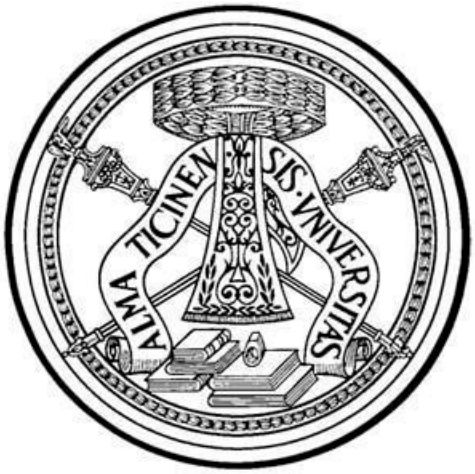
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PAVIA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PRIVATO,
DIRITTO ROMANO E CULTURA GIURIDICA EUROPEA

CURRICULUM PROPRIETÀ INTELLETTUALE
E CONCORRENZA

XXXVII CICLO



DIRITTO D'AUTORE, SERVIZI DIGITALI E RESPONSABILITÀ DEGLI INTERMEDIARI

Dissertazione di dottorato di
Francesco Faglia

Coordinatore
Chiar.mo Prof. Umberto Stefini

Tutor
Chiar.mo Prof. Michele Bertani

Anno accademico 2023/2024

INDICE

CAPITOLO PRIMO

IL RISARCIMENTO DEL DANNO DA LESIONE DEL DIRITTO D'AUTORE: PROFILI GENERALI 1

1. Premesse 1
2. La disciplina dell'art. 158 l.a. nel contesto normativo internazionale ed euro-unitario 4
3. Il problema del criterio di imputazione della responsabilità aquiliana da violazione del diritto d'autore 12
   - 3.1. Premesse: responsabilità civile e criteri di imputazione .. 12
   - 3.2. Diritto d'autore e criteri di imputazione della responsabilità: possibili letture dell'art. 158 co. 1 l.a..... 23
   - 3.3. *Segue.* Applicazioni dell'art. 158 l.a.: soggetti che assumono l'iniziativa per la realizzazione e lo sfruttamento del prodotto contraffatto 26
   - 3.4. *Segue.* Applicazioni dell'art. 158 l.a.: soggetti che distribuiscono il prodotto contraffatto 32
4. Considerazioni di sintesi 38

CAPITOLO SECONDO

SERVIZI INTERMEDIARI DI INTERNET: OSSERVAZIONI EMPIRICHE E TIPIZZAZIONI LEGISLATIVE 47

1. Intermediari di Internet: problemi definitori..... 47
2. Internet: architettura..... 48
3. Internet: servizi..... 56
   - 3.1. Servizi di organizzazione 56
   - 3.2. Servizi per la circolazione delle informazioni..... 58
     - 3.2.1. Livello fisico 59
     - 3.2.2. Livello di rete 60

3.2.3. Livello applicativo..... 63
3.3. Considerazioni di sintesi 64
4. Servizi intermediari di Internet: tipizzazioni legislative..... 67
4.1. Le categorie di servizi tracciate dalla dir. e-commerce... 67
4.2. La categoria dei «servizi intermediari» delineata dal Digital Services Act 72

CAPITOLO TERZO

LA RESPONSABILITÀ DA LESIONE DEL DIRITTO D'AUTORE DEI PRESTATORI DI SERVIZI DI MERE CONDUIT, CACHING E HOSTING..... 77

1. Premesse 77
2. Il divieto di obblighi generali di sorveglianza o ricerca attiva di contenuti illeciti (e alcune considerazioni sul rapporto tra sottosistema della responsabilità degli intermediari e sistema generale della responsabilità da lesione del diritto d'autore) 81
3. I regimi di esenzione condizionata da responsabilità (safe harbour) 89
3.1. Servizi di mere conduit 90
3.2. Servizi di caching..... 102
3.3. Servizi di hosting 110
3.3.1. La consapevolezza di fatti o circostanze che rendono manifesta l'illegalità del contenuto 114
3.3.2. *Segue.* L'accertamento della natura manifestamente illecita del contenuto segnalato..... 117
3.3.3. *Segue.* L'individuazione e la rimozione del contenuto segnalato: ovvero il problema della ripartizione dei costi di monitoraggio 118
4. L'incerto presupposto per l'applicabilità dei safe harbour: la neutralità dell'attività svolta dal provider 127

4.1. I termini del problema e le posizioni espresse dalla giurisprudenza 127
4.2. La sentenza della Corte di giustizia nel caso *YouTube-Uploaded* 135
4.3. La giurisprudenza italiana e quella tedesca successive alla sentenza *YouTube-Uploaded* 142

CAPITOLO QUARTO

LA RESPONSABILITÀ DEI PRESTATORI DI SERVIZI DI CONDIVISIONE DI CONTENUTI ONLINE 147

1. Lineamenti della disciplina introdotta dall'art. 17 dir. DSM (e alcune considerazioni sul rapporto tra sottosistema della responsabilità delle piattaforme di condivisione e sistema generale della responsabilità da lesione del diritto d'autore) 147
2. La normativa italiana di attuazione: inquadramento e cenni comparatistici 157
3. Campo di applicazione della disciplina: il «prestatore di servizi di condivisione di contenuti online» 161
4. L'obbligo di compiere i *best efforts* per ottenere autorizzazioni dai titolari dei diritti..... 169
5. L'obbligo di compiere i *best efforts* per impedire la disponibilità di contenuti protetti 175
   5.1. L'incertezza generata dal testo legislativo e il problema del rischio di *overblocking*..... 175
   5.2. La sentenza della Corte di giustizia nel caso *Repubblica di Polonia* 180
   5.3. L'interpretazione dell'obbligo di filtraggio alla luce del principio di proporzionalità: la libertà di espressione e il criterio della manifesta illiceità 187

5.4. *Segue.* Il diritto di proprietà intellettuale e il regime dei contenuti *time-sensitive* 194
5.5. *Segue.* La libertà d'impresa e la necessità di un approccio elastico..... 198
5.6. La soluzione adottata dal legislatore tedesco. Valutazioni critiche..... 201
6. L'obbligo di *take down* e quello di mantenere disabilitati i contenuti nelle more della decisione sul reclamo 210

CAPITOLO PRIMO

IL RISARCIMENTO DEL DANNO DA LESIONE DEL DIRITTO D'AUTORE: PROFILI GENERALI

1. PREMESSE

I diritti di proprietà intellettuale sono le situazioni giuridiche soggettive assistite dall'apparato di sanzioni civili più ampio dell'intero ordinamento[1]. I rimedi civili previsti a tutela del diritto d'autore[2] sono disciplinati dagli artt. 156-170 della legge n. 633 del 22 aprile 1941 (d'ora in avanti "l.a."). Essi consistono in un insieme articolato di mezzi di tutela che vengono convenzionalmente ricondotti a due categorie di azioni: reali e personali[3].

---

[1] L'osservazione è ripresa da NIVARRA, *Dolo, colpa e buona fede nel sistema delle "sanzioni" a tutela della proprietà intellettuale,* in *AIDA* 2000, 325.

[2] In questo lavoro l'espressione "diritto d'autore" sarà convenzionalmente utilizzata in senso ampio: e cioè per indicare tanto i diritti d'autore disciplinati nel titolo I della l.a. quanto i diritti connessi regolati nel titolo II della medesima legge o in altri corpi normativi ai quali siano applicabili le disposizioni della l.a. (ad esempio i diritti audiovisivi sportivi disciplinati dal d. lgs. 9 gennaio 2008 n. 9, ai quali le norme della l.a. sono applicabili in quanto compatibili ai sensi dell'art. 78-quater l.a.). La scelta è motivata dall'intento di non appesantire inutilmente la lettura ed è giustificata dal fatto che le considerazioni svolte in questa sede sono applicabili indistintamente tanto alla prima quanto alla seconda categoria di diritti ora ricordate. Difatti sul piano rimediale – cui è dedicato questo lavoro – non vi è differenza tra la disciplina riservata ai diritti d'autore e rispettivamente ai diritti connessi, poiché dottrina e giurisprudenza ritengono pacificamente applicabili gli artt. 156 ss. l.a. ad entrambe le categorie. In questo senso cfr. già ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali,* III ed., Giuffrè, Milano, 1960, 859; più di recente cfr. ROVATI, *Introduzione agli artt. 156-170 l.a.*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, VII ed., Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2019, 2263, ove ulteriori riferimenti a dottrina e giurisprudenza.

[3] Cfr. AUTERI, *Le tutele reali*, in NIVARRA (a cura di), *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale*, Giuffrè, 2004, 3 ss. e in particolare a p. 5, dove l'autore osserva che la distinzione tra azioni di carattere reale e personale non ha fondamento rigoroso ma natura convenzionale. In generale sulle azioni civili a tutela del diritto d'autore cfr. PIOLA CASELLI, *Codice del diritto d'autore,* UTET, Torino, 1943, 631 ss.; ASCARELLI, *Teoria*, cit., 859 ss.; GRECO e VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno,* in VASSALLI (a cura di), *Trattato di diritto civile italiano*, UTET, Torino, 1974, 369 ss.; FABIANI, *La tutela*

Le azioni reali sono quelle volte ad accertare l'esistenza e l'appartenenza del diritto esclusivo, a prevenire la sua violazione o vietarne la prosecuzione o ripetizione, nonché a rimuovere gli effetti dell'attività illecita ristabilendo la situazione di fatto preesistente; e comprendono tra le altre l'azione di accertamento, quella inibitoria, quella di rimozione o distruzione e quella di assegnazione in proprietà[4]. I rimedi ora ricordati hanno natura oggettiva poiché la loro esperibilità non presuppone il dolo o la colpa del convenuto[5].

Nella categoria delle azioni personali rientra quella di risarcimento del danno. Quest'ultima si differenzia dalle azioni reali per funzioni e presupposti, poiché soggiace ai principi e alle regole della responsabilità aquiliana[6]. Il presente lavoro ha ad oggetto questa seconda tipologia di rimedio e mira in particolare a indagarne i presupposti applicativi in uno scenario specifico: quello in cui la violazione del diritto d'autore venga realizzata nell'ambito della prestazione di un servizio intermediario di Internet.

L'esperibilità dell'azione di risarcimento del danno da violazione del diritto d'autore è prevista dall'art. 158 l.a. Si tratta di una previsione che ha generato e continua a generare rilevanti incertezze interpretative. Le incertezze riguardano diversi aspetti e principalmente il criterio di imputazione della responsabilità, la quantificazione del danno risarcibile, la funzione del rimedio aquiliano nel settore del diritto d'autore, i confini tra tutela risarcitoria e tutela

---

giudiziale civile dei diritti d'autore, in *IDA* 1989, 1 ss.; AMMENDOLA in L.C. UBERTAZZI e AMMENDOLA, *Il diritto d'autore,* UTET, Torino, 1993, 85 ss.; MUSSO, *Del diritto di autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche,* in GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli-Soc. ed. del Foro Italiano, Bologna-Roma, 2008, 270 ss.; ROVATI, *Introduzione*, cit., 2261 ss.

[4] Cfr. AUTERI, *Le tutele*, cit., 7; MUSSO, *Del diritto*, cit., 273 ss.; ROVATI, *Introduzione*, cit.,

[5] Cfr. ASCARELLI, *Teoria*, cit., 869; GRECO e VERCELLONE, *I diritti*, cit., 369; MUSSO, *Del diritto*, cit., 273. Secondo la prospettiva di SARTI, *Diritti esclusivi e circolazione dei beni*, Giuffrè, Milano, 1996, 8 ss. e in particolare 17, 21 e 41, i rimedi dell'inibitoria, della distruzione e della assegnazione in proprietà sono riconducibili alla categoria generale della rimessione in pristino, mirano a rimuovere uno stato di fatto *contra ius* e non hanno titolo in un illecito imputabile al convenuto. La tesi è ulteriormente sviluppata dall'autore in ID., *Il terzo e la contraffazione: profili civilistici*, in NIVARRA (a cura di), *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale*, Giuffrè, Milano, 2004, 130 ss.

[6] Cfr. SARTI, *Diritti esclusivi*, cit., 18 ss. e in particolare note n. 34 e n. 45; ID., *Il terzo*, cit., 130 ss.

restitutoria. Si tratta di tematiche di notevole complessità che non è possibile affrontare *ex professo* in questo lavoro. Mi limiterò pertanto ad esaminare l'aspetto che appare di maggior rilievo ai fini della presente trattazione, e cioè il problema del criterio di imputazione della responsabilità da lesione del diritto d'autore. Cercherò in particolare di evidenziare le ragioni per cui nella materia del diritto d'autore vi è notevole incertezza intorno alle regole per l'identificazione e valutazione in concreto di tale criterio, nonché per la ripartizione del relativo onere probatorio. Si tratta di una questione che appare rilevante ai fini di questo lavoro perché la normativa speciale dettata per gli intermediari di Internet interviene proprio e soprattutto a definire il criterio di imputazione della responsabilità di tali soggetti. Prima di analizzare la disciplina speciale dettata per gli intermediari di Internet appare però opportuno dedicare uno sguardo a quella applicabile sul piano generale a qualsiasi soggetto che si trovi a ledere il diritto d'autore altrui. E questo almeno per due ragioni. Anzitutto un corretto inquadramento dei rapporti tra disciplina generale e speciale è imprescindibile ai fini di ricostruire il sistema nella sua interezza. In secondo luogo come vedremo lo statuto speciale dell'intermediario di Internet (*rectius* la sua gran parte) non definisce in positivo regole di responsabilità, ma esclude l'applicabilità di determinati criteri di imputazione che potrebbero venire in gioco ai sensi della disciplina generale prevista da ciascuno stato membro dell'Unione europea. In altri termini lo statuto ora menzionato non fa altro che "ritagliare" il perimetro di applicazione della normativa già contemplata da ogni ordinamento nazionale in materia di responsabilità civile (e per quanto qui interessa in materia di violazione del diritto d'autore). È dunque la disciplina generale che trova applicazione nei confronti dell'intermediario, seppur nel rispetto dei limiti posti dallo statuto speciale. Emerge allora in tutta evidenza l'imprescindibilità di una sua analisi.

Alla luce di queste premesse il ragionamento sarà strutturato dal generale al particolare: si procederà dapprima con l'inquadrare i lineamenti della

responsabilità aquiliana da violazione del diritto d'autore, ponendo particolare attenzione al problema del criterio di imputazione della stessa (e come vedremo a questo fine sarà necessaria una ricognizione della disciplina generale prevista dagli artt. 2043 ss. c.c.); verrà poi messa a fuoco la categoria del «servizio intermediario» di Internet su cui il presente lavoro si concentra; a questo punto si procederà con l'analisi dello statuto speciale riservato alla responsabilità dei fornitori di servizi intermediari derivante dalla trasmissione o memorizzazione di contenuti lesivi del diritto d'autore; una volta ricostruito lo statuto speciale ci si concentrerà sulla disciplina ulteriormente speciale riservata alla responsabilità da lesione del diritto d'autore di una sottocategoria di intermediario, vale a dire il prestatore di servizi di condivisione di contenuti online.

2. LA DISCIPLINA DELL'ART. 158 L.A. NEL CONTESTO NORMATIVO INTERNAZIONALE ED EURO-UNITARIO

Per dare conto delle incertezze interpretative generate dall'art. 158 l.a. conviene partire dal dato testuale della previsione e ricostruire brevemente la sua evoluzione storica, anche alla luce degli interventi del legislatore internazionale e di quello euro-unitario.

Il testo originario dell'art. 158 l.a. recitava come segue: «Chi venga leso nell'esercizio di un diritto di utilizzazione economica a lui spettante può agire in giudizio per ottenere che sia distrutto o rimosso lo stato di fatto da cui risulta la violazione o per ottenere il risarcimento del danno»[7]. Come si vede la previsione non contemplava l'elemento soggettivo del dolo o della colpa del danneggiante quale condizione per l'esperibilità dell'azione risarcitoria. Essa

[7] Sull'art. 158 l.a. nella sua formulazione originaria cfr. PIOLA CASELLI, *Codice*, cit., 637 ss.; ASCARELLI, *Teoria*, cit., 869 ss.; GRECO e VERCELLONE, *I diritti,* cit., 372 ss.; FABIANI, *La tutela,* cit., 1 ss.; AMMENDOLA in L.C. UBERTAZZI e AMMENDOLA, *Il diritto*, cit., 87 ss.; NIVARRA, *Dolo,* cit., 325 ss.; GUARDAVACCARO, in commento all'art. 158 l.a., in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve al diritto della concorrenza*, III ed., Cedam, Milano, 2004, 1566 ss.

faceva unicamente riferimento alla posizione di chi venisse «leso nell'esercizio di un diritto di utilizzazione economica».

La previsione è rimasta invariata per lungo tempo e precisamente sino all'entrata in vigore del d. lgs. 16 marzo 2006 n. 140[8], che ha trasposto nell'ordinamento italiano la dir. 2004/48/CE (d'ora in avanti anche "dir. enforcement")[9]. A sua volta la dir. enforcement costituisce attuazione della disciplina emanata dal legislatore internazionale nel 1994 con l'accordo TRIPs[10]. Prima di analizzare il nuovo testo dell'art. 158 l.a. è opportuno accennare brevemente alle fonti normative sovranazionali ora ricordate.

Con l'accordo TRIPs è stata introdotta per la prima volta una disciplina minima uniforme delle sanzioni a tutela della proprietà intellettuale, contenuta agli artt. 41-61 del trattato ora menzionato[11].

Per quanto riguarda la sanzione del risarcimento del danno l'art. 45 co. 1 TRIPs impone ai paesi membri di prevedere questo tipo di rimedio a favore del titolare del diritto di proprietà intellettuale che subisca una lesione, a condizione che il danneggiante abbia agito «in modo consapevole o avendo

[8] Cfr. in particolare l'art. 5, co. 1 d. lgs. 16 marzo 2006, n. 140.

[9] Direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale. Per alcuni commenti alla direttiva subito dopo la sua emanazione e con riguardo ai vari mezzi di tutela ivi previsti cfr. AUTERI, *Le tutele reali*, cit., 21 ss.; PLAIA, *Il risarcimento del danno e le restituzioni degli utili nel nuovo sistema italiano ed europeo di tutela della proprietà intellettuale*, in NIVARRA (a cura di), *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale*, Giuffrè, Milano, 2004, 25 ss.; CAMARDI, *Le cosiddette "misure alternative" (art. 12 Direttiva CE 2004/48 del 2 aprile 2004)*, ivi, 41 ss.; MAZZAMUTO, *La tutela preventiva e cautelare (osservazioni sulla direttiva comunitaria in tema di rispetto dei diritti di proprietà intellettuale e sulla proposta di codice della proprietà industriale)*, ivi, 73 ss.; RICOLFI, *Le misure compulsorie*, ivi, 91 ss.; SARTI, *Il terzo*, cit., 130 ss.

