss, DOI: 10.15779/Z38M902431

- HUSOVEC** Martin, *The promises of Algorithmic Copyright Enforcement: Takedown or Staydown? Which is Superior? And why?*, in *Columbia Journal of Law & the Arts*, 2018, p. 77-79
- LAVAGNINI** Simona, *La proprietà intellettuale in Internet*, in *AIDA – Annali Italiani del Diritto d’Autore, della Cultura e dello Spettacolo*, 2010, p. 472 ss.
- LAVAGNINI** Simona, *La direttiva Digital Copyright: evoluzione normativa e interessi*, in *AIDA – Annali Italiani del Diritto d’Autore, della Cultura e dello Spettacolo*, 2019, p. 208 ss.
- LAVAGNINI** Simona, *La responsabilità degli Internet Service Provider e la nuova figura dei prestatori di servizi di condivisione online (art.17)*, in *Il diritto d’autore nel mercato unico digitale*, Milano, 2022, p. 207 ss.
- LAVAGNINI** Simona, *La responsabilità civile delle piattaforme online: il ruolo del fine di profitto*, in *AIDA – Annali Italiani del Diritto d’Autore, della Cultura e dello Spettacolo*, 2023, p. 759 ss.
- LEISTNER** Matthias, *A general introduction to the implementation of Art. 17 DSM Directive in Germany*, in *AIDA – Annali Italiani del Diritto d’Autore, della Cultura e dello Spettacolo*, 2022, p. 233 ss.
- LIQUORI** Jacopo, *La responsabilità dell’Internet service provider*, in G. Cassano – B. Tassone (a cura di), *Diritto industriale e diritto d’autore nell’era digitale*, Milano, 2022, 281
- MANETTI** Michela, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, fascicolo 2, 2021, p. 427-430
- MARSICO** Giuseppe Maria, *La responsabilità civile dell’Internet Service Provider: sulla dibattuta species del contratto di accesso*, in *Il Diritto Amministrativo*, 2022.
- MARTINELLI** Silvia, *L’autorità privata del provider*, in SIRENA e ZOPPINI (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, Roma, 2018, p. 555
- MASSA** Fabiola, *L’evoluzione della responsabilità degli Internet Service Providers: dalla Direttiva E-Commerce al Digital Services Act*, in *Giustizia*, 2022, n. 2, p. 42 ss.

- MEO** Carlo, *Operatori digitali e licenze collettive nella direttiva 2019/790/UE*, in AIDA – Annali Italiani del Diritto d’Autore, della Cultura e dello Spettacolo, 2019, p. 257 ss.
- MERUZZI** Giovanni, *Internet service providers, impresa di gruppo e responsabilità delle controllate*, in AIDA – Annali Italiani del Diritto d’Autore, della Cultura e dello Spettacolo, 2014, p. 349 ss.
- MICELI** Giuseppe, *Profili evolutivi della responsabilità in rete: il ruolo degli Internet Service Provider tra prevenzione e repressione*, in MediaLaws – Rivista di Diritto dei Media, 2017, p. 106 ss.
- MONTAGNANI** Maria Lillà, *Internet, contenuti illeciti e responsabilità degli intermediari*, Egea, Milano, 2018, p. 116
- MONTAGNANI** Maria Lillà, *Le procedure di notice and take down gestite dai prestatori di servizi*, in AIDA – Annali Italiani del Diritto d’Autore, della Cultura e dello Spettacolo, 2023, p. 68 ss.
- MONTELEONE** Andrea Giulia, *Le piattaforme come strumenti di creazione di contenuti. L’incerta regolazione degli user-adapted content nella proposta di direttiva sul diritto d’autore nel mercato unico digitale*, in MediaLaws – Rivista di Diritto dei Media, 2019, p. 123 ss.
- NIVARRA** Luca, *La responsabilità degli intermediari*, in AIDA – Annali Italiani del Diritto d’Autore, della Cultura e dello Spettacolo, 2002, p. 307 ss.
- NIVARRA** Luca, *L’equa remunerazione degli autori*, in AIDA – Annali Italiani del Diritto d’Autore, della Cultura e dello Spettacolo, 2022, p. 107 ss.
- NOBRE** Teresa, *The Post DSM Copyright Report: Article 17*, in Communia Blog, 2024, disponibile online: <https://communia-association.org/2024/05/13/the-post-dsm-copyright-report-article-17/>
- NOVELLI** Claudio, *Il social giudizioso. La giurisprudenza italiana sulla responsabilità civile degli Internet Service Providers*, in Rivista Italiana di Informatica e Diritto, 2019, n. 1, p. 97 ss.