[10] *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs Agreement)*, sottoscritto nel 1994 nell'ambito dei trattati istitutivi della *World Trade Organization.*

[11] In generale sulla disciplina prevista dagli artt. 41-61 dell'accordo TRIPs cfr. BERGOMI, in commento agli artt. 41-61 accordo TRIPs, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve al diritto della concorrenza*, III ed., Cedam, Milano, 2004, 64 ss.; ROVATI, *Le sanzioni,* in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *La proprietà intellettuale,* in AJANI e BENACCHIO (a cura di), *Trattato di diritto Privato dell'Unione europea,* Giappichelli, Torino, 2011, 441 ss.

ragionevoli motivi per esserne consapevole». La previsione contempla dunque l'elemento soggettivo come presupposto per l'esperibilità dell'azione risarcitoria[12].

L'art. 45 co. 2 TRIPs dispone poi che «ove opportuno, i membri possono autorizzare le autorità giudiziarie a ordinare il recupero degli utili e/o il pagamento di un risarcimento prestabilito anche se l'autore della violazione l'ha realizzata in modo non consapevole o senza ragionevoli motivi per esserne consapevole».

Pertanto l'accordo TRIPs distingue tra violazioni dolose o colpose, da un lato, e incolpevoli dall'altro: prevedendo che le prime *debbano* essere sanzionate con il rimedio del risarcimento del danno; e che le seconde *possano* dar luogo alla condanna al pagamento di una somma commisurata al profitto conseguito dall'autore della violazione[13]. È opportuno sottolineare che i due rimedi ora menzionati – il risarcimento del danno e la restituzione del profitto – sono contemplati dall'accordo TRIPs come sanzioni cumulative e non alternative[14]. Tanto risulta in modo inequivoco dal tenore letterale dell'art. 45 co. 2 TRIPs, che utilizza l'espressione «anche se»[15]. Questo significa che se uno stato firmatario dell'accordo si avvale della facoltà di prevedere la misura della restituzione del profitto, il titolare del diritto leso la potrà esperire sia nei confronti del contraffattore incolpevole che di quello colpevole, in aggiunta e per l'eccedenza rispetto all'eventuale risarcimento del danno. Diversamente ragionando si otterrebbe infatti il risultato paradossale per cui solo il contraffattore inconsapevole sarebbe tenuto alla restituzione del profitto illecitamente ottenuto grazie alla violazione, mentre quello che abbia agito con dolo o colpa

[12] Cfr. sul punto SPOLIDORO, *Il risarcimento del danno nel codice della proprietà industriale. Appunti sull'art. 125 c.p.i.*, in *Riv. Dir. Ind.* 2009, 151.

[13] Ibid.

[14] Cfr. PLAIA, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, Giappichelli, Torino, 2005, 149; SPOLIDORO, *Il risarcimento*, cit., 152.

[15] Cfr. PLAIA, *Proprietà*, cit., 149.

avrebbe diritto a trattenerlo per sé una volta risarcito il mancato guadagno del danneggiato (che potrebbe essere inferiore al profitto ottenuto dal contraffattore)[16].

Le regole previste dall'accordo TRIPs sono state attuate nell'ordinamento euro-unitario con la dir. enforcement[17]. Quest'ultima ha armonizzato la disciplina delle sanzioni a tutela dei diritti di proprietà intellettuale con lo scopo di fissare uno standard minimo di protezione, che gli stati membri sono liberi di derogare in senso più favorevole ai titolari dei diritti[18].

Con riguardo al rimedio del risarcimento del danno l'art. 13 par. 1 dir. enforcement prevede nella sua prima parte una disposizione sostanzialmente analoga a quella dell'art. 45 co. 1 TRIPs. In particolare essa subordina l'esperibilità della sanzione ora considerata all'esistenza di uno stato soggettivo dell'autore della violazione: il quale deve averla realizzata «consapevolmente o con ragionevoli motivi per esserne consapevole»[19].

La seconda parte dell'art. 13 par. 1 prevede poi una disciplina di maggior dettaglio su un aspetto non regolato dall'accordo TRIPs, vale a dire quello della liquidazione del danno. In particolare la previsione distingue tra due modalità alternative di calcolo: alla lettera a) viene stabilito che nella liquidazione del danno l'autorità giudiziaria deve tener conto di «tutti gli aspetti pertinenti, quali le conseguenze economiche negative, compreso il mancato guadagno subito dalla parte lesa, i benefici realizzati illegalmente dall'autore della violazione

---

[16] Cfr. PLAIA, *Proprietà,* cit., 156 (in particolare nota n. 66); SPOLIDORO, *Il risarcimento*, cit., 152.

[17] Nella predisposizione della disciplina contenuta nella dir. enforcement il legislatore euro-unitario ha dovuto rispettare i vincoli imposti dall'accordo TRIPs poiché l'Unione europea è firmataria del trattato. Cfr. cons. 5 dir. enforcement; SPOLIDORO, *Il risarcimento*, cit., 150; ROVATI, *Le sanzioni*, cit., 444 ss.

[18] Cfr. artt. 2 par. 1 e 16 dir. enforcement; SPOLIDORO, *Il risarcimento*, cit., 161.

[19] Cfr. SPOLIDORO, *Il risarcimento,* cit., 160 ss., secondo cui la nozione di "colpa" contemplata dall'art. 13 co. 1 dir. enforcement si differenzierebbe da quella prevista dall'art. 2043 c.c. poiché quest'ultima di identificherebbe con l'inosservanza di regole di comportamento che sarebbe stato necessario rispettare, mentre la prima andrebbe letta secondo il tenore letterale della disposizione euro-unitaria e indicherebbe dunque uno stato di inconsapevolezza della natura lesiva del proprio comportamento.

e, ove opportuno, elementi diversi da quelli economici, come il danno morale»; la lettera b) dispone che, ove opportuno e in alternativa al metodo di cui alla lettera a), il giudice possa quantificare il danno fissando una somma forfettaria sulla base di elementi quali, per lo meno, il c.d. "prezzo del consenso", vale a dire il corrispettivo che il titolare avrebbe potuto ragionevolmente pretendere se l'autorizzazione per l'uso dell'*intangible* gli fosse stata richiesta[20].

Infine, l'art. 13 par. 2 attua la previsione dell'art. 45 co. 2 TRIPs e dispone la possibilità, ma non l'obbligo, per gli stati membri di prevedere il rimedio della restituzione del profitto (o quello alternativo del pagamento di una somma predeterminata) per il caso in cui la violazione sia perpetrata dal contraffattore «senza saperlo o senza avere ragionevoli motivi per saperlo».

Anche la dir. enforcement dunque, come l'accordo TRIPs, distingue il rimedio del risarcimento del danno da quello della restituzione del profitto illecito – contemplati rispettivamente al primo e al secondo paragrafo dell'art. 13. Tuttavia a differenza dell'accordo TRIPs la direttiva pone un problema di coordinamento tra le sanzioni ora considerate[21]. Infatti come si è visto l'accordo TRIPs presuppone chiaramente la natura cumulativa e non alternativa dei due rimedi. Viceversa la dir. enforcement è meno chiara poiché include espressamente tra gli elementi di cui tenere conto nella liquidazione del *danno* «i benefici realizzati illegalmente dall'autore della violazione». Pertanto nella direttiva il profitto illecito è contemplato sia come indice per la quantificazione del danno risarcibile sia come oggetto del diverso rimedio restitutorio previsto all'art. 13 par. 2. Di qui il problema di capire se ed in che misura i due rimedi possano cumularsi. Vedremo a breve come il problema è stato risolto dal legislatore italiano in sede di trasposizione della disciplina sul piano nazionale.

---

[20] Sulla disciplina della liquidazione del danno prevista dall'art. 13 par. 1 dir. enforcement cfr. *ex multis* PLAIA, *Il risarcimento*, cit., 36 ss.; ID., *Proprietà*, cit., 155 ss.; GATTI, *Il problema dell'illecito lucrativo tra norme di settore e diritto privato generale*, ESI, Napoli, 2021, 74 ss.

[21] Sul tema cfr. ampiamente PLAIA, *Proprietà,* 153 ss.; SPOLIDORO, *Il risarcimento*, cit., 152 ss.; GATTI, *Il problema*, cit., 357 ss.

La dir. enforcement è stata trasposta nell'ordinamento italiano con il già ricordato d. lgs. 16 marzo 2006 n. 140[22], che tra le varie cose ha modificato l'art. 158 l.a. per dare attuazione all'art. 13 della direttiva.

I cambiamenti introdotti non hanno però toccato l'aspetto del criterio di imputazione della responsabilità. Sotto questo profilo infatti il nuovo primo comma dell'art. 158 l.a. ricalca la formula previgente e dispone quanto segue: «Chi venga leso nell'esercizio di un diritto di utilizzazione economica a lui spettante può agire in giudizio per ottenere, oltre al risarcimento del danno che, a spese dell'autore della violazione, sia distrutto o rimosso lo stato di fatto da cui risulta la violazione». Come si vede la nuova formulazione innova quella precedente sotto due aspetti marginali che non toccano quello qui considerato. In particolare il nuovo testo esplicita in modo più chiaro che il rimedio risarcitorio e quello della distruzione o rimozione non sono alternativi ma cumulativi[23]; e specifica che la distruzione o rimozione devono essere realizzate a spese del contraffattore. Nessuna previsione è però stata introdotta per delineare con maggiore precisione il criterio di imputazione della responsabilità aquiliana: il dettato normativo continua a fare riferimento soltanto al fatto oggettivo della «lesione» di un diritto patrimoniale d'autore, senza aggiungere

[22] È opportuno ricordare che il legislatore italiano non ha attuato la dir. enforcement in modo uniforme nei due campi del diritto d'autore e rispettivamente delle privative industriali. Questa scelta non rispecchia l'impostazione della direttiva, che disciplina la materia delle sanzioni senza differenziare tra le due aree. Per quanto attiene specificamente all'art. 13 dir. enforcement la relativa disciplina è stata attuata in modo diverso rispettivamente all'art. 158 l.a. e 125 c.p.i. Sulle differenze tra le due discipline cfr. DE MENECH, *La restituzione del profitto illecito nel sistema della proprietà intellettuale*, in *AIDA* 2022, 770 ss.; GATTI, *Il problema*, cit., 93 ss.

[23] Il testo previgente utilizzava la particella «o», che in astratto poteva lasciare qualche dubbio circa la natura cumulativa o alternativa dei due rimedi qui considerati («…può agire in giudizio per ottenere che sia distrutto o rimosso lo stato di fatto da cui risulta la violazione *o per* ottenere il risarcimento del danno»). La nuova formulazione rimuove ogni dubbio stabilendo che il risarcimento del danno può essere ottenuto «oltre al» rimedio della distruzione o rimozione. Nondimeno era opinione consolidata già anteriormente alla riforma che la particella «o» avesse significato «non alternativo, ma semplicemente disgiuntivo»: così FABIANI, *La tutela*, cit., 11. Nello stesso senso cfr. già ASCARELLI, *Teoria*, cit., 869. Per riferimenti alla giurisprudenza sul punto cfr. GUARDAVACCARO, in commento all'art. 158 l.a., cit., 1567.

altro. In particolare non è stato recepito il requisito soggettivo contemplato dall'art. 45 co. 1 TRIPs e dall'art. 13 par. 1. dir. enforcement. Sui problemi interpretativi causati da questa scelta si tornerà ampiamente in seguito.

Proseguendo con il commento dell'art. 158 l.a., il suo nuovo secondo comma prevede che il danno debba essere liquidato secondo le disposizioni degli artt. 1223, 1226, 1227 e 2056 co. 2 c.c.; specifica che nella valutazione equitativa del lucro cessante debba tenersi conto *inter alia* anche degli «utili realizzati in violazione del diritto»; e dispone che il giudice possa «altresì» liquidare il danno in via forfettaria sulla base «quanto meno» del c.d. prezzo del consenso[24]. Infine, il nuovo terzo comma dell'art. 158 l.a. prevede la risarcibilità del danno non patrimoniale ai sensi dell'art. 2059 c.c.

Il rimedio della restituzione del profitto illecito non è stato previsto per le violazioni del diritto d'autore: rispetto a queste ultime il legislatore italiano non si è avvalso della facoltà riconosciuta dall'art. 45 co. 2 TRIPs e dall'art. 13 par. 2 dir. enforcement. Viceversa il mezzo di tutela ora menzionato è stato introdotto nel campo delle privative industriali dall'art. 125 co. 3 del decreto legislativo n. 30 del 10 febbraio 2005 (d'ora in avanti "c.p.i."). Questa scelta ha creato un'asimmetria tra il settore delle privative industriali e quello del diritto d'autore che appare problematica dal punto di vista sistematico[25].

In particolare il quadro che ne risulta è che nel campo delle privative industriali il profitto ottenuto illecitamente dal contraffattore è contemplato

[24] Sulle incertezze interpretative generate dall'art. 158 co. 2 l.a. cfr. ampiamente in dottrina GATTI, *Il problema*, cit., 93 ss. In giurisprudenza cfr. Cass. ord. 29 luglio 2021 n. 21833, in *AIDA* 2022, *II.509*.

[25] Cfr. sul punto DE MENECH, *La restituzione*, cit., che evidenzia la natura contingente delle ragioni che hanno portato a questa soluzione; illustra i motivi per cui la scelta legislativa appare irragionevole; e conclude per l'applicabilità in via analogica dell'art. 125 co. 3 c.p.i. nel campo del diritto d'autore. Viceversa questa scelta legislativa è stata giudicata «consapevole e deliberata» oltre che giustificata da adeguate ragioni di natura sostanziale da Cass. ord. 29 luglio 2021 n. 21832, in *AIDA* 2022, *1990*, commentata criticamente da DE MENECH nel lavoro richiamato.

dalla normativa *sia* quale indice per la quantificazione del danno risarcibile[26] *sia* quale oggetto del rimedio restitutorio, esperibile ai sensi dell'art. 125 co. 3 c.p.i. «in ogni caso»[27]. L'art. 125 co. 3 c.p.i. specifica che l'azione restitutoria può essere esperita in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui il profitto ecceda tale risarcimento. In questo modo la norma risolve il problema sopra ricordato della cumulabilità tra i due rimedi: chiarisce cioè che il cumulo è possibile solo nel caso (e per la limitata misura) in cui il profitto illecito ecceda il lucro cessante; ed in tal modo evita che la reversione dell'utile possa generare un arricchimento ingiustificato in capo al titolare della privativa[28]. Resta però fermo che, nel caso in cui non sussistano i presupposti per il risarcimento del danno, il titolare della privativa industriale mantiene il diritto

[26] Cfr. l'art. 125 co. 1 c.p.i., che al pari dell'art. 158 co. 2 l.a. recepisce i criteri di quantificazione del danno previsti dall'art. 13 par. 1 dir. enforcement e contempla i «benefici realizzati dall'autore della violazione» tra gli elementi di cui il giudice deve tener conto nella liquidazione.

[27] L'opinione maggioritaria della dottrina e della giurisprudenza ritiene che l'inciso «in ogni caso» vada interpretato come una conferma del fatto che il rimedio della restituzione dell'utile è autonomo e distinto per natura e presupposti rispetto a quello del risarcimento del danno. Più specificamente questa opinione ritiene che la restituzione dell'utile possa essere chiesta e ottenuta a prescindere dal dolo o dalla colpa del contraffattore. In questo senso cfr. in dottrina PLAIA, *Proprietà,* cit., 153 e 154; DI CATALDO, *Compensazione e deterrenza nel risarcimento del danno da lesione di diritti di proprietà intellettuale*, in *Giur. comm*. 2008, 215 ss.; SPOLIDORO, *Il risarcimento*, cit., 186 ss.; FLORIDIA, *Risarcimento del danno e reversione degli utili nella disciplina del diritto industriale*, in *IDI* 2012, 11 ss.; REMOTTI, *La retroversione degli utili quale sanzione restitutoria: nessun ristoro, nessuna pena*, in *IDI* 2019, 414 ss.; GATTI, *Il problema*, cit., 374 ss. In giurisprudenza cfr. Cass. ord. 29 luglio 2021 n. 21832, cit.; App. Milano, 21 gennaio 2022; App. Torino, 27 maggio 2019; Trib. Milano, 27 febbraio 2018, in *GADI* 2018, 602; Trib. Milano, 14 gennaio 2016; Trib. Genova, 23 novembre 2011. Alla tesi ora ricordata si contrappone un'opinione minoritaria secondo cui l'esperibilità del rimedio restitutorio presupporrebbe la colpevolezza del contraffattore. In questo senso cfr. ALBERTINI, *Restituzione e trasferimento dei profitti nella tutela della proprietà industriale (con un cenno al diritto d'autore)*, in *Contr. impr*. 2010, 1186 ss.; LIBERTINI, *Brevi note sui rimedi risarcitori e indennitari a tutela dei segreti commerciali*, in *Contr. impr. Eur.* 2018, 18 ss.; C. GALLI, *Il risarcimento del danno e la retroversione degli utili nel diritto della concorrenza e della proprietà intellettuale*, in *Riv. dir. ind*. 2019, 66 ss.

[28] In particolare un arricchimento ingiustificato si verificherebbe se il contraffattore fosse tenuto a pagare due volte la medesima somma: una volta come (parte del) lucro cessante e un'altra come restituzione del profitto illecito. Cfr. SPOLIDORO, *Il risarcimento*, cit., 187.

di ottenere la restituzione del profitto illecitamente ottenuto dal contraffattore grazie alla violazione[29].

Diversamente nel campo del diritto d'autore il profitto illecito del contraffattore è contemplato unicamente quale indice per la quantificazione del danno risarcibile. Ne consegue che nei confronti del contraffattore incolpevole non obbligato al risarcimento del danno il titolare del diritto d'autore sembrerebbe non disporre di un rimedio restitutorio analogo a quello previsto dall'art. 125 co. 3 c.p.i. Di qui l'asimmetria problematica di cui si è detto.

Così ricostruito sinteticamente il contenuto dell'art. 158 l.a. è ora possibile affrontare il problema centrale per il presente lavoro, vale a dire quello del criterio di imputazione della responsabilità aquiliana da violazione del diritto d'autore.

3. IL PROBLEMA DEL CRITERIO DI IMPUTAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ AQUILIANA DA VIOLAZIONE DEL DIRITTO D'AUTORE

3.1. PREMESSE: RESPONSABILITÀ CIVILE E CRITERI DI IMPUTAZIONE

Per trattare il problema del criterio di imputazione della responsabilità aquiliana nel settore del diritto d'autore è anzitutto necessario inquadrare il concetto di "criterio di imputazione" nel più ampio contesto nella disciplina generale della responsabilità extracontrattuale prevista dagli artt. 2043 ss. c.c.[30].

[29] L'affermazione muove naturalmente dal presupposto che risarcimento del danno e restituzione dell'utile siano due rimedi distinti, come ritiene l'opinione maggioritaria riportata *supra* alla nota n. 27.

[30] Questo lavoro muove dal presupposto che la responsabilità da violazione del diritto d'autore costituisca una forma di responsabilità aquiliana, secondo l'impostazione di fondo tradizionalmente accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza: cfr. le fonti riportate *infra* nella nota n. 78. Non verrà qui affrontato il problema del rapporto tra responsabilità aquiliana e illecito concorrenziale, né quello della riconducibilità o meno della violazione del diritto d'autore *tout court* all'illecito concorrenziale. Su tali questioni cfr. GENOVESE, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, ESI, Napoli, 2005, 23 ss. e 96 ss.

Va subito premesso che il problema del criterio (*rectius* del rapporto tra i criteri) di imputazione della responsabilità civile costituisce uno tra i più complessi e dibattuti della materia giuridica[31]. Questo lavoro non pretende certo di affrontarlo *ex professo*. Nemmeno è possibile in questa sede raccogliere e analizzare criticamente tutte le diverse ricostruzioni elaborate dalla dottrina civilistica. Mi limiterò piuttosto a dar conto di quanto appare necessario ai fini del presente lavoro, e cioè degli approdi raggiunti in modo pressoché unanime dalla riflessione dottrinale e dalla giurisprudenza nel corso della seconda metà del secolo passato. Più specificamente illustrerò come la nozione di colpa abbia perso via via la sua centralità nel sistema della responsabilità civile; evidenzierò che questo fenomeno ha determinato un mutamento del modo di intendere i rapporti tra le fattispecie normative contemplate dagli artt. 2043 ss. c.c.; e rileverò infine che si tratta di un mutamento fondamentale che, collocandosi "a monte" nel sistema generale della responsabilità civile, ripercuote i suoi effetti anche nei sottosistemi "a valle" come quello della responsabilità da lesione del diritto d'autore.

Per compiere questo percorso ricostruttivo è opportuno ricordare anzitutto i tratti essenziali del giudizio di responsabilità civile. Esso può essere definito come la tecnica mediante la quale il costo di un danno viene trasferito dal soggetto che lo ha subito ad un altro, attraverso l'imputazione a quest'ultimo dell'obbligazione avente come contenuto il risarcimento di quel danno[32]. Più specificamente il giudizio di responsabilità può essere descritto come una sequenza che muove dall'accertamento dell'esistenza di un "danno ingiusto"; verifica quindi la sussistenza di un nesso causale tra l'evento dannoso e uno dei "fatti" contemplati dall'ordinamento come termine iniziale della relazione causale (ad esempio l'atto dell'uomo, l'atto del preposto, l'attività pericolosa,

[31] Come osservato da SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, 1218.

[32] Ivi, 1187.

la cosa in custodia, la rovina dell'edificio rispettivamente contemplati agli artt. 2043, 2049, 2050, 2051 e 2053 c.c.)[33] e imputa l'obbligazione risarcitoria ad un soggetto sulla base del criterio previsto da ciascuna norma con riguardo al relativo fatto (e così ad esempio il dolo o la colpa con riguardo all'atto dell'uomo, il rapporto di preposizione e l'attinenza alla mansione con riguardo all'atto del preposto, la mancata adozione di tutte le misure idonee ad evitare il danno con riguardo all'attività pericolosa, il rapporto di custodia con riguardo alla cosa, la titolarità del diritto di proprietà con riguardo all'edificio)[34].

In via di prima approssimazione e con approccio descrittivo si potrebbe allora osservare che gli artt. 2043 ss. c.c. individuano una serie di criteri di imputazione della responsabilità, i quali si differenziano a seconda del "fatto" cui ciascuna previsione si riferisce. Il problema tuttavia consiste proprio nel capire se in effetti l'ordinamento preveda una pluralità di criteri di imputazione della responsabilità tra loro autonomi e pari-ordinati, o se viceversa una visione di questo tipo sia errata perché meramente descrittiva. Come vedremo infatti la concezione classica della responsabilità civile individua in realtà un unico criterio di imputazione avente carattere generale – vale a dire quello della colpa – e vi riconduce la maggior parte delle fattispecie di cui agli artt. 2043 ss. c.c., considerando come norme eccezionali quelle poche che – secondo questa visione – si discosterebbero dal criterio della colpa e sarebbero qualificabili come fattispecie di responsabilità c.d. oggettiva[35]. Secondo questa lettura, allora, soltanto l'art. 2043 c.c. potrebbe essere applicato in via analogica, poiché le previsioni di cui agli artt. 2047 e ss. c.c. costituirebbero a loro volta specificazioni

[33] Sulla nozione di "fatto" nel sistema della responsabilità civile cfr. BIANCA, *Diritto civile. Vol. V. La responsabilità*, II ed., Giuffrè, Milano, 2012, 575 ss., il quale osserva che il "fatto" ricomprende anche accadimenti diversi dall'atto dell'uomo, sicché è arbitrariamente riduttiva l'opinione di chi limita il concetto ora considerato a quello di "atto". Sul tema cfr. anche FRANZONI, *Dei fatti illeciti. Art. 2043-2059,* II ed., Zanichelli, Bologna, 2020, 26 ss., ove ulteriori riferimenti alle posizioni espresse dalla dottrina al riguardo.

[34] Cfr. SALVI, voce *Responsabilità*, cit., 1187.

[35] Ivi, 1219. Per l'impostazione tradizionale ora descritta cfr. per tutti DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 1966, 113 ss.

dell'art. 2043 c.c. o, in alternativa, norme eccezionali la cui applicazione analogica è preclusa[36]. Si tratta di una impostazione che determina conseguenze applicative di non poco conto, se si considera che nella società post-moderna i molteplici accadimenti dannosi che possono verificarsi si prestano ad essere ricondotti per via di interpretazione analogica a più di una tra le fattispecie codicistiche, incluse quelle di cui agli artt. 2049 ss. c.c. che prevedono criteri di imputazione ben più severi rispetto all'art. 2043 c.c.

Come accennato, secondo la lettura classica degli artt. 2043 ss. c.c. il criterio generale di imputazione della responsabilità è quello della *colpa* dell'agente, intesa in un senso ampio: e cioè come stato d'animo soggettivo riprovevole che si può qualificare in termini di *dolo* o *colpa in senso stretto* a seconda dell'intensità della riprovevolezza[37]. In base a questa concezione il principio generale su cui l'intera disciplina poggia è quello per cui la traslazione a carico di un soggetto del costo di un danno trova giustificazione nel carattere soggettivamente censurabile della sua condotta[38]. In quest'ottica la funzione primaria della responsabilità civile è quella della prevenzione speciale: l'obiettivo è prevenire e reprimere condotte individuali dannose che siano difformi dai parametri di tollerabilità sociale[39]. Sulla base di queste premesse la lettura tradizionale degli artt. 2043 ss. c.c. privilegia allora il carattere di principio o regola generale dell'art. 2043 c.c.; considera la maggior parte delle

[36] Cfr. DE CUPIS, *Il danno*, I, cit., 137.

[37] Ivi, 115 ss. Per una illustrazione (e una critica) della lettura tradizionale incentrata sulla colpa cfr. per tutti SALVI, voce *Responsabilità*, cit., 1218 ss.; CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2018, 6 ss.

[38] Cfr. DE CUPIS, *Il danno,* I, cit., 177 e 178. Sulle origini di questa lettura cfr. CASTRONOVO, *Responsabilità*, cit., 6 ss., dove l'autore ripercorre sinteticamente il pensiero classico di RUDOLPH VON JHERING incentrato sul principio "senza colpa, nessuna responsabilità" e osserva tra l'altro che è impreciso il parallelismo (ravvisato dallo stesso JHERING) tra l'evoluzione del diritto romano e quella del sistema moderno della responsabilità civile nel senso di una progressiva valorizzazione dell'elemento soggettivo della colpa.

[39] Sul dibattito relativo alle funzioni della responsabilità con cenni alla sua evoluzione storica cfr. SALVI, voce *Responsabilità*, cit., 1193 ss.; CASTRONOVO, *Responsabilità*, cit., 16 ss.; TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, III ed., Giuffrè, Milano, 2021, 3 ss.

fattispecie di cui agli artt. 2047 ss. c.c. come espressioni del medesimo criterio di imputazione della responsabilità, vale a dire la colpa; ritiene in particolare che tali previsioni avrebbero natura speciale rispetto a quella dell'art. 2043 c.c. e regolerebbero casi specifici di responsabilità colposa in quanto richiederebbero pur sempre una valutazione della condotta dell'agente[40]; e considera come ipotesi eccezionali di responsabilità oggettiva quelle che prescindono del tutto dalla riprovevolezza della condotta del soggetto (artt. 2047 co. 2, 2053 e 2054 co. 4 c.c.)[41].

Dagli anni sessanta del secolo scorso la lettura tradizionale incentrata sulla colpa è stata sottoposta a critiche[42]. Tra i vari argomenti è stata messa in evidenza l'impossibilità di ricondurre *ad unum* il contenuto della prova liberatoria prevista dalle singole fattispecie codicistiche e pertanto l'artificiosità di una sua identificazione con l'elemento soggettivo della colpa di cui all'art. 2043 c.c.[43]; è stato poi evidenziato che le fattispecie degli artt. 2047 ss. c.c. non ritagliano settori speciali all'interno di una regola generale più ampia (quella della colpa), ma individuano piuttosto criteri autonomi e diversi rispetto alla "condotta propria dell'uomo" contemplata dall'art. 2043 c.c.[44]; e si è preso atto che le profonde trasformazioni della società moderna hanno imposto un mutamento funzionale della responsabilità civile: la quale non costituirebbe più un istituto avente (soltanto) funzione special-preventiva e retributiva, ma sarebbe munita (anche) di compiti redistributivi e correttivi dell'allocazione della ricchezza prodotta dal libero sviluppo dei processi economici, secondo un'ottica che pone al centro il danneggiato come vittima da risarcire

[40] Cfr. DE CUPIS, *Il danno,* I, cit., 119 ss. e in particolare 137 ss., dove vengono ricondotte al principio della colpa, nell'ordine, anche le fattispecie di cui agli artt. 2049, 2054 co. 3, 2050 e 2052 c.c.

[41] Ivi, 113 ss.

[42] Cfr. per tutti TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961, 20 ss. e 73 ss.; RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1967, 144 ss. e 164 ss. Per una ricostruzione del dibattito e ulteriori riferimenti cfr. SALVI, voce *Responsabilità*, cit., 1217 ss.

[43] Cfr. TRIMARCHI, *Rischio*, cit., 20 ss.; RODOTÀ, *Il problema*, cit., 153 ss.

[44] Cfr. RODOTÀ, *Il problema*, cit., 144 ss. e più di recente SALVI, voce *Responsabilità*, cit., 1219.

e non (più) la condotta riprovevole del danneggiante come fenomeno da reprimere[45].

Si è così sostenuta la tesi che la colpa non sia il solo criterio generale di imputazione della responsabilità civile e che il sistema debba essere ricostruito in termini bipolari. Più specificamente le disposizioni di cui agli artt. 2043 ss. c.c. sarebbero espressione di due principi generali: quello della colpa e quello della responsabilità oggettiva per rischio[46]. In particolare dalle fattispecie normative previste agli artt. 2049 e ss. c.c. sarebbe ricavabile un criterio di imputazione unitario contrapposto a quella colpa, identificato nel rischio *tipico* – perché suscettibile di amministrazione economica tramite lo strumento dell'assicurazione o dell'autoassicurazione – di chi svolge attività economica in modo continuo e organizzato, e dunque anzitutto dell'imprenditore[47]. Come è stato osservato il tentativo di enucleare un criterio generale del rischio d'impresa sembra rispondere ad una esigenza duplice: da un lato sottrarre dall'alveo applicativo dell'art. 2043 c.c. un intero settore di casi (vale a dire quello dei danni che costituiscono la realizzazione del rischio tipico d'impresa); dall'altro lato sottoporre questo medesimo settore esclusivamente alla responsabilità oggettiva da rischio d'impresa anche nei casi in cui non soccorra una specifica previsione normativa[48].

La lettura del sistema secondo questo schema bipolare è stata a sua volta criticata da chi ha obiettato, tra le varie cose, che appare difficile ricondurre ad un criterio unitario le fattispecie di cui agli artt. 2049 e ss. c.c.[49]; e che in

---

[45] Cfr. RODOTÀ, *Il problema*, cit., 16 ss.; SALVI, voce *Responsabilità*, cit., 1193 ss.; CASTRONOVO, *La responsabilità*, cit., 16 ss., dove l'autore osserva che «al posto della giustizia commutativa, che nella prospettiva retributiva dell'agente aveva trovato nella colpa il suo modello di elezione, si è passati ad una teorizzazione in chiave di giustizia distributiva che, mettendo insieme linguaggi diversi, possiamo dire intende rispondere alla questione a quale sfera giuridica sia socialmente (non soltanto economicamente) più utile e ragionevole riferire la perdita costituita dal danno»; TRIMARCHI, *La responsabilità*, cit., 3 ss.

[46] Cfr. TRIMARCHI, *La responsabilità*, cit., 301 ss.

[47] Ivi, 306 ss.

[48] Cfr. RODOTÀ, *Il problema*, cit., 176.

[49] Ivi, 176 ss.; SALVI, voce *Responsabilità*, cit.,1220 ss.

ogni caso tale criterio non sembra poter essere individuato nel rischio tipico d'impresa, a tacer d'altro perché alcune tra le fattispecie di responsabilità diverse dalla colpa imputano l'obbligazione risarcitoria a prescindere dallo svolgimento di un'attività economica[50]. Sulla base di questi argomenti si è allora osservato che ricostruire il sistema della responsabilità civile in termini di alternativa tra due principi – quello della colpa e quello della responsabilità oggettiva per rischio – rischia di essere improduttivo[51]. Secondo questa opinione la ricostruzione più adeguata sarebbe quella per cui il giudizio di responsabilità si articola intorno a due momenti: il danno e i criteri di imputazione; e mentre il danno è elemento comune a tutte le fattispecie e per essere risarcibile deve sempre presentare il medesimo carattere della "ingiustizia", viceversa i criteri di imputazione della responsabilità contemplati agli artt. 2043 ss. c.c. sono diversi e non possono essere ricondotti ad uno o più principi uniformatori[52]: essi costituiscono piuttosto una scala «ampia e graduata, all'interno della quale l'apprezzamento del comportamento dannoso del responsabile assume un rilievo progressivamente decrescente, senza che però sia dato riscontrare una precisa e netta cesura»[53].

Come detto non è possibile in questa sede andare a fondo e prendere posizione sulle ricostruzioni tratteggiate – peraltro solo a grandi linee – fino a qui. Quello che preme sottolineare è che le riflessioni della dottrina civilistica elaborate nella seconda metà del secolo scorso hanno in vario modo determinato il superamento della lettura classica che poneva il criterio della colpa al

[50] Cfr. SALVI, voce *Responsabilità*, cit., 1220 ss.; CASTRONOVO, *La responsabilità*, cit., 32 ss., che critica il pensiero di chi distingue tra attività biologiche ed economiche ritenendole governate da responsabilità rispettivamente colposa e oggettiva; ed evidenzia che il minimo comune denominatore delle previsioni riconducibili al modello della responsabilità oggettiva (artt. 2049 ss. c.c.) non risiede nella rilevanza economica delle condotte, bensì nel fatto che si tratti di situazioni rispetto alle quali il legislatore ha ritenuto meritevole favorire la situazione del danneggiato rispetto a quella del titolare della situazione dalla quale il danno scaturisce.

[51] Cfr. SALVI, voce *Responsabilità*, cit., 1221.

[52] Cfr. RODOTÀ, *Il problema*, cit., 176 ss.; SALVI, voce *Responsabilità*, cit., 1220 ss.

[53] Così SALVI, voce *Responsabilità*, cit., 1222.

centro dell'intero sistema di imputazione della responsabilità civile. Attualmente è infatti opinione largamente diffusa e radicata che la colpa costituisca soltanto uno tra i criteri di imputazione della responsabilità[54]. Dal punto di vista operativo la conseguenza più rilevante delle ricostruzioni "moderne" ora considerate attiene all'applicazione degli artt. 2049 ss. c.c.: che devono considerarsi come fattispecie sganciate dall'elemento soggettivo previsto dall'art. 2043 c.c., anche nei casi in cui esse consentano al convenuto di fornire la "prova liberatoria"[55]; e la cui applicazione analogica non può dirsi preclusa da considerazioni sistematiche, poiché non vi è una alternativa tra norme che sono espressione del principio generale della colpa e regole di natura eccezionale che ne prescindono, ma semmai – a seconda delle ricostruzioni – una contrapposizione tra due principi entrambi generali e pari-ordinati (colpa e responsabilità oggettiva), o una pluralità di criteri di imputazione che non è possibile ricondurre a principi di carattere generale[56].

Fino a qui si è ricostruito per sommi capi il "percorso di ridimensionamento" della colpa nel sistema dell'imputazione della responsabilità civile; e si sono evidenziate le difficoltà di leggere la disciplina prevista dagli artt. 2043 ss. c.c. come un vero e proprio "sistema", vale a dire come un insieme di previsioni organicamente ispirate ad uno o più principi generali. Pur in presenza di tali difficoltà sembra però opportuno, anche per ragioni di chiarezza terminologica, adottare la distinzione proposta in dottrina fra tre modelli astratti di responsabilità entro cui le singole regole di diritto positivo possono essere

[54] Come osservato da NIVARRA, *Dolo,* cit., 327.

[55] Cfr. RODOTÀ, *Il problema*, cit., 164 ss.

[56] La possibilità di applicare in via analogica gli artt. 2049 ss. c.c. è sostenuta tra gli altri da RODOTÀ, *Il problema*, cit., 177; SALVI, voce *Responsabilità*, cit., 1223. In senso contrario cfr. però CASTRONOVO, *Responsabilità*, cit., 32, che pur sottolineando come gli artt. 2043 ss. c.c. contemplino una pluralità di criteri di imputazione della responsabilità, la maggior parte dei quali diversi dalla colpa, osserva che l'ampiezza della formulazione dell'art. 2043 c.c. non sembra consentire un'applicazione delle regole che ne prescindono la quale trascenda i limiti delle fattispecie di volta in volta contemplate.

ricondotte: e precisamente tra responsabilità per colpa, responsabilità oggettiva e responsabilità assoluta[57].

Secondo questa tripartizione nel modello della responsabilità per colpa rientrano tutte le previsioni in base alle quali si risponde fino al punto in cui le misure idonee ad evitare il danno rappresentano un costo ragionevole rispetto al danno da impedire[58]. In altri termini si tratta dei casi in cui l'obbligazione risarcitoria viene imputata al soggetto perché non si è adeguato allo standard di comportamento ragionevolmente esigibile imposto dall'ordinamento. La previsione di riferimento in cui tale modello di responsabilità trova espressione è ovviamente l'art. 2043 c.c.

Nel modello della responsabilità oggettiva rientrano viceversa le ipotesi in cui misure idonee ad evitare il danno siano possibili, ma economicamente implausibili perché troppo costose, sicché la loro mancata adozione non configura una colpa del soggetto e tuttavia l'obbligazione risarcitoria sorge comunque per effetto della previsione normativa[59]. Anche questo modello di responsabilità ha però un limite, costituito dal caso fortuito, vale a dire il fatto causativo del danno che nessuna misura di prevenzione avrebbe potuto evitare – nemmeno quelle teoricamente possibili ma in concreto inesigibili[60]. Secondo l'opinione oggi maggioritaria rientrano in questo modello le regole previste dagli artt. 2049 ss. c.c. (salve le incertezze sull'art. 2050 c.c. sulle quali tornerò a breve)[61].