ONZA Maurizio, *Responsabilità “da condivisione on line” e diritti (d’autore e connessi) altrui (Osservazioni preliminari su regole legali e regole giurisprudenziali)*, in AIDA – Annali Italiani del Diritto d’Autore, della Cultura e dello Spettacolo, 2022, p. 84 ss.

OROFINO Marco, *L’intervento regolamentare dell’AGCOM in materia di diritto d’autore: profili di criticità formale e sostanziale*, in F. PIZZETTI (a cura di), *I diritti nella “rete” della rete: il caso del diritto di autore*, Torino, 2011, pag. 135.

OTTOLIA Andrea, *L’interferenza permanente fra proprietà intellettuale e libertà di espressione nel diritto dell’Unione Europea: una proposta di bilanciamento*, in AIDA – Annali Italiani del Diritto d’Autore, della Cultura e dello Spettacolo, 2016, p. 157 ss.

OTTOLIA Andrea, *Il governo dell’algoritmo*, in AIDA – Annali Italiani del Diritto d’Autore, della Cultura e dello Spettacolo, 2022, p. 301 ss.

PAMPANIN Vittorio, sub art. 4, in *Il regolamento AGCOM e il diritto d’autore*, in UBERTAZZI, 2014, p. 253 ss.

PAPA Anna, *La tutela del pluralismo informativo in Rete. Il ruolo e le prospettive della direttiva europea 2019/790*, in *Il diritto d’autore nell’era digitale*, edizione Giappichelli, 2019, p. 13-38

PASQUALE Frank, *The Black Box Society: The Secret Algorithms that Control Money and Information*, in Harvard University Press, 2015

PENNISI Roberto, *L’applicazione della Direttiva Copyright in Digital Single Market*, in AIDA – Annali Italiani del Diritto d’Autore, della Cultura e dello Spettacolo, 2019, p. 179 ss.

PERRI Carmine – **TUGNOLI** Francesca, *L’intersezione tra il nuovo Digital Services Act e la Direttiva copyright n. 790/2019 nella responsabilità dell’hosting provider*, in Privacy and Data Protection by ICTLC Italy, disponibile al seguente link: <https://www.ictlc.com/lintersezione-tra-il-nuovo-digital-service-act-e-la-direttiva-copyright-n-790-2019-nella-responsabilita-dellhosting-provider/>

PIRAINO Fabrizio, *Spunti per una rilettura della disciplina giuridica degli internet service provider*, in AIDA – Annali Italiani del Diritto d’Autore, della Cultura e dello Spettacolo, 2017, p. 468 ss.

PIRAINO Fabrizio, *La responsabilità dei prestatori di servizi di condivisione di contenuti online*, in Le Nuove Leggi Civili Commentate, 2023, n. 1, p. 146 ss.

POLLICINO Oreste – **ROMEO** Graziella (a cura di), *The Internet and Constitutional Law: The protection of fundamental rights and constitutional adjudication in Europe*, in Routledge Research in Constitutional Law, 2016

PURPURA Alessandro, *Osservazioni sul Digital Services Act: responsabilità e gestione del rischio nella prestazione di servizi intermediari*, in Comparazione e diritto civile, 2022, n. 3, p. 1035 ss.

QUINTAIS João Pedro - **FROSIO** Giancarlo – **VAN GOMPEL** Stef - **HUGENHOLTZ** P. Bernt - **HUSOVEC** Martin - **JUTTE** Bernd Justin - **SENFTLEBEN** Martin, *Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations From European Academics*, 11 novembre 2019, 4, accessibile all'URL <https://ssrn.com/abstract=3484968>

QUINTAIS João Pedro – **SCHWEMER** Sebastian Felix, *The Interplay between the Digital Services Act and Sector Regulation: How Special Is Copyright?*, in European Journal of Risk Regulation, 2022.