Infine al modello della responsabilità c.d. assoluta vanno ricondotte le previsioni che non conoscono nemmeno il limite del caso fortuito, sicché in tali casi dovrebbe parlarsi più propriamente di garanzia piuttosto che di

[57] La tripartizione e la definizione delle tre categorie indicate nel testo sono quelle proposte da CASTRONOVO, *Responsabilità,* cit., 26 e 27.

[58] Ibid.

[59] Ibid.

[60] Ibid.

[61] Ibid.

responsabilità, poiché il soggetto può sottrarsi all'obbligazione risarcitoria solo rinunciando totalmente alla situazione idonea a cagionare il danno[62].

Va osservato che l'evoluzione del pensiero della dottrina civilistica tratteggiata fino a qui trova riscontro nel diritto vivente. La giurisprudenza è infatti oramai sostanzialmente concorde nell'interpretare alla stregua di regole di responsabilità oggettiva le norme previste agli artt. 2047 ss. c.c., incluse in particolare quelle che la lettura tradizionale riconduceva nell'alveo della colpa sulla base del rilievo che esse ammettono la prova liberatoria[63].

Restano da svolgere alcune considerazioni sull'art. 2050 c.c., che come accennato è la previsione dalla collocazione più incerta all'interno dello schema che distingue tra responsabilità colposa e oggettiva. L'incertezza deriva dal fatto che diversamente dagli artt. 2049, 2051, 2052 e 2053 c.c. – i quali individuano il limite della responsabilità nel solo caso fortuito o addirittura non prevedono alcun limite – l'art. 2050 c.c. contempla una prova liberatoria che sembra implicare una valutazione circa la condotta tenuta dal danneggiante: il quale va esente da responsabilità ove dimostri di «avere adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno». Di qui l'apparente natura colposa della fattispecie[64] ed il paradosso per cui il legislatore italiano del 1942 sembrò non essere riuscito a «superare il muro della colpa»[65] proprio con riguardo alla fattispecie –

[62] Ibid.

[63] Cfr. TORRENTE e SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XXIV ed. a cura di ANELLI e GRANELLI, Giuffrè, Milano, 2019, 907 ss., ove riferimenti a decisioni recenti che confermano l'orientamento ormai consolidato della giurisprudenza nel senso di valutare in termini di responsabilità oggettiva le fattispecie di cui agli artt. 2047, 2048, 2050, 2051, 2052, 2053 e 2054 co. 1 c.c.

[64] La responsabilità da attività pericolose ex art 2050 c.c. è ovviamente considerata di natura colposa dai fautori della teoria tradizionale: cfr. per tutti DE CUPIS, *Il danno,* cit., I, 138. In una posizione intermedia si colloca invece chi come SALVI, voce *Responsabilità*, cit., 1220 e 1232 ss., pur criticando la lettura tradizionale incentrata sulla colpa, legge l'art. 2050 c.c. come una soluzione di compromesso, che si colloca ai margini ma non all'interno della responsabilità oggettiva. L'autore osserva in particolare che proprio l'art. 2050 c.c. rappresenterebbe uno degli ostacoli più seri alla configurazione di un generale principio unitario di responsabilità oggettiva nel nostro ordinamento.

[65] Così CASTRONOVO, *Responsabilità*, cit., 33.

lo svolgimento di un'attività pericolosa – che in altri ordinamenti aveva portato per prima all'applicazione di regole di responsabilità oggettiva[66].

Sennonché la giurisprudenza – pur accogliendo in varie occasioni sul piano formale l'idea che l'art. 2050 c.c. configuri una presunzione *iuris tantum* di colpa[67] – dal punto di vista sostanziale ha costantemente applicato la previsione qui considerata in termini di responsabilità oggettiva: non accontentandosi della dimostrazione circa la mancanza di colpa, ma pretendendo la prova di una causa esterna del danno che in concreto finisce per coincidere con il caso fortuito[68].

E ben si comprende allora la posizione prevalente in dottrina: che legge il riferimento a «tutte le misure idonee ad evitare il danno» come comprensivo anche delle misure di prevenzione del danno ragionevolmente *non* esigibili perché troppo costose; osserva per conseguenza che l'art. 2050 c.c. imputa la responsabilità anche al soggetto che ha adempiuto i propri doveri di condotta, poiché questi ultimi per loro natura non vanno mai oltre quanto ragionevolmente esigibile; e pertanto riconduce la fattispecie al modello della responsabilità oggettiva, osservando che l'applicazione pratica della norma operata dalla giurisprudenza conferma questa lettura[69].

---

[66] Ibid. Il "paradosso" è evidenziato anche da SALVI, voce *Responsabilità*, cit., 1232, che sottolinea la scarsa coerenza del sistema disegnato dagli artt. 2049 ss. c.c.: i quali assoggettano a responsabilità oggettiva il custode della cosa e il proprietario dell'animale (artt. 2051 e 2052 c.c.) ma non chi svolge un'attività economica pericolosa per fini profitto.

[67] Cfr. ad esempio Cass. 20 maggio 2016 n. 10422; Cass. 22 settembre 2014 n. 19872; Cass. 21 giugno 1984 n. 3678; Cass. 2 febbraio 1983 n. 908; Cass. 8 maggio 1984 n. 2796; Cass. 13 maggio 1982 n. 3182; Cass. 7 luglio 1964 n. 1777.

[68] Come osservato da CASTRONOVO, *Responsabilità*, cit., 34; TORRENTE e SCHLESINGER, *Manuale*, cit., 907; FRANZONI, *Dei fatti*, cit., 398 ss.

[69] Cfr. CASTRONOVO, *Responsabilità*, cit., 34, il quale osserva che le misure di prevenzione del danno possono essere suddivise in tre categorie sulla base di tre standard decrescenti di qualità (e costo) delle misure stesse: quelle corrispondenti rispettivamente allo «stato della scienza e della tecnica», alla «tecnologia migliore disponibile» e alle «regole della tecnica generalmente riconosciute». Le misure corrispondenti al secondo e al terzo standard possono ritenersi economicamente ragionevoli e pertanto una regola che imponga la loro adozione configura un'ipotesi di responsabilità colposa; viceversa una previsione che richieda l'adozione del primo standard definisce una regola di responsabilità oggettiva, ed è il caso dell'art. 2050 c.c. In senso analogo cfr. TRIMARCHI, *La responsabilità*, cit., 430 e 431; FRANZONI,

3.2. DIRITTO D'AUTORE E CRITERI DI IMPUTAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ: POSSIBILI LETTURE DELL'ART. 158 CO. 1 L.A.

Il problema posto dall'art. 158 co. 1 l.a. per quanto riguarda il criterio di imputazione della responsabilità è quello di capire se la previsione costituisca una norma di rinvio oppure no[70]. La questione sorge in quanto la previsione è assai sintetica e non contempla alcun riferimento alla condotta, allo stato soggettivo né alla posizione del soggetto tenuto al risarcimento del danno. Essa fa riferimento unicamente alla posizione del danneggiato: «chi venga leso nell'esercizio di un diritto di utilizzazione economica a lui spettante».

Vi è quindi da chiedersi se il legislatore abbia inteso prevedere un criterio speciale di imputazione della responsabilità in materia di diritto d'autore, individuandolo nel fatto oggettivo della lesione; o se viceversa la disposizione si limiti a riconoscere al soggetto leso il diritto di ottenere il risarcimento del danno senza stabilire in base a quale – o quali – criteri l'obbligazione risarcitoria debba essere imputata al danneggiante.

La prima soluzione è sostenuta da una opinione minoritaria della dottrina[71]. Secondo questa tesi l'art. 158 co. 1 l.a. prevede un criterio di imputazione di carattere oggettivo, in base al quale l'obbligazione risarcitoria sorge a carico del danneggiante per il solo fatto di aver cagionato la lesione. A supporto della tesi ora considerata viene osservato che il testo dell'art. 158 co. 1 l.a. non contempla alcun elemento soggettivo[72]; che l'idea classica per cui la

Dei fatti illeciti. Art. 2043-2059, II ed., Zanichelli, Bologna, 398 ss., che sintetizza le posizioni espresse in giurisprudenza e in dottrina e conclude che anche nei casi in cui si è ritenuto che la prova liberatoria richiesta dall'art. 2050 c.c. abbia un oggetto diverso dal caso fortuito, comunque la dimostrazione di aver «adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno» si risolve nella prova dell'interruzione del rapporto di causalità di fatto tra l'attività pericolosa e il danno, e dunque in una dimostrazione indiretta del caso fortuito.

[70] Come osservato da DANISI, in nota ad App. Bologna 22 aprile 1993, in *AIDA* 1995, *308*, 433.

[71] Cfr. FABIANI, *La tutela*, cit., 11 e, seppur in termini problematici, DANISI, in nota ad App. Bologna 22 aprile 1993, cit., 433 ss.

[72] Cfr. DANISI, in nota ad App. Bologna 22 aprile 1993, cit., 433.

responsabilità civile non può fare a meno della colpa è stata superata, dunque non vi è ragione di ritenere che la disposizione qui analizzata rinvii implicitamente all'art. 2043 c.c.[73]; che la medesima previsione menziona anche il rimedio della distruzione o rimozione, pacificamente esperibile a prescindere dall'elemento soggettivo, pertanto il legislatore avrebbe inteso assoggettare ai medesimi presupposti anche il risarcimento del danno[74]; e che interpretare l'art. 158 co. 1 come regola di responsabilità oggettiva comporta una serie di vantaggi per il danneggiato[75].

In giurisprudenza solo un numero esiguo di decisioni ha escluso esplicitamente il dolo e la colpa dai presupposti per la tutela risarcitoria da violazione del diritto d'autore[76]. Tuttavia non sono poche le pronunce che, pur senza escludere espressamente la necessità dell'elemento soggettivo, hanno accolto la domanda risarcitoria omettendo ogni valutazione circa il dolo o la colpa del contraffattore[77].

---

[73] Ibid.

[74] Ibid. Questa argomentazione sembra essere sostenuta anche da FABIANI, *La tutela*, cit., 11, il quale osserva che il rimedio risarcitorio e quello della distruzione o rimozione sarebbero accomunati dalla medesima funzione *lato sensu* ripristinatoria, vale a dire quella di eliminare le conseguenze negative della violazione: precisamente secondo l'autore il risarcimento del danno sarebbe esperibile laddove la distruzione o rimozione non consentano una integrale *restitutio in pristinum*.

[75] Cfr. DANISI, in nota ad App. Bologna 22 aprile 1993, cit., 433.

[76] Cfr. App. Milano, 25 febbraio 1997, in *AIDA* 1997, *491*; Trib. Firenze, 31 gennaio 2004, ivi 2005, 699; Trib. Savona, ord. 21 maggio 1999, ivi 2001, *748*. Nella decisione citata il Tribunale di Savona richiama Cass. 27 aprile 1955 n. 2698, in *IDA* 1956, 38 a supporto della tesi per cui la responsabilità da violazione del diritto d'autore non richiederebbe l'elemento soggettivo. Tuttavia come osservato da COGO, in nota ad App. Milano, 19 marzo 2010, in *AIDA* 2011, 705, la decisione ora ricordata della Corte di Cassazione sposa solo apparentemente questa tesi, poiché si limita a considerare che l'art. 158 l.a. disciplinerebbe tanto la responsabilità aquiliana per le violazioni dolose o colpose quanto quella da arricchimento senza causa per le violazioni incolpevoli.

[77] Cfr. ad esempio Cass. 2 giugno 1998 n. 5388, in *AIDA* 1998, *513*; Trib. Milano, 25 gennaio 2021, ivi 2021, *II.478*; Trib. Milano, 17 gennaio 2004, ivi 2006, *1074*; Trib. Milano, 8 maggio 2003, ivi 2004, *977*; Trib. Milano, 3 febbraio 2003, ivi 2004, *698*; Trib. Milano, 16 aprile 1998, ivi 1998, *564*; Trib. Napoli, 18 aprile 1997, ivi 1998, *529*; App. Venezia, 11 dicembre 1997, ivi 1998, *548*; Trib. Milano, 21 novembre 1996, ivi 1998, *517*; Trib. Milano, 14 novembre 1996, ivi 1997, *479*; Trib. Milano, 17 ottobre 1996, ivi 1997, *472*.

D'altra parte l'opinione maggioritaria della dottrina e della giurisprudenza ritiene che l'art. 158 l.a. sia una specificazione dell'art. 2043 c.c., sul presupposto che la previsione da ultimo menzionata costituisca la regola generale in materia di responsabilità civile e che pertanto la disposizione contenuta nella legge sul diritto d'autore vi rinvii implicitamente[78].

La tesi maggioritaria è stata criticata da chi ha osservato che essa si basa sulla concezione classica – ormai superata – del sistema della responsabilità civile, la quale individuava nell'art. 2043 c.c. la regola generale e nella colpa il criterio normale di imputazione della responsabilità[79].

In effetti nel paragrafo che precede si è avuto modo di rilevare che la dottrina civilistica ha superato la concezione classica ora ricordata. Si è visto anche che da tempo la giurisprudenza applica gli artt. 2047 ss. c.c. secondo criteri che nel concreto confermano i risultati raggiunti dalla dottrina, sicché le formule "antiche" che ancora si leggono nelle decisioni e che vorrebbero ricondurre le previsioni da ultimo menzionate al criterio della colpa appaiono residui della tradizione privi di riscontro pratico.

---

[78] Cfr. in dottrina PIOLA CASELLI, *Codice*, cit., 641 ss.; ASCARELLI, *Teoria*, cit., 869 e 870; GRECO e VERCELLONE, *I diritti*, cit., 372; AMMENDOLA in L.C. UBERTAZZI e AMMENDOLA, *Il diritto*, cit., 87; SARTI, *Diritti esclusivi e circolazione dei beni*, Giuffrè, Milano, 1996, 13 ss. e 41 ss.; MUSSO, *Del diritto*, cit., 276. In giurisprudenza cfr. *ex multis* Cass. 29 maggio 2015 n. 11225, in *AIDA* 2016, *1719*; Cass. 15 giugno 2012 n. 9854, ivi 2012, 832; Cass. 29 maggio 2003 n. 8597, ivi 2003, *887*; Cass. 13 dicembre 1999 n. 13937, ivi 2000, *659*; Cass. 12 novembre 1994 n. 9529, ivi 1995, *303*; App. Genova, 11 novembre 2020, ivi 2021, *II.468*; App. Roma, 30 aprile 2012, ivi 2013, *1556*; App. Milano, 30 agosto 2010, ivi 2011, *1436*; App. Milano, 19 marzo 2010, ivi 2011, *1414*; App. Torino, 13 gennaio 2006, ivi 2007, *1147*; App. Milano, 28 maggio 1999, ivi 1999, *643*; App. Milano, 25 febbraio 1997, ivi 1997, *491*; Trib. Bologna, 13 ottobre 2022, ivi 2023, *II.611*; Trib. Bologna, 11 febbraio 2021, ivi 2021, *II.483*; Trib. Bari, 27 ottobre 2020, ivi 2021, *II.466*; Trib. Roma, 2 luglio 2019, ivi 2020, *1931*; Trib. Milano, 29 aprile 2015, ivi 2016, *1746*; Trib. Milano 9 febbraio 2016, ivi 2016, *1767*; Trib. Roma 3 marzo 2011, ivi 2014, *1601*; Trib. Roma, 15 ottobre 2009, ivi 2010, *1367*; Trib. Venezia 1 ottobre 2007, ivi 2009, *1270*; Trib. Roma, 15 marzo 2001, ivi 2002, *838*; Trib. Milano 23 gennaio 1997, ivi 1997, *486*.

[79] Cfr. NIVARRA, *Dolo*, cit., 327 ss., il quale osserva che «si è prodotta una cesura tra il diritto primo – e cioè la disciplina dei fatti illeciti per come essa si è venuta concretamente evolvendo nell'elaborazione di dottrina e giurisprudenza – e il diritto secondo – e cioè il sottosistema della proprietà intellettuale –: difatti, mentre quest'ultimo continua a guardare alla colpa come al criterio esclusivo o normale di imputazione dell'obbligazione risarcitoria, tra i civilisti è ormai opinione largamente diffusa e radicata che la colpa rappresenti soltanto uno dei possibili criteri di imputazione della responsabilità».

In questo quadro sembra allora opportuno vagliare la giurisprudenza pronunciatasi in materia di responsabilità da violazione del diritto d'autore, per valutare se un fenomeno simile a quello descritto nel paragrafo precedente abbia avuto luogo anche in questo settore. Precisamente sembra opportuno verificare se la giurisprudenza che qualifica l'art. 158 l.a. come una norma di rinvio all'art. 2043 c.c. valuti effettivamente la condotta del convenuto sempre secondo il canone della colpa o se, viceversa, applichi criteri di imputazione diversi a seconda dei casi, inclusi quelli più rigidi riconducibili al modello della responsabilità oggettiva.

Va sin d'ora precisato che la giurisprudenza analizzata di seguito non include le decisioni relative agli intermediari di Internet, di cui si darà conto nei capitoli successivi. Obiettivo di questo capitolo primo è quello di mettere a fuoco il sistema di imputazione della responsabilità da violazione del diritto d'autore sotto un profilo generale: e cioè per quanto attiene ai soggetti che non sono destinatari di normative speciali.

3.3. *SEGUE.* APPLICAZIONI DELL'ART. 158 L.A.: SOGGETTI CHE ASSUMONO L'INIZIATIVA PER LA REALIZZAZIONE E LO SFRUTTAMENTO DEL PRODOTTO CONTRAFFATTO

L'analisi delle pronunce emanate nella materia qui esaminata mostra che nella maggior parte dei casi la responsabilità da lesione del diritto d'autore viene imputata sulla base del rilievo che il contraffattore non ha osservato la diligenza dovuta ai sensi dell'art. 2043 c.c.[80]. Nei casi in cui il contraffattore opera professionalmente in qualità di imprenditore in un determinato settore la giurisprudenza è poi solita affermare che la colpa va valutata in base

[80] Cfr. *ex multis* le decisioni citate *supra* nella nota n. 78. Per un'illustrazione degli orientamenti della giurisprudenza e della dottrina relativi al profilo della colpa in materia di violazione del diritto d'autore cfr. SPONZILLI, *L'elemento soggettivo nella violazione del diritto d'autore e la ripartizione della responsabilità risarcitoria fra i concorrenti nell'illecito*, in *IDA* 2007, 216 ss.

parametro più rigido della diligenza qualificata di cui all'art. 1176 co. 2 c.c.[81]. Se si guarda però al contenuto degli standard di diligenza concretamente individuati dalle nostre corti ci si avvede che in molti casi essi sembrano richiedere l'adozione di misure sostanzialmente inesigibili[82]; e che in tali casi il criterio di imputazione applicato non sembra riconducibile al modello della responsabilità per colpa, ma a quello della responsabilità oggettiva[83].

Per rendere conto di quanto appena osservato sembra utile riassumere le posizioni assunte dalla giurisprudenza con riguardo ad alcune categorie di soggetti tipicamente coinvolti nelle controversie qui esaminate.

È opportuno cominciare la breve rassegna dai soggetti che assumono l'iniziativa volta alla realizzazione e allo sfruttamento su scala industriale di prodotti culturali[84]. Mi riferisco agli imprenditori culturali che tipicamente sono cessionari a titolo definitivo dei diritti d'autore o connessi degli autori o

---

[81] Sull'applicabilità del parametro previsto dall'art. 1176 co. 2 c.c. nell'ambito della responsabilità extracontrattuale cfr. SALVI, voce *Responsabilità*, cit., 1226, il quale osserva che nella valutazione della colpa «assumono rilievo anzitutto elementi oggettivi, come la natura dell'attività lesiva e del bene colpito. Attività specializzate, che richiedono particolari competenze professionali, implicano il raffronto con un modello di condotta a esse adeguato (cfr. art. 1176 comma 2) …». Questo fenomeno viene ricostruito criticamente da NIVARRA, *Dolo*, cit., 327 e 328, il quale osserva che il "trapianto" dell'art. 1176 c.c. nell'ambito aquiliano ha concorso a mutare la colpa in una «sorta di clausola generale della quale i giudici si avvalgono in vista della elaborazione di standard comportamentali ricchi di contenuto»; e che si assiste ad una crescente settorializzazione della colpa, il cui contenuto varia a seconda di numerosi fattori tra cui la posizione e l'attività del danneggiante, quelle del danneggiato e la natura del bene leso. Sul punto cfr. anche SPONZILLI, *L'elemento*, cit., 220 ss.

[82] Come osservato da NIVARRA, *Dolo*, cit., 334 ss.; PLAIA, *Proprietà*, cit., 55 ss.; SPONZILLI, *L'elemento*, cit., 226 e 227; MUSSO, *Del diritto,* cit., 276.

[83] Sul punto NIVARRA, *Dolo*, cit., 335 ritiene che l'art. 2050 c.c. rappresenti il punto di riferimento sistematico e normativo più credibile in materia di responsabilità da violazione della proprietà intellettuale; PLAIA, *Proprietà*, 55 ss. osserva che le nostre corti valutano la responsabilità da violazione del diritto d'autore in termini puramente oggettivi, collocando la prova liberatoria sul piano del nesso di causalità; SPONZILLI, *L'elemento*, cit., 226 rileva che la «ricostruzione dell'elemento soggettivo fin qui sposata da parte della giurisprudenza appare di eccessiva severità e rischia di reintrodurre surrettiziamente forme di responsabilità oggettiva, come colpa *in re ipsa*»; analogamente MUSSO, *Del diritto*, cit., 276.

[84] L'espressione "prodotto culturale" verrà qui utilizzata in senso ampio, per indicare non solo i beni fisici che incorporano le opere protette (quali ad esempio libri, videocassette, CD, DVD, etc.) ma anche i beni dematerializzati che le contengono (ad esempio il fonogramma di un'opera musicale fruibile su una piattaforma online o comunque in altre forme immateriali quali la trasmissione radiofonica).

artisti, nonché titolari originari dei diritti connessi sul prodotto culturale che realizzano[85]. Si tratta quindi ad esempio dell'editore, del produttore di fonogrammi e di videogrammi: in altri termini di quei soggetti che, in quanto titolari di diritti esclusivi sul prodotto culturale e/o sulle opere e prestazioni artistiche ivi incorporate, assumono l'iniziativa (e il rischio) per il loro sfruttamento su scala industriale e ricavano profitto da ogni tipo di utilizzo economico rientrante nell'oggetto dell'esclusiva.

Nei confronti di questi soggetti la giurisprudenza appare orientata a riconoscere la responsabilità in ogni caso.

Anzitutto vi è un numero non trascurabile di decisioni nelle quali la condanna al risarcimento viene pronunciata senza nemmeno menzionare o valutare l'elemento soggettivo e procedendo immediatamente alla quantificazione del danno una volta riscontrato il fatto oggettivo della violazione[86].

D'altra parte anche nei casi in cui viene adottato il criterio della colpa, la giurisprudenza è orientata nel senso di ritenerla sempre sussistente. E questo non solo nelle ipotesi in cui le circostanze di fatto consentono di desumere chiaramente una condotta dolosa o quantomeno colposa dell'imprenditore[87], ma anche in quelli in cui al contrario è molto difficile ravvisare un comportamento negligente o imprudente. Il caso più emblematico è forse quello del plagio-contraffazione di opere musicali[88]: dove non è inverosimile che l'imprenditore culturale possa aver agito in buona fede (senza cioè rendersi conto del

[85] Ad esempio il produttore di fonogrammi, titolare dei diritti connessi disciplinati dagli artt. 72 ss. l.a., o il produttore dei c.d. videogrammi, titolare dei diritti connessi disciplinati agli artt. 78-ter l.a.

[86] Cfr. ad esempio le decisioni citate *supra* alla nota n. 77.

[87] Cfr. ad esempio il caso deciso da Trib. Milano, 28 settembre 1999, in *AIDA* 2000, *703*, dove l'imprenditore aveva fornito istruzioni all'autore perché questi realizzasse un'opera plagiaria.

[88] Come illustrato da AMMENDOLA in L.C. UBERTAZZI e AMMENDOLA, *Il diritto,* cit., 83, l'espressione "plagio-contraffazione" indica il caso in cui il contraffattore si attribuisce la paternità di un'opera altrui (o di una parte della stessa) violando altresì i diritti di utilizzazione economica facenti capo al titolare; e include anche lo scenario (tipico) in cui l'opera altrui non viene ripresa in modo pedissequo ma con variazioni. Spesso la fattispecie del plagio-contraffazione viene indicata con il solo termine "plagio".

fatto che l'autore abbia ripreso elementi creativi di un'altra opera, di cui magari nemmeno l'autore era consapevole) ed in modo non negligente (senza cioè che gli si possa rimproverare di non aver svolto le dovute verifiche da cui avrebbe potuto rendersi conto del plagio)[89]. A questo riguardo va ricordato che mentre nei casi di violazione di marchi o brevetti il convenuto in contraffazione può ragionevolmente dimostrare la propria diligenza provando di aver consultato i pubblici registri, così non è per il diritto d'autore. Nel settore delle opere dell'ingegno è realisticamente impossibile effettuare controlli a tappeto volti a verificare che l'opera realizzata non costituisca plagio di altra già esistente[90]. Questo vale soprattutto nei settori – quale ad esempio quello musicale – in cui il mercato è particolarmente affollato a causa del numero elevatissimo di contenuti che godono di protezione autorale[91]. Ebbene, anche in queste ipotesi la giurisprudenza appare univocamente orientata ad imputare *in ogni caso* la responsabilità a carico dell'imprenditore culturale. In particolare alcune decisioni estendono automaticamente la responsabilità a carico dell'imprenditore dopo aver valutato e ritenuto colposa (soltanto) la condotta dell'autore dell'opera plagiaria[92]. Altre pronunce ritengono che il fatto che l'imprenditore operi professionalmente nel settore musicale determini una presunzione di colpa a suo carico, sicché grava su quest'ultimo l'onere di dimostrare l'assenza dell'elemento soggettivo[93]; adottano una nozione di colpa oggettiva, in base

[89] Cfr. al riguardo le considerazioni di G. BONELLI, *Il plagio di opere musicali,* in *IDA* 2000, 195 ss.

[90] Ibid.

[91] Ibid. Cfr. anche MUSSO, *Del diritto*, cit., 280, il quale osserva che rispetto all'area delle privative industriali, nel campo del diritto d'autore vi è una probabilità assai maggiore che la condotta del contraffattore sia incolpevole: e ciò tanto in ragione dell'assenza di un sistema di formalità costitutive quanto della «ormai amplissima pleiade di deboli opere tutelate».

[92] Cfr. ad esempio Cass. 15 giugno 2012 n. 9854, cit.; App. Milano, 30 agosto 2010, cit.

[93] Cfr. in termini espressi ed inequivoci Cass. 29 maggio 2015 n. 11225, cit. La regola dell'inversione dell'onere probatorio viene generalmente applicata nei casi in cui il contraffattore opera professionalmente all'interno di un determinato settore: cfr. ad esempio Trib. Milano, 29 aprile 2016, cit., che con riguardo ad autori, produttori ed editori che nel caso di specie operavano professionalmente nel settore musicale osserva che «nell'esercizio di tali attività, la diligenza loro richiesta, ossia quella qualificata ex art. 1176, comma 2 c.c., qui non è stata provata». Più radicalmente cfr. Trib. Milano, 6 novembre

alla quale la condotta del contraffattore va valutata senza considerare l'atteggiamento psicologico ma soltanto verificandone la rispondenza allo standard di comportamento imposto dall'ordinamento; e individuano uno standard di condotta estremamente oneroso, che nella sostanza coincide con l'obbligo di svolgere le ricerche preventive realisticamente inesigibili di cui si è detto[94].

Nei casi ora ricordati il riferimento all'art. 2043 c.c. appare allora una *fictio iuris* e la regola effettivamente applicata sembra piuttosto quella dell'art. 2050 c.c.: e ciò in ragione tanto dell'inversione dell'onere probatorio quanto del contenuto della prova liberatoria richiesta, che finisce per coincidere con l'adozione di «tutte le misure idonee ad evitare al danno»[95].

Un atteggiamento altrettanto severo viene poi riservato dalla giurisprudenza a quei soggetti che, pur non operando nel settore della produzione di contenuti culturali, ne commissionino a terzi la realizzazione allo scopo di trarne indirettamente profitto: il caso tipico è quello dell'inserzionista che incarichi l'agenzia pubblicitaria di realizzare un contenuto audiovisivo di natura promozionale al fine di pubblicizzare i propri prodotti o servizi. L'inserzionista

1995, in *AIDA* 1996, *412*, che con riguardo all'inserzionista di uno spot pubblicitario – che non operava professionalmente nel settore della produzione di contenuti ma si era limitato a commissionare lo spot – ha affermato che l'esistenza di un suo interesse alla diffusione dell'annuncio «fa presumere – fino a prova contraria […] – la partecipazione volontaria, anche se indiretta, dell'imprenditore all'illecito stesso». Più in generale sul tema cfr. SPONZILLI, *L'elemento*, cit. 221, il quale osserva che in relazione agli operatori del settore della comunicazione al pubblico la giurisprudenza segue un criterio di *colpa professionale* e richiama FRANZONI, *Gli illeciti di Internet*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, 28 ss., il quale ricorda che «storicamente la colpa professionale si è delineata quale tecnica per semplificare lo standard più elevato di perizia richiesta per svolgere una certa attività ed ha comportato l'impiego della presunzione di negligenza dalla verificazione di un certo risultato negativo rispetto alle aspettative attese». La presunzione di colpa costituirebbe poi la regola secondo la prospettiva di GENOVESE, *Il risarcimento*, cit., 104 e 218, che ritiene applicabile anche ai casi di violazione del diritto d'autore l'art. 2600 c.c.

[94] Cfr. ad esempio Cass. 29 maggio 2015 n. 11225, cit., che ha confermato la condanna al risarcimento del danno nei confronti degli editori di un brano musicale composto dal notissimo cantautore *Prince*, per plagio-contraffazione di un'opera scritta da due autori italiani poco noti e pubblicata più di dieci anni prima; Trib. Roma, 12 maggio 1993, in *AIDA* 1994, *233*.

[95] Cfr. NIVARRA, *Dolo,* cit., 335, il quale però riconduce l'art. 2050 c.c. al modello della responsabilità soggettiva colposa e in tale prospettiva osserva che i parametri adottati dalla giurisprudenza per imputare la responsabilità da lesione del diritto d'autore oscillerebbero tra il modello (nell'ottica dell'autore colposo) dell'art. 2050 c.c. e quello (pacificamente oggettivo) del rischio d'impresa.

viene tipicamente condannato in solido con chi ha organizzato e prodotto lo spot pubblicitario lesivo del diritto d'autore. Anche qui, alle volte la giurisprudenza statuisce la condanna senza nemmeno valutare l'elemento soggettivo, altre volte ravvisa a carico dell'inserzionista una *culpa in vigilando* per non essersi assicurato che l'attività dei soggetti che hanno realizzato lo spot rispettasse i diritti d'autore altrui[96]. Peraltro anche in questo caso il ricorso all'art. 2043 c.c. appare (se non sempre, spesso) frutto di una *fictio iuris*: nella maggior parte degli scenari è infatti inverosimile che un soggetto estraneo all'industria culturale – qual è tipicamente l'inserzionista – sia munito delle conoscenze e degli strumenti necessari per verificare che il produttore dello spot commissionato abbia rispettato i diritti d'autore altrui. Del resto una conferma significativa di quanto ora osservato sembra emergere da una decisione che ha condannato l'inserzionista qualificandolo come preponente ai sensi dell'art. 2049 c.c. e applicando il criterio oggettivo di imputazione della responsabilità ivi previsto[97]. Per le stesse ragioni appare significativa una pronuncia – seppur isolata – che ha escluso la colpa dell'inserzionista ritenendo che questi avesse osservato la diligenza dovuta per aver affidato la realizzazione dello spot a soggetti di comprovate capacità professionali: e cioè all'agenzia pubblicitaria e al produttore cinematografico, ai quali soltanto la responsabilità è stata imputata sul presupposto che non fosse esigibile da parte dell'inserzionista un onere di vigilare sull'operato altrui per verificare il rispetto del diritto d'autore[98].

[96] Cfr. ad esempio Cass. 2 giugno 1998 n. 5388, cit.; App. Milano, 28 maggio 1999, cit.; App. Milano, 30 marzo 1999, in *AIDA* 2000, *678*; Trib. Milano, 9 febbraio 2016, cit.; Trib. Roma, 15 marzo 2001, cit.; Trib. Milano, 23 gennaio 1997, cit.; Trib. Milano, 6 novembre 1995, cit.; Trib. Roma, 12 maggio 1993, cit. Su questo indirizzo della giurisprudenza cfr. le considerazioni di TESTA, in nota a Trib. Milano, 28 settembre 1999, cit., 804, la quale osserva che la giurisprudenza è solita condannare l'inserzionista al risarcimento del danno senza una particolare indagine sull'elemento soggettivo, in alcuni casi arrivando a far coincidere la colpa con il diverso elemento della imputabilità al soggetto del comportamento oggettivamente illecito.

[97] Cfr. Trib. Milano, 29 giugno 2015, in *AIDA* 2017, *1800*.

[98] Cfr. Trib. Milano, 28 settembre 1999, in *AIDA* 2000, *703*.

La regola di responsabilità oggettiva prevista all'art. 2049 c.c. è stata richiamata anche da una decisione che ha condannato per violazione del diritto d'autore un produttore di capi di abbigliamento, i quali erano stati progettati da un collaboratore esterno dell'imprenditore e riproducevano illegittimamente opere fotografiche e scultoree protette[99].

Degna di nota sembra infine una pronuncia che ha condannato al risarcimento del danno il gestore di una copisteria applicando il criterio oggettivo di imputazione della responsabilità previsto dall'art. 2051 c.c.; e ciò sulla base del fatto che l'imprenditore metteva a disposizione della clientela con modalità self-service le macchine utilizzate per realizzare le copie contraffatte[100].

Da questo breve quadro sembra emergere piuttosto chiaramente la tendenza della giurisprudenza ad imputare la responsabilità aquiliana a carico di qualsiasi soggetto che in qualche modo partecipi con fini di profitto alla realizzazione di prodotti lesivi del diritto d'autore. In particolare, anche nelle ipotesi in cui non sembra ravvisabile una colpa dell'imprenditore la giurisprudenza appare propensa a statuire comunque la condanna risarcitoria: alle volte omettendo ogni valutazione dell'elemento soggettivo; altre volte ricorrendo a presunzioni di colpa e standard di diligenza così elevati da apparire inesigibili (e così applicando nella sostanza la regola prevista dall'art. 2050 c.c.); altre volte ancora applicando espressamente previsioni oggi pacificamente ritenute di responsabilità oggettiva quali gli artt. 2049 e 2051 c.c.

3.4. *SEGUE.* APPLICAZIONI DELL'ART. 158 L.A.: SOGGETTI CHE DISTRIBUISCONO IL PRODOTTO CONTRAFFATTO

L'atteggiamento della giurisprudenza appare leggermente meno granitico con riguardo agli imprenditori che non sono coinvolti nella realizzazione

[99] Cfr. Trib. Bologna, 17 gennaio 2019, in *AIDA* 2019, *1908*.
[100] Cfr. Trib. Milano, ord. 12 febbraio 2000, in *AIDA* 2000, *Repertorio*, 1049.

del prodotto culturale lesivo, ma svolgono un ruolo soltanto nella sua distribuzione[101].

A questo riguardo è opportuno ricordare che tipicamente lo sfruttamento economico della risorsa protetta da diritto d'autore coinvolge una pluralità di soggetti, che si collocano in una catena che origina da chi crea l'opera – e il prodotto culturale che la incorpora – e termina con chi lo mette a disposizione del consumatore finale[102]. Spesso tra il primo e l'ultimo anello della catena vi sono figure che ricoprono una posizione intermedia. Ad esempio, nel caso della vendita presso un negozio fisico di un vinile contenente brani musicali protetti, i soggetti tipicamente coinvolti nella filiera sono l'autore (o più verosimilmente gli autori) delle opere musicali incorporate nel vinile, il quale cede i propri diritti esclusivi di utilizzazione economica a un editore musicale, che a sua volta concede in licenza al produttore fonografico i diritti di realizzare l'incisione discografica delle opere per il tramite di artisti interpreti ed esecutori, di riprodurle su supporti fisici e di distribuirle tramite la vendita dei supporti medesimi; una volta realizzata l'incisione delle opere e fabbricati i vinili nel numero di esemplari concordato con l'editore, il produttore fonografico li vende ai grossisti in base alle zone geografiche di relativa competenza; i grossisti a loro volta li rivendono ai dettaglianti secondo analoghi criteri di ripartizione geografica; infine il dettagliante vende l'esemplare al consumatore finale. Una simile catena di soggetti caratterizza spesso anche i casi in cui lo sfruttamento dell'opera avviene in forma immateriale, e così ad esempio tramite la sua diffusione televisiva o radiofonica.

[101] I vocaboli "distribuzione" e "distributore" verranno qui utilizzati in senso ampio, per indicare tanto la distribuzione (e il distributore) di prodotti fisici quanto la diffusione (e il diffusore) a distanza di prodotti dematerializzati (ad esempio la trasmissione radiofonica o televisiva di un contenuto protetto).

[102] Per una trattazione dei rimedi esperibili nei confronti dei vari soggetti della filiera produttiva e distributiva di prodotti fisici contraffatti cfr. SARTI, *Diritti*, cit., 33 ss.

In questi casi si pone il problema di capire se la responsabilità da lesione del diritto d'autore vada imputata a tutti i soggetti della catena sulla base del medesimo criterio, o se sia necessario distinguere a seconda del ruolo svolto da ciascuno.