RICCIO Giovanni Maria, *Responsabilità delle piattaforme e sistemi di filtraggio: quale destino per la normativa italiana sul diritto d’autore?*, in Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, 2022, n. 5, p. 1032 ss.

RICCIO Giovanni Maria, *La responsabilità civile degli Internet Service Providers*, Giappichelli Editore, Torino, 2002.

RICCIO Giovanni Maria, *Profili di responsabilità civile dell'internet service provider*, Salerno, 2000, p. 87 ss.

- RICOLFI** Marco, *Il diritto della proprietà intellettuale nella società algoritmica: fra metamorfosi e continuità*, in AIDA – Annali Italiani del Diritto d’Autore, della Cultura e dello Spettacolo, 2022, p. 263 ss.
- RODOTÀ** Stefano, *Il tempo delle clausole generali*, in Rivista Critica del Diritto Privato, 1987, p. 721 ss.
- ROMANO** Rosaria, *L’obbligo di trasparenza nella Direttiva UE 2019/790 sul diritto d’autore e i diritti connessi nel mercato unico digitale*, in AIDA – Annali Italiani del Diritto d’Autore, della Cultura e dello Spettacolo, 2019, p. 112 ss.
- ROMANO** Rosaria, *Il giusto equilibrio tra diritti di proprietà intellettuale ed altri diritti fondamentali*, in AIDA – Annali Italiani del Diritto d’Autore, della Cultura e dello Spettacolo, 2021
- ROSATI** Eleonora, *Inibitoria o risarcimento?*, in AIDA – Annali Italiani del Diritto d’Autore, della Cultura e dello Spettacolo, 2017, p. 461 ss.
- ROSSI** Giuseppe, *La disciplina della comunicazione commerciale tra Digital Services Act e direttiva “servizi di media audiovisivi”*, in AIDA – Annali Italiani del Diritto d’Autore, della Cultura e dello Spettacolo, 2023.
- RUGGERI** Federico, *Poteri privati e mercati digitali*, Roma, 2023, p. 27
- SAAVEDRA SERVIDA** Blanca, *La responsabilità degli Internet Service Provider: dal safe harbour al principio di accountability*, in Le Nuove Leggi Civili Commentate, 2024, n. 1, p. 135 ss.
- SAPPA** Cristiana, *Framing, comunicazione al pubblico e archivi digitali tra controllo e circolazione libera di contenuti*, in AIDA – Annali Italiani del Diritto d’Autore, della Cultura e dello Spettacolo, 2021, p. 560 ss.
- SARTOR** Giovanni, *Social networks e responsabilità del provider*, in AIDA – Annali Italiani del Diritto d’Autore, della Cultura e dello Spettacolo, 2011, p. 39 ss.
- SCHNEIDER** Giulia, *Accesso all’algoritmo pubblico sviluppato da terzi e questioni di riservatezza nell’amministrazione digitale*, in AIDA – Annali Italiani del Diritto d’Autore, della Cultura e dello Spettacolo, 2021, p. 920 ss.