L'indirizzo maggioritario della giurisprudenza è orientato nel primo senso. In particolare è ricorrente la massima per cui *tutti* i soggetti coinvolti nella filiera produttiva *e distributiva* del prodotto contraffatto devono rispondere in via solidale ai sensi dell'art. 2055 c.c. per il danno subito dal titolare del diritto d'autore violato. Più specificamente l'indirizzo maggioritario ora ricordato afferma la responsabilità dei soggetti coinvolti nella distribuzione del prodotto lesivo secondo un criterio analogo a quello applicato a chi ha operato "a monte" realizzando il prodotto; alle volte omette ogni valutazione circa i profili soggettivi della condotta, altre volte ravvisa la colpa (anche) del distributore che non abbia svolto i controlli necessari ad accertarsi che il prodotto distribuito non ledesse diritti d'autore altrui; e nel far ciò ricorre spesso alla nozione di diligenza qualificata di cui all'art. 1176 co. 2 c.c. per individuare – e constatare il mancato rispetto di – standard di comportamento particolarmente onerosi[103].

Così ad esempio nel settore della distribuzione di prodotti fisici contraffatti è stato affermato che l'imprenditore il quale distribuisca professionalmente videocassette non può confidare nella dichiarazione del loro produttore

[103] Cfr. *ex multis* Cass. 26 gennaio 2018 n. 2039, in *AIDA* 2018, 586; Cass. 18 gennaio 2013 n. 1247, *ivi* 2014, *1593*; Cass. 29 maggio 2003 n. 8597, cit.; Cass. 2 giugno 1998 n. 5388, cit.; Cass. 12 novembre 1994 n. 9529, cit.; App. Milano, 19 marzo 2010, cit.; App. Milano, 28 maggio 1999, cit.; App. Roma, 16 gennaio 1995; Trib. Milano, 25 gennaio 2021, cit.; Trib. Milano, 29 aprile 2015, cit.; Trib. Roma, 15 marzo 2001, cit.; Trib. Roma, 25 maggio 1992. Nel commentare l'indirizzo giurisprudenziale qui richiamato SPONZILLI, *L'elemento*, cit., 224 osserva che «dall'applicazione di un criterio di valutazione dell'elemento soggettivo che limita al massimo la possibilità di violazioni incolpevoli (o addirittura prescinde dal requisito della colpa) discende la conseguenza che l'area di coloro che saranno tenuti al risarcimento, nei casi di violazioni cui partecipino più soggetti, si espanderà fino a comprendere inevitabilmente tutti coloro che abbiano partecipato materialmente alla utilizzazione non consentita, a prescindere dalla individuazione di uno specifico profilo di colpevolezza in capo a ciascuno di essi».

contenuta nel contratto di distribuzione, secondo cui i diritti di utilizzazione delle relative opere audiovisive sarebbero di pubblico dominio, ma ha l'onere di verificare preliminarmente la legittimità della propria attività esigendo dal produttore idonea documentazione[104]. In base ad un ragionamento analogo si è ritenuto che debba rispondere in via aquiliana l'editore che venda unitamente a proprie pubblicazioni periodiche i DVD fabbricati dal suo dante causa, licenziatario del diritto esclusivo di distribuzione del film incorporato in tali supporti, qualora le vendite siano effettuate successivamente alla scadenza temporale prevista nel contratto di licenza stipulato a sua volta dal fabbricante con il proprio dante causa; e ciò sul presupposto che l'editore agisce con colpa qualora non verifichi il contenuto – in questo caso l'estensione temporale – della licenza concessa al proprio dante causa[105].

Lo stesso indirizzo è stato espresso in più decisioni relative a casi di illecita diffusione in forma immateriale di opere protette dal diritto d'autore. Ad esempio varie pronunce hanno affermato che l'emittente radiofonica o televisiva risponde per colpa qualora diffonda uno spot pubblicitario lesivo di diritti d'autore altrui senza aver previamente verificato che l'inserzionista e/o il produttore dello spot avessero ottenuto le necessarie autorizzazioni dai titolari dei diritti violati[106].

L'obbligo di controllo e verifica configurato a carico dei distributori è estremamente rigoroso e in molti casi appare concretamente inesigibile, come

---

[104] Cfr. Trib. Roma, 12 dicembre 1996, in *AIDA* 1997, 985.

[105] Cfr. App. Milano, 19 marzo 2010, cit., con nota di [A]LESSANDRO [CO]GO. La sentenza ha riformato la decisione resa nel primo grado del giudizio da Trib. Milano 20 settembre 2007, inedita. Diversamente dalla Corte d'Appello, il Tribunale di Milano aveva respinto la domanda di risarcimento del danno formulata nei confronti del distributore al dettaglio osservando che non era stata fornita prova circa la natura dolosa o colposa della condotta tenuta dal convenuto, il quale aveva in buona fede fatto affidamento sulle dichiarazioni contenute nel contratto concluso con il proprio dante causa.

[106] Cfr. ad esempio Trib. Roma, 3 maggio 2002, in *AIDA* 2003, *916*; Trib. Roma, 15 marzo 2001, cit.; App. Milano, 28 maggio 1999, cit.; Trib. Milano, 6 novembre 1995, cit.; Trib. Milano 22 maggio 1995, in *AIDA* 1996, *Repertorio*, 782; Trib. Milano, 28 ottobre 1993, ivi 1994, *Repertorio*, 670.

segnalato da più voci in dottrina[107]. Tipicamente infatti gli imprenditori ora considerati non hanno la possibilità di verificare che ciascuno dei propri danti causa abbia legittimamente disposto del diritto di distribuire il prodotto culturale, poiché di norma lo stesso dante causa ha a sua volta acquisito tale diritto in via derivativa e così via: cosicché per verificare la liceità della distribuzione sarebbe necessario esaminare per ciascun prodotto l'intera serie di contratti sino a risalire a quello stipulato dal titolare originario, ripercorrendo (per ogni prodotto) una catena che spesso è composta da un numero non piccolo di atti dispositivi[108].

Anche in questi casi le misure concretamente richieste all'imprenditore appaiono allora spingersi oltre quelle che rientrano nel concetto di diligenza, seppur qualificata ai sensi dall'art. 1176 co. 2 c.c.; e sembrano piuttosto consistere in «tutte le misure idonee ad evitare il danno», incluse quelle concretamente non esigibili. Ecco dunque la *fictio iuris* per cui dietro l'apparente richiamo all'art. 2043 c.c. si cela in realtà una regola applicativa che appare riconducibile al modello tracciato dall'art. 2050 c.c.[109].

All'indirizzo maggioritario ora tratteggiato si contrappone però un numero non trascurabile di decisioni che hanno respinto la domanda risarcitoria nei confronti del distributore applicando effettivamente – e non solo formalmente – la regola prevista dall'art. 2043 c.c.

---

[107] Cfr. GUARDAVACCARO, in nota ad App. Milano, 28 maggio 1999, cit., 745; NIVARRA, *Dolo*, cit., 334 ss.; PLAIA, *Proprietà*, cit., 68; MUSSO, *Del diritto*, cit., 276; TESTA, in nota a Cass. 29 maggio 2003 n. 8579, cit., 672.

[108] Cfr. sul punto anche SARTI, *Diritti*, cit., 13 (in particolare nota n. 70), il quale osserva che il distributore di un prodotto (fisico) contraffatto difficilmente può essere in colpa – nemmeno a titolo di negligenza – poiché normalmente non ha «gli strumenti per verificare se la commercializzazione dell'esemplare è avvenuta lecitamente da parte del titolare della privativa o di un licenziatario, o invece da parte di un contraffattore».

[109] In questo senso cfr. NIVARRA, *Dolo*, cit., 335; MUSSO, *Del diritto*, cit., 276. In senso sostanzialmente analogo cfr. PLAIA, *Proprietà*, cit., 67 ss., secondo cui la giurisprudenza valuta la responsabilità da violazione del diritto d'autore in termini puramente oggettivi (l'autore esclude però che venga in gioco l'art. 2050 c.c. perché riconduce la previsione ora menzionata al modello della responsabilità colposa).

Così ad esempio è stato deciso, in contrasto con l'indirizzo sopra ricordato, che deve andare esente da responsabilità per assenza di colpa l'editore che distribuisca una videocassetta unitamente al proprio libro sulla base di un contratto di licenza nel quale il dante causa abbia garantito di essere titolare dei diritti sull'opera audiovisiva incorporata nella videocassetta[110]. In forza di un ragionamento analogo altre decisioni hanno ritenuto che vada respinta la domanda risarcitoria proposta nei confronti di chi abbia fatto incolpevole affidamento sulle garanzie prestate dal proprio dante causa circa la titolarità – e così la capacità di disporre – dei diritti d'autore oggetto di sfruttamento[111].

Alcune pronunce hanno poi escluso la responsabilità del distributore al dettaglio sul presupposto che è concretamente inesigibile da parte sua un obbligo di verificare la liceità dei prodotti distribuiti sotto il profilo del rispetto dei diritti d'autore altrui[112].

Infine, per quanto riguarda la diffusione in forma immateriale di contenuti lesivi alcune decisioni hanno ritenuto che l'emittente televisiva non sia tenuta a verificare il rispetto dei diritti d'autore da parte dell'inserzionista e del

---

[110] Cfr. App. Torino, 13 gennaio 2006, cit.

[111] Cfr. Trib. Roma, ord. 30 maggio 2011, in *AIDA* 2014, *1605*; Trib. Roma, 15 ottobre 2009, cit.; Trib. Roma, 1 ottobre 2008, in *AIDA* 2009, 904.

[112] Cfr. Trib. Bologna, 17 gennaio 2019, cit.; Trib. Milano, 20 settembre 2007, cit.; Trib. Milano, 8 maggio 1999, in *AIDA* 1999, in *Repertorio*, 797; Trib. Milano, 25 giugno 1998, ivi 1998, 573; Trib. Roma, 28 marzo 1995, in *AIDA* 1996, *390*. Hanno escluso la responsabilità del distributore anche Cass. 7 aprile 1999 n. 3353, in *AIDA* 2000, *703* e Cass. 18 febbraio 1993 n. 1996, ivi 1993, *133*, con nota critica di SARTI, *Appunti su circolazione di prodotti contraffatti e responsabilità degli acquirenti commercianti,* peraltro entrambe sul presupposto che non rientrerebbe nel contenuto del diritto esclusivo d'autore la messa in commercio di un esemplare contraffatto da parte del distributore che non l'abbia fabbricato, salvo che questi fosse consapevole della sua illecita provenienza. Questa posizione è stata ampiamente criticata dalla dottrina: cfr. per tutti SARTI, *Appunti*, cit., 346, il quale osserva correttamente che soltanto il commercio di esemplari lecitamente fabbricati non viola il diritto esclusivo d'autore: viceversa è illecita la vendita di un esemplare contraffatto, anche quando effettuata da un soggetto diverso dal produttore. Al di là della statuizione (non condivisibile) circa l'estensione del contenuto dell'esclusiva, su cui la Corte fonda l'esclusione della responsabilità a carico del distributore, va comunque osservato che nel motivare la propria decisione (Cass. 7 aprile 1999 n. 3353, cit.) la Corte afferma chiaramente che «i singoli soggetti della catena commerciale, estranei alla abusiva riproduzione, non possono essere gravati di troppo pesanti oneri di controllo, tanto più che la tutela viene comunque almeno in parte realizzata sotto il profilo «oggettivo» della distruzione o della aggiudicazione degli esemplari reperiti».

produttore che abbiano rispettivamente commissionato e prodotto lo spot pubblicitario trasmesso; e ciò in casi in cui l'emittente non era in alcun modo coinvolta nel processo di realizzazione del contenuto promozionale, ma fungeva unicamente da mezzo per la sua diffusione[113].

4. CONSIDERAZIONI DI SINTESI

Alla luce dell'analisi svolta fin qui è possibile svolgere alcune prime considerazioni.

In primo luogo non appare condivisibile la tesi secondo cui l'art. 158 co. 1 l.a. contemplerebbe esso stesso il criterio di imputazione della responsabilità da lesione del diritto d'autore individuandolo nel mero fatto oggettivo della verificazione dell'evento lesivo[114].

Le ragioni sono diverse. Anzitutto la soluzione qui criticata non sembra potersi fondare su un argomento letterale. Il tenore dell'art. 158 co. 1 l.a. appare interpretabile tanto secondo il significato sostenuto dalla tesi qui criticata quanto nel senso che essa costituisce semplicemente una norma di rinvio. Difatti se è vero che non è previsto espressamente l'elemento soggettivo del dolo o della colpa di chi realizza la violazione, è altrettanto vero che l'autore della lesione non è affatto preso in considerazione dalla disposizione, la quale si riferisce unicamente al soggetto danneggiato. Pertanto la previsione si presta ad essere letta in due modi: sia nel senso che essa "si disinteresserebbe" completamente del danneggiante imputandogli la responsabilità a prescindere dal suo stato soggettivo, dalla tipologia di condotta che ha tenuto, dalle sue qualità o dalla posizione che ricopre; sia nel senso che questo silenzio implicherebbe un rinvio agli artt. 2043 ss. c.c., i quali viceversa imputano la responsabilità

[113] Cfr. ad esempio Trib. Roma, ord. 29 settembre 2004, in *AIDA* 2005, 699; Trib. Milano, 5 maggio 2003, ivi 2004, 923.

[114] Questa soluzione è stata sostenuta dalla dottrina e dalla giurisprudenza citate *supra* rispettivamente alle note n. 71 e n. 76.

proprio sulla base degli elementi ora ricordati e costituiscono la disciplina generale in materia.

L'interpretazione della norma qui considerata deve allora basarsi su criteri diversi da quello letterale. La tesi qui criticata ritiene che il legislatore avrebbe inteso assoggettare il risarcimento del danno ai medesimi presupposti oggettivi cui è sottoposto il rimedio della distruzione o rimozione, poiché entrambe le sanzioni sono menzionate nella stessa sede e condividerebbero una funzione analoga *lato sensu* ripristinatoria[115]. Tuttavia questa argomentazione non sembra condivisibile poiché i due rimedi ora ricordati hanno natura diversa: quella della rimozione o distruzione è una misura reale, riconducibile alla categoria della *restitutio in integrum*[116] e pacificamente esperibile a prescindere da ogni elemento soggettivo poiché volta a rimuovere una situazione di fatto obiettivamente antigiuridica[117]; viceversa il risarcimento del danno è una sanzione di natura personale, assoggettata alle logiche, ai presupposti ed alle funzioni proprie della responsabilità civile[118]. Non sembra che il legislatore abbia inteso derogare ai principi della responsabilità aquiliana semplicemente per aver menzionato in uno stesso enunciato normativo (l'art. 158 co. 1 l.a.) due rimedi di natura diversa. Né può ritenersi che la soluzione della

---

[115] Cfr. *supra* nota n. 74.

[116] Cfr. già PIOLA CASELLI, *Codice*, cit., 638, il quale osserva che il rimedio della distruzione o rimozione rappresenta l'applicazione del principio generale espresso dall'art. 2933 c.c. e ha la funzione di reintegrare il diritto leso; SARTI, *Diritti*, cit., 8 ss. (cfr. in particolare la nota n. 34, dove l'autore sottolinea che la *restitutio in integrum* è un rimedio distinto dal risarcimento in forma specifica).

[117] L'espressione "antigiuridicità obiettiva" è qui utilizzata per ragioni di semplicità e non necessariamente in senso tecnico, al fine di indicare ogni situazione che contrasti oggettivamente con lo *ius excludendi alios* riservato all'autore e dia pertanto luogo all'esperibilità di rimedi di natura reintegratoria. Non si intende dunque prendere posizione sulla tesi di CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Cedam, Padova, 1966, 112 ss., secondo cui l'esistenza di rimedi che prescindono dalla colpevolezza dell'agente (che l'autore ricomprende nella categoria della "tutela difensiva") non consente di attribuire carattere oggettivo al concetto di antigiuridicità.

[118] Sulle funzioni della responsabilità civile cfr. SALVI, voce *Responsabilità*, cit., 1193 ss.; CASTRONOVO, *Responsabilità*, cit., 16 ss.; TRIMARCHI, *La responsabilità*, cit., 3 ss.

responsabilità oggettiva sia da preferire in quanto agevola il danneggiato[119]. Compito della responsabilità extracontrattuale non è infatti quello di consentire sempre e comunque al danneggiato di ottenere il risarcimento del danno, ma quello di contemperare le posizioni di danneggiato e danneggiante stabilendo i criteri in base ai quali il costo del danno vada fatto ricadere sull'uno o sull'altro[120].

Non sembrano allora esservi ragioni per ritenere che il legislatore abbia inteso favorire i titolari del diritto d'autore (riconoscendo alla responsabilità da sua lesione natura sempre e comunque oggettiva) rispetto ai portatori di altre posizioni giuridiche soggettive parimenti tutelate dall'ordinamento: la cui tutela aquiliana continua a soggiacere ai presupposti (non necessariamente oggettivi) previsti dagli artt. 2043 ss. c.c. In altri termini non sembrano esservi ragioni per escludere l'applicabilità della disciplina generale prevista dagli artt. 2043 ss. c.c. alla materia del diritto d'autore, sotto il profilo dei criteri di imputazione della responsabilità.

A questo punto si pone il problema di capire se il rinvio operi (soltanto) al criterio della colpa previsto dall'art. 2043 c.c. o se la responsabilità da lesione del diritto d'autore possa (anche) essere imputata in via oggettiva, attraverso l'applicazione (eventualmente anche analogica) di previsioni quali ad esempio gli artt. 2049, 2050 e 2051 c.c.[121] o della teoria del rischio d'impresa.

Sotto questo profilo mi limito ad osservare che sembra ormai da superare la posizione tradizionale della dottrina industrialistica, che ravvisa la natura (sempre) colposa della responsabilità qui considerata sul presupposto che per quanto attiene al risarcimento del danno il sottosistema del diritto d'autore rinvii alla disciplina generale della responsabilità aquiliana e che quest'ultima

---

[119] Come argomentato, seppur in termini problematici, da DANISI, in nota ad App. Bologna 22 aprile 1993, cit., 433.

[120] Cfr. SALVI, voce *Responsabilità*, cit., 1187.

[121] In linea generale l'applicabilità in via analogica degli artt. 2049 ss. c.c. è stata sostenuta tra gli altri da RODOTÀ, *Il problema*, cit., 177; SALVI, voce *Responsabilità*, cit., 1223.

sia incentrata sul criterio della colpa[122]. Si è visto infatti che la disciplina contemplata dagli artt. 2043 ss. c.c. non può (più) essere letta come un sistema incentrato sul principio generale della colpevolezza dell'agente[123]. La natura (solo) colposa della responsabilità da lesione del diritto d'autore non può allora essere desunta dal sistema generale della responsabilità civile, che al contrario sembrerebbe consentire l'applicazione di criteri di natura oggettiva ove ne ricorrano i presupposti (si pensi al caso in cui il contraffattore sia qualificabile come preponente ai sensi dell'art. 2049 c.c. o a quello in cui la sua attività possa considerarsi "pericolosa" ex art. 2050 c.c.[124]).

In questo quadro, voci più recenti della dottrina industrialistica hanno sostenuto la natura (solo) colposa della responsabilità da lesione del diritto d'autore valorizzando sul piano sistematico indici normativi interni al sistema della proprietà intellettuale. In particolare è stato sostenuto che le previsioni introdotte a livello sovranazionale (art. 45 co. 1 TRIPs e soprattutto art. 13 par. 1. dir. enforcement) si esprimerebbero in modo non equivoco imponendo di dare rilievo decisivo allo stato soggettivo dell'autore della violazione[125]. Secondo questa lettura il silenzio del legislatore italiano in punto di profili soggettivi della contraffazione andrebbe interpretato alla luce dell'art. 13 par. 1 dir. enforcement: e cioè nel senso che la colpevolezza del contraffattore sarebbe sempre necessaria perché questi possa rispondere in via aquiliana, poiché se il legislatore avesse inteso deviare dal modello della responsabilità colposa contemplato dalla dir. enforcement lo avrebbe dovuto fare attraverso una

[122] Cfr. ad esempio PIOLA CASELLI, *Codice*, cit., 641 ss.; ASCARELLI, *Teoria*, cit., 869 e 870; GRECO e VERCELLONE, *I diritti*, cit., 372; AMMENDOLA in L.C. UBERTAZZI e AMMENDOLA, *Il diritto*, cit., 87.

[123] Cfr. *supra* il paragrafo 3.1 di questo capitolo primo.

[124] Sul punto cfr. NIVARRA, *Dolo*, cit., 339, secondo cui dall'orientamento giurisprudenziale volto ad imputare la responsabilità a carico dei contraffattori secondo parametri estremamente severi emergerebbe l'idea per cui «le attività le quali implichino lo sfruttamento economico di beni coperti da esclusive industrialistiche siano attività pericolose».

[125] Cfr. SPOLIDORO, *Il risarcimento*, cit., 161 ss., con considerazioni relative all'art. 125 c.p.i. che però possono essere estese anche alla materia del diritto d'autore.

norma espressa[126]. Un altro autore ha poi sostenuto la natura (solo) colposa della responsabilità da lesione del diritto d'autore valorizzando sul piano sistematico l'art. 95 co. 2 c.p.i., che in materia di topografie e prodotti a semiconduttori prevede l'ipotesi della *innocent infringement* ed esime il contraffattore incolpevole dall'obbligazione risarcitoria[127].

Agli argomenti ora illustrati si può però obiettare che la menzione dell'elemento soggettivo nell'art. 13 par. 1 della dir. enforcement non è decisiva ai fini della interpretazione dell'art. 158 co. 1 l.a., poiché la direttiva si limita ad imporre un livello minimo di protezione che gli stati membri sono liberi di derogare *in melius* a maggior tutela dei titolari dei diritti di proprietà intellettuale[128]. In particolare l'art. 2 par. 1 dir. enforcement fa espressamente salve le misure nazionali che possano essere più favorevoli ai titolari. In quest'ottica il silenzio del legislatore italiano potrebbe allora essere letto nel senso opposto a quello proposto dalla dottrina sopra richiamata: e cioè come indice del fatto che nella materia del diritto d'autore non si è voluto derogare al sistema di imputazione della responsabilità previsto in via generale dagli artt. 2043 ss. c.c., il quale consente di imputare la responsabilità sia a titolo di colpa sia secondo modelli oggettivi a seconda che la fattispecie concreta di volta in volta considerata sia sussumibile nell'una o nell'altra fra quelle astratte previste dal codice civile. Sulle stesse basi si può sostenere che anche la previsione contemplata all'art. 95 co. 2 c.p.i., letta nel più ampio contesto del sistema di imputazione aquiliano, avrebbe natura eccezionale o quanto meno speciale – poiché limita la responsabilità al solo caso della colpa – e pertanto non sarebbe valorizzabile sul piano sistematico ai fini dell'interpretazione dell'art. 158 co.

[126] Ibid., il quale sottolinea poi che il concetto di "colpa" imposto dall'art. 13 par. 1 dir. enforcement divergerebbe da quello previsto dall'art. 2043 c.c. Cfr. *supra* la nota n. 19. Lo stesso autore osserva anche che l'art. 13 par. 1 dir. enforcement postula solo la necessità della colpa ma non vieta che questa possa essere presunta.

[127] Cfr. MUSSO, *Del diritto*, cit., 277.

[128] Cfr. artt. 2 par. 1 e 16 dir. enforcement.

1 l.a. In altri termini, secondo l'obiezione ora illustrata l'art. 13 par. 1 dir. enforcement e l'art. 95 co. 2 c.p.i. costituirebbero indici rilevanti sul piano sistematico per escludere la tesi della natura *sempre* oggettiva della responsabilità da violazione del diritto d'autore, ma non sarebbero sufficienti ad affermarne la natura *sempre* colposa. Del resto sotto questo profilo appare significativo che la stessa dottrina la quale sostiene la natura (solo) colposa della responsabilità da violazione di proprietà intellettuale ravvisando un vincolo interpretativo nell'art. 13 par. 1 dir. enforcement riconosce poi la «probabile inadeguatezza» della disciplina ivi prevista: rilevando che «non è […] facile capire perché il titolare del diritto, che a causa della violazione non ha potuto sfruttare pienamente le opportunità economiche offerte dal diritto di esclusiva a causa di un'altrui violazione, dovrebbe rinunciare anche al risarcimento per equivalente […] solo perché il contraffattore non era consapevole di violare il diritto e non aveva motivi ragionevoli per esserne consapevole»[129].

In effetti proprio in materia di proprietà intellettuale la giurisprudenza ha dimostrato di applicare criteri di valutazione della responsabilità particolarmente rigidi che, come è stato osservato in dottrina, sembrano oscillare tra il modello dell'art. 2050 c.c. e quello del rischio di impresa[130]. Nei paragrafi che precedono si è avuto modo di constatare che nella materia del diritto d'autore le nostre corti sembrano inclini ad applicare criteri di imputazione diversi a seconda delle caratteristiche del caso concreto, mostrando però senza dubbio particolare rigore nei casi in cui il contraffattore sia un imprenditore culturale che utilizza professionalmente le opere dell'ingegno come fattore produttivo.

Il rigore mostrato dalla giurisprudenza troverebbe spiegazione, secondo parte della dottrina civilistica, nel fatto che la violazione di un diritto di proprietà intellettuale sottenderebbe spesso un conflitto di carattere attributivo e non aquiliano: e cioè un problema di spettanza degli utili e non di risarcimento

[129] Così SPOLIDORO, *Il risarcimento*, cit., 162.

[130] Cfr. NIVARRA, *Dolo*, cit., 335. In senso analogo CASTRONOVO, *Responsabilità*, cit., 702.

del danno[131]. Secondo questa impostazione, ove il conflitto abbia natura attributiva il rimedio esperibile dal titolare del diritto di proprietà intellettuale violato avrebbe natura restitutoria e non risarcitoria; e pertanto sarebbe sganciato dai presupposti soggettivi e oggettivi della sanzione aquiliana, inclusa la colpevolezza dell'agente[132]. A conclusioni non dissimili giunge chi muove dal presupposto che la violazione di un diritto insistente su di un bene (immateriale) possa darsi in due forme distinte, e cioè in quella della lesione del potere di disposizione e rispettivamente di godimento del bene medesimo; evidenzia che i rimedi esperibili nel caso di ingiustificata lesione dell'uno e dell'altro potere sarebbero riconducibili all'ingiustificato arricchimento e rispettivamente alla responsabilità aquiliana; osserva che la violazione di un diritto di proprietà intellettuale avverrebbe spesso nella forma della lesione del potere di disposizione; e così esclude che in questi casi venga in gioco una responsabilità di natura aquiliana, ritenendo applicabile la sanzione oggettiva della restituzione dell'arricchimento ingiustificato[133].

Altra dottrina afferma invece la natura (solo) colposa della responsabilità da violazione del diritto d'autore sulla base di una ricostruzione che muove dall'assunto per cui le discipline dei diritti di proprietà intellettuale, della concorrenza sleale e del diritto antitrust sarebbero tutte preposte alla tutela del medesimo bene giuridico, vale a dire la concorrenza innovativa e dinamica[134];

---

[131] Cfr. NIVARRA, *Dolo*, cit., 336 ss.; PLAIA, *Proprietà*, cit., 55 ss. La distinzione tra le due tipologie di conflitto – attributivo e aquiliano – si basa sulla distinzione tra discipline rispettivamente attributive e conservative di utilità economiche elaborata da M. BARCELLONA, *Strutture della responsabilità e "ingiustizia" del danno*, in *Europa dir. priv.* 2000, 426 ss.

[132] Cfr. NIVARRA, *Dolo*, cit., 336 ss.; PLAIA, *Proprietà*, cit., 55 ss., secondo cui spesso la contraffazione sottenderebbe un conflitto di natura attributiva, sicché il titolare del diritto violato avrebbe titolo per esperire un rimedio di natura restitutoria che in quanto tale prescinde dall'elemento soggettivo; d'altra parte la lesione dell'altrui diritto di proprietà intellettuale potrebbe dar luogo anche ad un confitto autenticamente aquiliano: in questo secondo scenario il rimedio esperibile sarebbe quello del risarcimento del danno e l'elemento soggettivo si atteggerebbe diversamente a seconda che si tratti di una interferenza di tipo "occasionale" o "modale", secondo la distinzione elaborata da M. BARCELLONA, *Strutture*, cit., 426 ss.

[133] Cfr. CASTRONOVO, *Responsabilità*, cit., 696 ss.

[134] Cfr. GENOVESE, *Il risarcimento*, cit., 79 ss.

riconduce così alla categoria unitaria dell'illecito concorrenziale non solo le condotte che comportano violazione delle regole sulla libertà e lealtà della concorrenza, ma anche quelle che ledono diritti esclusivi di proprietà intellettuale (incluso il diritto d'autore)[135]; e per conseguenza ritiene applicabile anche alla responsabilità da violazione del diritto d'autore la regola prevista dall'art. 2600 c.c., in base alla quale lo stato soggettivo colpevole del danneggiante è presupposto necessario (per quanto presunto *ex lege*) affinché possa sorgere l'obbligazione risarcitoria[136].

Non è possibile in questa sede affrontare *ex professo* i problemi – di grande complessità – considerati e risolti diversamente dalle varie tesi ora ricordate. L'obiettivo della ricognizione svolta fino a qui era quello di rendere conto dell'incertezza in ordine al criterio (o ai criteri) di imputazione della responsabilità aquiliana da lesione del diritto d'autore. Ora che si è ricostruito il quadro generale è possibile procedere con l'analisi della disciplina speciale riservata alla responsabilità dei fornitori di servizi intermediari di Internet. A questo fine è anzitutto necessario mettere a fuoco i contorni di tale categoria: e a ciò sarà dedicato il prossimo capitolo.

[135] Ibid.

[136] Ivi, 218 ss.

CAPITOLO SECONDO

SERVIZI INTERMEDIARI DI INTERNET: OSSERVAZIONI EMPIRICHE E TIPIZZAZIONI LEGISLATIVE

1. INTERMEDIARI DI INTERNET: PROBLEMI DEFINITORI

Non esiste una definizione universalmente condivisa di "intermediario di Internet"[137]. Parimenti prive di un significato univoco sono locuzioni altrettanto generiche quali ad esempio "Internet service provider" (spesso abbreviata in "ISP") e "online service provider" (spesso abbreviata in "OSP").

Si tratta di espressioni che vengono impiegate nella letteratura (anche) giuridica al fine di indicare insiemi più o meno ampi ed eterogenei di soggetti che prestano servizi "sulla o per la" rete e che svolgono una funzione in qualche modo intermediaria. Il significato di tali espressioni varia però a seconda del senso che di volta in volta si intende attribuire alle nozioni di "intermediazione", "servizio Internet", "servizio online" et similia, tutte prive di un'accezione universalmente condivisa[138].

---

[137] Cfr. DINWOODIE, *A Comparative analysis of the secondary liability of online service providers*, in DINWOODIE (a cura di), *Secondary liability of Internet service providers*, Springer, 2017, 3; ID., *Who are Internet intermediaries?*, in FROSIO (a cura di), *The Oxford handbook of online intermediary liability*, Oxford University Press, Oxford, 2020, 37.

[138] L'espressione "Internet service provider" ("ISP") costituisce forse l'esempio più paradigmatico delle incertezze definitorie che caratterizzano la materia in esame. Essa viene infatti utilizzata nella letteratura giuridica secondo due significati notevolmente diversi. In particolare molti autori adoperano l'espressione "ISP" come categoria di ampia portata per ricomprendervi tanto i prestatori di servizi di natura infrastrutturale che consentono il funzionamento della rete ed il trasporto del traffico quanto i gestori di applicazioni web quali ad esempio piattaforme di videosharing, social network, etc. Altri la utilizzano invece in un senso più circoscritto e vicino al gergo tecnico delle telecomunicazioni, per indicare soltanto i servizi di *accesso* ad Internet e di trasmissione del traffico.

Queste incertezze definitorie sono in parte dovute a un problema puramente linguistico e segnatamente alla varietà di significati che si presta ad assumere il concetto di "intermediazione"[139]. Tuttavia le difficoltà che si incontrano nel costruire una categoria generale ben definita appaiono riconducibili anzitutto alla complessità che contraddistingue Internet sotto il profilo strutturale, nonché all'eterogeneità ed alla dinamicità dei servizi ivi prestati[140].

Al fine di inquadrare correttamente la categoria di attività su cui si focalizza questa trattazione appare dunque necessario prendere le mosse da alcune osservazioni di natura empirica: e precisamente da una sintetica illustrazione della conformazione di Internet (paragrafo 2) e da una ricognizione dei servizi che in vario modo contribuiscono al funzionamento dell'ecosistema digitale (paragrafo 3).

2. INTERNET: ARCHITETTURA

Dal punto di vista strutturale Internet può essere definita come una rete globale formata a sua volta da reti di computer distribuite su tutto il pianeta, la quale consente lo scambio di informazioni tra qualsiasi dispositivo in grado di connettervisi[141].

L'interoperabilità tra le varie reti che formano Internet e più in generale la possibilità di scambiare informazioni a livello globale sono consentite dall'adozione di protocolli di comunicazione standardizzati da parte dei soggetti che detengono il controllo di ciascuna rete[142], nonché da accordi

[139] Cfr. *infra* il paragrafo 3.3 di questo capitolo secondo.

[140] Considerazioni analoghe si leggono in RIORDAN, *The liability of Internet intermediaries,* Oxford University Press, Oxford, 2016, 29; MONTAGNANI, *Internet, contenuti illeciti e responsabilità degli intermediari*, Egea, Milano, 2018, 14.

[141] Cfr. INTERNET SOCIETY, *About the Internet,* in *Internetsociety.org*. Nella letteratura giuridica cfr. SARTI, *I soggetti di Internet,* in *AIDA* 1996, 5, ove una ricostruzione dettagliata dei soggetti che consentono il funzionamento della rete Internet ed un loro inquadramento giuridico; RIORDAN, *The liability*, cit., 32; MURRAY, *Information technology law. The law and society*, V ed., Oxford University Press, Oxford, 2023, 21, il quale ricorda che il vocabolo "Internet" costituisce la crasi tra la preposizione "inter" della lingua latina e il vocabolo inglese "net" ("rete").

[142] Cfr. SARTI, *I soggetti*, cit., 5 ss.

attraverso i quali essi si vincolano reciprocamente a scambiarsi il traffico ed a trasportare quello proveniente dalle controparti attraverso la propria infrastruttura[143].

Grazie all'infrastruttura di rete ora tratteggiata è stato possibile sviluppare il World Wide Web (comunemente chiamato "web"), che può essere descritto come il modello di condivisione delle informazioni basato su Internet più utilizzato al mondo[144]. Il web costituisce sotto il profilo tecnico ciò che viene comunemente denominato "ambiente online": esso non coincide con Internet, ma *si basa* su Internet, nonostante nel linguaggio comune "web" e "Internet" vengano spesso utilizzati come sinonimi[145]. E in effetti si tratta di due tecnologie strettamente correlate, poiché per un verso senza Internet non potrebbe esistere il web e per altro verso il web costituisce la forma di utilizzo di Internet più diffusa in assoluto. È per questi motivi che espressioni quali "intermediario di Internet" et similia sono adoperate per indicare non soltanto gli operatori che prestano servizi necessari al *funzionamento della* rete Internet ma anche quelli che offrono servizi web, i quali *utilizzano* la rete Internet.

Va poi ricordato che ogni dispositivo munito di accesso alla rete Internet è dotato di un codice identificativo univoco che gli consente di inviare e ricevere informazioni: tale indirizzo è denominato "Internet protocol address" ("indirizzo IP") ed è composto da una lunga stringa di numeri[146]. Onde evitare che l'internauta sia costretto a digitare l'indirizzo IP di ciascun sito web che intende visitare è stato creato un sistema c.d. di "nomi di dominio". Il nome di dominio consiste in un insieme di segni facili da ricordare che viene

[143] Ivi, 28. Si tratta dei servizi di connettività, offerti dagli Internet service provider ("ISP") e distinguibili al loro interno in due principali tipologie: i servizi di "peer" e quelli di "transit". Cfr. anche BEREC, *An assessment of IP interconnection in the context of Net Neutrality,* 2012, 7; RIORDAN, *The liability,* cit., 32.

[144] Cfr. AGCOM, *Indagine conoscitiva sul settore dei servizi Internet e sulla pubblicità online (Allegato A alla Delibera n. 19/14/CONS)*, 2015, 16; MURRAY, *Information*, cit., 33 ss.

[145] Cfr. MURRAY, *Information*, cit., 33 ss.

[146] Ivi, 28 ss.

associato ad uno o più indirizzi IP, così da consentire all'internauta di raggiungere più agevolmente i siti web che intende visitare[147].

Fino a qui si sono tratteggiate in ordine sparso alcune caratteristiche essenziali di Internet. Esse costituiscono però soltanto alcuni frammenti di un sistema ben più complesso, che nelle prossime pagine tenterò di descrivere nei suoi elementi essenziali.

L'architettura complessiva di Internet può essere descritta attraverso un modello che la scompone in diversi livelli logico-funzionali ("layers") gerarchicamente ordinati secondo uno schema verticale ("pila di livelli" o "layer stack"). Ciascun layer svolge una funzione diversa e dipende da quello immediatamente sottostante, che è gerarchicamente superiore e fornisce istruzioni a quello posto al di sopra[148]. Alla base della pila vi è il livello fisico ("physical layer"), costituito dagli strumenti hardware e dalle infrastrutture di rete (ad esempio cavi in rame ed in fibra ottica, collegamenti satellitari, etc.) necessari per la trasmissione e per la memorizzazione dei dati[149]. Si tratta del livello più basso, gerarchicamente sovraordinato agli altri. All'estremità opposta e dunque nella parte più alta della pila vi è il layer applicativo ("application layer"), che ricomprende la grande varietà di protocolli, applicazioni e front-end software che ricevono e presentano informazioni agli utenti finali (ad esempio il protocollo HTTP su cui si basa il web, e tutti i servizi offerti sul web stesso quali motori di ricerca, piattaforme di condivisione di contenuti, social networks, etc.)[150]. Al di sopra del livello applicativo viene poi talvolta individuato l'ulteriore "livello del contenuto" ("content layer"), che indica l'insieme di segni visualizzati sullo schermo dall'utente finale[151].

---

[147] Ibid.