- SCHWEMERL** Sebastian Felix, *Digital Services Act: a reform of the e-Commerce Directive and much more*, in *Research Handbook on EU Internet law*, II ed., Edward Elgar Publishing, 2023, p. 232 ss.
- SCROFANI** Marianna, *Il ruolo e la responsabilità degli Internet Service Provider nella "Post-Truth Era"*, in *Danno e responsabilità*, 2024, n. 5, p. 553 ss.
- SIGNORINI** Andrea (a cura di), *"Hosting provider": tra obsolescenza del dato normativo ed esigenze di un mondo interconnesso*, in *Ius in itinere*, 3 maggio 2023, disponibile online: <https://iusinitinere.it/hosting-provider-tra-obsolescenza-del-dato-normativo-ed-esigenze-di-un-mondo-interconnesso/>
- SIRENA** Pietro, *L'efficienza dei rimedi civilistici a tutela del diritto d'autore: prospettive di una ridefinizione sistematica*, in *AIDA – Annali Italiani del Diritto d'Autore, della Cultura e dello Spettacolo*, 2003, p. 520 ss.
- TESCARO** Mauro, *Una proposta ricostruttiva contrastante con il diritto vivente in tema di responsabilità civile dell'Internet Service Provider nel diritto italiano tra direttiva 2000/31/CE, regolamento UE 2016/679 e direttiva UE 2019/790*, in *Jus Civile*, 2020, n. 1, p. 62 ss.
- THIEM** Tankred, *Iter della direttiva 2019/790*, in *Il diritto d'autore nel mercato unico digitale*, Milano, 2022, p. 2 ss.
- TORMEN** Luca, *La linea dura della Cassazione in materia di responsabilità dell'hosting provider (attivo e passivo)*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2019, fasc. 5, p. 1039 ss.
- TOSI** Enrico, *Responsabilità civile degli hosting provider e inibitoria giudiziale dei contenuti digitali illeciti equivalenti tra assenza dell'obbligo di sorveglianza ex ante e ammissibilità ex post*, in *Il diritto degli affari*, 2020, n. 1, p. 1–24.
- TOSI** Enrico, *Responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider tra tipizzazione normativa ed evoluzione tecnologica: peculiarità e criticità del regime applicabile alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti di terzi*, in *Digesto Discipline Privatistiche, Sezione Civile, Decimo aggiornamento*, Torino, 2016, UTET

TRAINA CHIARINI Riccardo - **POLLICINO** Oreste - **PAOLUCCI** Federica (a cura di), *Guida pratica al Digital Services Act*, Wolters Kluwer, 2024

TROIANO Onofrio, *L'impatto di content, host ed access providing*, in AIDA – Annali Italiani del Diritto d'Autore, della Cultura e dello Spettacolo, 2007, p. 355 ss.

VELLUZZI Vito, *Le clausole generali, Semantica e politica del diritto*, Giuffrè Editore, Milano, 2010

ZENO-ZENCOVICH Vincenzo, *Diritto d'autore e libertà di espressione: una relazione ambigua*, in AIDA – Annali Italiani del Diritto d'Autore, della Cultura e dello Spettacolo, 2005, p. 151 ss.

FONTI GIURISPRUDENZIALI

Giurisprudenza europea

CGUE, 15 settembre 1982, *Kind*, causa C-106/81.

CGUE, 7 dicembre 2006, *SGAE c. Rafael Hoteles SA*, causa C-306/05.

CGUE, 16 ottobre 2008, *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*, causa C-298/07.

CGUE, 16 dicembre 2008, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine e a. c. Premier ministre*, causa C-127/07.

CGUE, 23 marzo 2010, *Google France SARL e Google Inc. c. Louis Vuitton Malletier SA*, cause riunite C-236/08, C-237/08 e C-238/08.

CGUE, 12 luglio 2011, *L'Oréal SA c. eBay International AG*, causa C-324/09.

CGUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended SA c. SABAM*, causa C-70/10.

CGUE, 16 febbraio 2012, *Netlog NV c. SABAM*, causa C-360/10.

CGUE, 7 marzo 2013, *ITV Broadcasting Ltd c. TVCatchup Ltd*, causa C-607/11.

CGUE, 17 ottobre 2013, *Schaible*, causa C-101/12.

CGUE, 13 febbraio 2014, *Svensson e a. c. Retriever Sverige AB*, causa C-466/12.

CGUE, 27 marzo 2014, *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH*, causa C-314/12.

CGUE, 21 ottobre 2014, *BestWater International GmbH*, causa C-348/13.

CGUE, 19 novembre 2015, *SBS Belgium NV c. SABAM*, causa C-325/14.

CGUE, 31 maggio 2016, *Reha Training Gesellschaft für Sport- und Unfallrehabilitation mbH c. GEMA*, causa C-117/15.

CGUE, 8 settembre 2016, *GS Media BV c. Sanoma Media Netherlands BV e altri*, causa C-160/15.

CGUE, 26 aprile 2017, *Stichting Brein c. Jack Frederik Wullems (Filmspeler)*, causa C-527/15.

CGUE, 14 giugno 2017, *Stichting Brein c. Ziggo BV e XS4ALL Internet BV (The Pirate Bay)*, causa C-610/15.

CGUE, sez. III, 7 agosto 2018, *Coöperatieve Vereniging SNB-REACT U.A. c. DE. ME.*, causa C-521/17.

CGUE, 3 ottobre 2019, *Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Ltd*, causa C-18/18.

CGUE, 22 giugno 2021, *YouTube e Cyando*, cause riunite C-682/18 e C-683/18.

CGUE, Grande Sezione, 26 aprile 2022, *Repubblica di Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio*, causa C-401/19.

CGUE, 20 aprile 2023, *Blue Air Aviation*, cause riunite C-775/21 e C-826/21.

Giurisprudenza italiana

Corte di Cassazione civile, sez. I, 19 marzo 2019, n. 7708.

Corte di Cassazione civile, sez. I, 19 marzo 2019, n. 7709.

Corte di Cassazione penale, sez. III, 23 dicembre 2009, n. 49474.

Corte d'Appello di Milano, sez. spec. impresa, 7 gennaio 2015, causa 3821/2011.

Tribunale di Napoli, 8 agosto 1997, *Cirino Pomicino S.p.A.*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 1997, fascicolo 2, p. 357.

Tribunale di Cuneo, 23 giugno 1997, *Milano Finanza Editori S.p.A. c. STB Servizi Telematici di Borsa*, in *Giurisprudenza Piemontese*, 1997, p. 493.

Tribunale di Roma, 4 luglio 1998, *Banca del Salento c. Pantheon S.r.l.*, in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, annata 1998, fascicolo 4-5, p. 811.

Tribunale di Firenze, sez. II, 7 giugno 2001, *Dada c. Novamarine*, ordinanza n. 3155.

Tribunale di Catania, sez. IV civ., 29 giugno 2004, sentenza n. 2286.

Tribunale di Roma, sez. IX, 15 dicembre 2009, *RTI S.p.A. c. YouTube LLC e Google Inc.*

Tribunale di Roma, sez. IP, 11 febbraio 2010, *RTI S.p.A. c. YouTube LLC e Google Inc.*

Tribunale di Milano, sez. IV penale, 24 febbraio 2010, *Google c. Vivi Down*, sentenza n. 1972.

Tribunale di Milano, 25 gennaio 2011, *Bardolla c. Google Suggest*.

Tribunale di Roma, sez. spec. propr. ind. e int., 20 marzo 2011, *PFA Films c. Yahoo! Italia*.

Tribunale di Milano, sez. spec. propr. ind. e int., 7 giugno 2011, *RTI S.p.A. c. Italia On Line (IOL)*, sentenza n. 7680/2011.

Tribunale di Roma, sez. civ. IX, 16 giugno 2011, *Yahoo! Italia c. Alfa Films*.

Tribunale di Milano, sez. spec. propr. ind. e int., 9 settembre 2011, *Reti Televisive Italiane S.p.A. c. Yahoo! Italia S.r.l. e Yahoo! Inc.*, sentenza n. 10893.

Tribunale di Roma, sez. IX, 20 ottobre 2011, *RTI c. VBBCOM Limited e Choopa LLC*.

Tribunale di Firenze, sez. marchi e brevetti, 25 maggio 2012, *Antonio Meneghetti S.r.l. c. Google Inc.*

Tribunale di Torino, sez. spec. imprese, 5 maggio 2014, *Delta TV Programs s.r.l. c. YouTube LLC*.

Tribunale di Torino, sez. spec. imprese, 23 giugno 2014, *Delta TV c. Yahoo!*

Tribunale di Napoli Nord, sez. II civ., 3 novembre 2016, *T.C. c. Facebook Ireland Ltd.*

Tribunale di Roma, sez. spec. impresa, 12 luglio 2019, *R.T.I. S.p.A. c. Dailymotion S.A.*, sentenza n. 14757.