[148] Cfr. SOLUM e CHUNG, *The layers principles: internet architecture and the law*, 2003, in *papers.ssrn.com*, 3 ss.; RIORDAN, *The liability,* cit., 32 ss.; MURRAY, *Information*, cit., 31 ss.

[149] Cfr. SOLUM e CHUNG, *The* layers, cit., 3 ss.; RIORDAN, *The liability,* cit., 32 ss.

[150] Ibid.

[151] Ibid.

In letteratura si rinvengono diverse varianti del modello ora descritto, ciascuna delle quali ricostruisce l'architettura di Internet scomponendola in un numero di livelli che va da un minimo di tre ad un massimo di sette a seconda del grado di semplificazione adottato[152].

Per rendere un'idea delle funzioni concretamente svolte dai vari livelli che compongono l'architettura di Internet riporto la descrizione fornita da SOLUM e CHUNG, i quali utilizzano come riferimento un modello che individua sei layers e precisamente (i) physical layer, (ii) link layer, (iii) Internet protocol layer, (iv) transport layer, (v) application layer e (vi) content layer:

> «The layers are organized in a vertical hierarchy. When information is communicated via the Internet, the information flows down from the content layer (the "highest" level) through the application, transport, IP, and link layers to the physical layer (the "lowest" level), across the physical layer in packets, and then flows back up through the same layers in reverse order. Communication on the Internet requires that content be *digitalized* by an application, and that the digital information be *broken into packets* by the transport layer and *addressed* by the Internet protocol layer so that it can be *passed on* by the link layer to the physical layer. Having reached the bottom layer, information then moves

[152] Cfr. SOLUM e CHUNG, *The layers,* cit., 3 ss.; BEREC, *An assessment*, cit., 16; AGCOM, *Indagine,* cit., 29; MURRAY, *Information*, cit., 31 ss. Il modello più complesso è quello elaborato dalla International Organization for Standardization (ISO) che distingue sette livelli e precisamente, in ordine dal più basso al più alto: 1) physical layer; 2) data link layer; 3) network layer; 4) transport layer; 5) session layer; 6) presentation layer; 7) application layer (cfr. INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION, *Information technology – Open Systems Interconnection – Basic Reference Model: The Basic Model – Part 1, ISO/IEC 7498-1:1994*). Se quello elaborato dall'ISO costituisce lo standard *de iure*, lo standard affermatosi *de facto* è il modello TCP/IP, che distingue cinque livelli: 1) physical layer; 2) data link layer; 3) Internet protocol layer (anche denominato "network layer"); 4) transport layer; 5) application layer. In alcuni casi i primi due livelli vengono accorpati in un unico layer denominato a seconda delle volte "network access layer" o "link layer".

> horizontally. The physical layer *transmits* the individual data packets by copper, fiber, and/or radio by various waypoints to an endpoint or destination on the network. Once at its destination, the information then ascends vertically through the layers to be interpreted by an application as content. In a nutshell, the fundamental architecture of the Internet is layered [enfasi aggiunta]»[153].

La sommaria descrizione dell'architettura di Internet offerta sin qui consente di illustrare alcuni aspetti importanti relativi alle attività svolte dai vari soggetti che contribuiscono al funzionamento del sistema.

In primo luogo va osservato che la collaborazione tra i soggetti che operano sui diversi livelli (collaborazione che si sostanzia principalmente nell'adozione dei medesimi protocolli di comunicazione) non è imposta da alcuna autorità pubblica. Essa è frutto di scelte volontarie degli operatori coinvolti, alcune delle quali (soltanto) vengono cristallizzate e rese vincolanti per via contrattuale (un esempio è quello sopra ricordato degli accordi tra ISP che impongono lo scambio reciproco del traffico)[154]. Per questa ragione Internet costituisce un sistema che si regge, in ultima analisi, sull'interesse dei soggetti coinvolti a coordinare le rispettive attività al fine di beneficiare degli effetti positivi generati dalla rete[155].

---

[153] Così SOLUM e CHUNG, *The layers,* cit., 4. Si riportano di seguito anche le precisazioni che gli autori specificano alla nota n. 3: «The brief sketch in text elides some important distinctions between these layers. All of the layers except the physical layer are code or software. Two of the layers, the transport layer and Internet protocol layer, are part of TCP/IP, the communications protocol that is central to the Internet. One of those, the Internet protocol layer is sometimes said to be the "network" layer and in a narrow sense might be said the layer that defines the Internet».

[154] SARTI, *I soggetti*, cit., 6 osserva che «la definizione di protocolli uniformi presuppone che gli operatori del settore ragionevolmente confidino in una generale adozione dello standard, e nei vantaggi conseguenti alle possibilità di interconnessione delle macchine. Questo affidamento a sua volta può sorgere in quanto la standardizzazione derivi dall'attività di organizzazioni che godono di autorevolezza presso l'intera comunità professionale, così dunque portata a seguirne uniformemente le "raccomandazioni"». Cfr. anche RIORDAN, *The liability*, cit., 32 e SCHWEMER, MAHLER e STYRI, *Liability exemptions of non-hosting intermediaries: Sideshow in the Digital Services Act?*, in *Oslo Law Review* 2021, 6 ss.

[155] Cfr. RIORDAN, *The liability*, cit., 32.

Sotto altro profilo l'architettura a livelli di Internet comporta una conseguenza tecnica rilevante sul piano della conoscenza che gli operatori tipicamente possiedono dei contenuti trasmessi o memorizzati. Mi riferisco al fatto che per il singolo layer non è necessario comprendere il contenuto delle informazioni che gli vengono passate da quello sovrastante[156]. Ed infatti Internet è stata costruita in modo tale che il layer al quale le informazioni vengono comunicate dal livello sovrastante non le analizzi né alteri, ma si limiti a sua volta a "incapsularle" e a passarle al layer inferiore[157]. Per conseguenza il contenuto del traffico online è di regola conosciuto soltanto dai servizi operanti al livello più alto, vale a dire quello applicativo. Viceversa i soggetti che operano su layer inferiori si limitano a "maneggiare" pacchetti di informazioni equiparabili a scatole chiuse: così ad esempio l'ISP che fornisce il servizio di accesso ad Internet non conosce di norma il contenuto delle informazioni che trasporta, poiché non opera al livello applicativo.

La caratteristica tecnica appena descritta è strettamente connessa al c.d. "principio end-to-end", secondo il quale l'innovazione e lo sviluppo di nuove funzioni di Internet dovrebbero aver luogo al livello più alto – quello applicativo – e non nei layer sottostanti[158]. Più specificamente in base al principio end-to-end i livelli al di sotto di quello applicativo devono limitarsi a svolgere un'attività di natura meramente "infrastrutturale": il loro compito deve consistere nell'«inoltrare pacchetti senza chiedere perché»[159]. In altre parole il principio impone che l'architettura complessiva di Internet sia costituita da «una "rete stupida" e da "applicazioni intelligenti" [traduzione mia]»[160]. La rete deve

[156] Si tratta di una conseguenza del processo c.d. di "encapsulation", in forza del quale ogni singolo layer riceve dal livello superiore i dati da trasmettere sotto forma di "pacchetti chiusi" il cui contenuto non necessita di essere compreso dal livello ricevente. Cfr. SOLUM e CHUNG, *The layers*, cit., 24; RIORDAN, *The liability*, cit., 34.

[157] Ibid.

[158] Cfr. LEMLEY e LESSIG, *The End of End-to-End: preserving the architecture of the Internet in the broadband era*, *UCLA Law Review* 2001, 925; SOLUM e CHUNG, *The layers*, cit., 14 ss.

[159] Così RIORDAN, *The liability*, cit., 35.

[160] Così SOLUM e CHUNG, *The layers*, cit., 14.

dunque essere "neutrale" e limitarsi a trasportare le informazioni senza distinguere in base al loro contenuto: e così ad esempio dovrà trasmettere con le stesse modalità un video di grande valore culturale ed un messaggio spam di posta elettronica[161]. Il principio end-to-end e quello della neutralità della rete ("net neutrality") costituiscono quindi due facce della stessa medaglia[162].

Tornando all'esempio dell'ISP che fornisce il servizio di accesso ad Internet, proprio alla luce del principio end-to-end si spiega la ragione per cui tale provider si limita (ed in base al principio ora ricordato dovrebbe sempre limitarsi) ad effettuare il mero trasporto del traffico, senza svolgere attività più complesse di trattamento o analisi delle informazioni trasmesse.

A questo riguardo va però sottolineato che ormai da qualche tempo in realtà gli ISP offrono anche servizi più avanzati, che implicano varie forme di intervento sulle informazioni trasportate[163]. Un esempio è costituito dalle c.d. misure di gestione del traffico ("traffic management"), che possono comprendere attività di "deep packet inspection" attraverso le quali il provider "guarda all'interno" dei pacchetti di informazione trasmessi[164]. Si tratta di casi in cui il principio end-to-end e quello della net neutrality subiscono una deroga[165]. Proprio al fine di preservare la neutralità della rete, la normativa euro-unitaria in materia di open Internet impone limiti alle modalità con cui simili operazioni possono essere svolte: tra l'altro stabilendo che le misure di gestione del traffico impiegate abbiano natura ragionevole e comunque vietando all'ISP di monitorare i contenuti specifici che esso trasmette[166].

---

[161] Cfr. MURRAY, *Information*, cit., 30 e 31.

[162] Ibid.

[163] Cfr. DLA PIPER, *EU study on the legal analysis of a single market for the information society. New rules for a new age? 6. Liability of online intermediaries*, 2009, 14; RIORDAN, *The liability*, cit., 35; MURRAY, *Information*, cit., 37 ss.

[164] Cfr. BEREC, *An assessment*, cit., 18 ss.; MURRAY, *Information*, cit., 38 ss.

[165] Per un'illustrazione delle varie attività attraverso cui gli ISP vengono meno al principio della net neutrality cfr. MURRAY, *Information*, cit., 38 ss.

[166] Cfr. art. 3 par. 3 reg. UE 2015/2120 (nel seguito anche "regolamento open Internet"); BEREC, *BEREC Guidelines on the Implementation of the Open Internet Regulation*, 2022, 19 ss. Per

Senza voler scendere nel dettaglio della disciplina prevista in materia di comunicazioni elettroniche, che esula dall'oggetto del presente lavoro, quel che si vuole evidenziare è che le limitazioni alle attività effettuabili dagli operatori della rete sulle informazioni che essi trasmettono o memorizzano non hanno natura puramente tecnica (i.e. non sono strettamente connaturate al livello di rete sul quale il servizio viene prestato). Si tratta di limiti di altra natura, derivanti da ragioni di opportunità economica[167] o da divieti imposti sul piano giuridico[168].

In linea generale si può dunque osservare che gli operatori della rete hanno la possibilità sul piano tecnico di arricchire i propri servizi principali con attività a valore aggiunto, non necessariamente volte a migliorare il buon funzionamento di Internet[169]. E che tali attività non per forza devono concretizzarsi in servizi offerti al cliente, potendo consistere anche in operazioni effettuate dal provider internamente ed in maniera non trasparente: si pensi ad esempio a un ISP che decida di effettuare operazioni di *machine learning* utilizzando i (e traendo valore dai) dati di cui materialmente dispone grazie alla prestazione del servizio principale di trasporto del traffico.

---

una illustrazione del quadro legislativo rispettivamente statunitense ed euro-unitario in materia di neutralità della rete cfr. MURRAY, *Information*, cit., 45 ss.

[167] Ad esempio per un soggetto che opera a livello di rete sarà verosimilmente più dispendioso "guardare dentro" ai pacchetti di informazioni che trasporta per condurre attività di analisi dei dati ivi contenuti rispetto a quanto non lo sia per il fornitore di una piattaforma di social network, che tipicamente ospita direttamente sui propri server le informazioni caricate dagli utenti e può accedervi senza dover effettuare operazioni di *deep packet inspection* (cfr. il paragrafo 3.2 di questo capitolo secondo).

[168] Quali ad esempio quelli posti dal ricordato regolamento open Internet.

[169] Sembra riferirsi a questo fenomeno anche MONTAGNANI, *Internet*, cit., 19, ove si legge che «la netta separazione che si rinveniva tra le categorie tipizzate di intermediari Internet, in particolare tra, da un lato, i gestori della rete, i fornitori di accesso alla rete e di capacità di archiviazione dell'informazione e, dall'altro, i fornitori di quei servizi aggiuntivi che facilitano le transazioni tra gli utenti finali, quali i servizi di ricerca, è nel tempo diventata sempre meno significativa. Infatti, i fornitori di quello che potrebbe essere visto come il servizio di telecomunicazione puro, tipicamente offerto dalle compagnie telefoniche, hanno poi cominciato a cimentarsi anche nell'offerta di contenuti e di servizi a valore aggiunto (come la gestione dei dati di localizzazione)».

3. INTERNET: SERVIZI

La circolazione delle informazioni attraverso la complessa architettura tecnologica sommariamente descritta nel paragrafo precedente può aver luogo grazie ad un insieme eterogeneo di servizi prestati da soggetti diversi. Fornirne un'elencazione esaustiva è impossibile, vista anche la dinamicità che caratterizza i servizi in questione. Mi limiterò dunque ad una ricognizione esemplificativa di alcuni tra quelli che svolgono un ruolo determinante al fine di rendere possibile o agevolare la circolazione delle informazioni online. La ricostruzione procederà distinguendo i soggetti qui considerati in due macrocategorie, secondo uno schema che ho ripreso da SARTI[170].

3.1. SERVIZI DI ORGANIZZAZIONE

In primo luogo vanno menzionati gli enti – tipicamente non a scopo di lucro – che in modo più o meno diretto coordinano i processi di standardizzazione dei protocolli di comunicazione e di assegnazione rispettivamente degli indirizzi IP e dei nomi di dominio[171].

Per quanto riguarda la prima tipologia di attività gli enti principali operanti a livello globale sono la "Internet Society" ("ISOC")[172], la "Internet Engineering Task Force" ("IEFT")[173], la "Internet Architecture Board" ("IAB")[174] e l'"Internet Engineering Steering Group" ("IESG")[175].

La funzione di coordinamento delle attività di assegnazione degli indirizzi IP e dei nomi di dominio è invece svolta sul piano internazionale dalla "Internet Assigned Numbers Authority" ("IANA")[176], che a partire dall'anno

[170] Cfr. SARTI, *I soggetti*, cit., 6 ss.

[171] Ibid.

[172] Per informazioni cfr. il sito web dell'organismo al seguente URL: https://www.Internetsociety.org/.

[173] Per informazioni cfr. il sito web dell'organismo al seguente URL: https://www.ietf.org/.

[174] Per informazioni cfr. il sito web dell'organismo al seguente URL: https://www.iab.org/.

[175] Per informazioni cfr. il sito web dell'organismo al seguente URL: https://www.ietf.org/.

[176] Per informazioni cfr. il sito web dell'organismo al seguente URL: https://www.iana.org/.

1998 è stata gradualmente inglobata nella "Internet Corporation for Assigned Names and Numbers" ("ICANN")[177].

Più specificamente la ICANN assegna a soggetti denominati "registry" la funzione di gestire la registrazione dei nomi di dominio nei diversi territori del globo[178]. Ciascun registry mantiene un registro che include tutti i nomi di dominio che rientrano sotto il proprio controllo e coordina (rispetto ai domini di propria competenza) l'attività di un'ulteriore classe di soggetti denominati "registrar"[179]. Questi ultimi sono coloro che offrono concretamente agli utenti finali il servizio di registrazione dei nomi di dominio[180].

La distribuzione degli indirizzi IP avviene secondo un meccanismo molto simile: la ICANN coordina l'attività di cinque soggetti ("Regional Internet Registry" o "RIR"), ciascuno dei quali gestisce l'assegnazione degli indirizzi IP in una macro-area del pianeta[181]. A sua volta ciascun Internet service provider che riceve in gestione un determinato quantitativo di indirizzi IP li

[177] Per una panoramica della storia dell'ICANN e dei suoi rapporti con la IANA cfr: https://www.icann.org/history. Nella letteratura giuridica cfr. PASCUZZI, *Da IANA a ICANN: un nuovo regime per l'attribuzione dei nomi di dominio su Internet,* in *Foro it.* 1999, IV, 415; SARTI, *Assegnazione dei nomi di dominio e ordinamento statale*, in *AIDA* 2000, 957. Oggi le funzioni della IANA sono svolte da un ente denominato *Public Technical Identifiers* (PTI), interamente controllato dalla ICANN: cfr. https://pti.icann.org/.

[178] In particolare ciascun *registry* viene incaricato di gestire le registrazioni di tutti i nomi di dominio che contengono un determinato dominio di primo livello ("*top level domain*" o "TLD") (cfr. la pagina del sito web della IANA al seguente URL: https://www.iana.org/domains/root/db). Ad esempio la gestione del dominio di primo livello ".it" venne (ed è tuttora) assegnata dalla ICANN al Centro Nazionale di Ricerche (CNR) che a sua volta lo ha affidato all'Istituto di Informatica e Telematica (ITT): cfr. la pagina del sito web dell'ente al seguente URL: https://www.nic.it/it/il-mondo-del-it/chi-siamo. Sulle caratteristiche dei nomi di dominio cfr. RIORDAN, *The liability,* cit., 39.

[179] Per un elenco di *registrar* operanti nel territorio italiano cfr. il sito web dell'ITT al seguente URL: https://www.nic.it/it/registrar.

[180] Riprendendo l'esempio della nota n. 178 il quadro complessivo può essere riassunto in questi termini: il servizio di registrazione dei nomi di dominio è prestato dai *registrar*, la cui attività è coordinata dall'ITT per quanto concerne i nomi di dominio che utilizzano il dominio di primo livello ".it". A sua volta l'ITT opera su incarico della ICANN.

[181] Cfr. la pagina del sito web della ICANN al seguente URL: https://www.iana.org/numbers.

distribuisce tra gli utenti dei propri servizi, i quali sono tipicamente gli internauti ma possono essere anche ISP di dimensioni minori[182].

3.2. SERVIZI PER LA CIRCOLAZIONE DELLE INFORMAZIONI

Il secondo macrogruppo di soggetti può essere individuato nell'insieme dei fornitori di servizi di natura tecnica (e non *lato sensu* organizzativa come quelli sopra ricordati) che rendono possibile o comunque agevolano la circolazione delle informazioni sulla rete[183]. La ricostruzione dei soggetti compresi in questo gruppo che si leggerà nelle prossime pagine riprende quella proposta da RIORDAN[184] e classifica i servizi secondo un criterio che li distingue a seconda del layer di Internet in cui ciascuno si colloca, utilizzando un modello semplificato dell'architettura di rete che la scompone in tre livelli: (i) il livello fisico (physical layer), (ii) il livello di rete (network layer) e (iii) il livello applicativo (application layer). La peculiarità di questo modello è quella di raggruppare all'interno di un unico "livello di rete" tutte le attività che si collocano tra il primo e l'ultimo layer, semplificando i modelli più articolati che suddividono le attività anzidette in ulteriori sottoclassi. In base al modello qui utilizzato il livello di rete comprende dunque tutte le attività di natura infrastrutturale finalizzate a consentire o ad agevolare lo scambio delle informazioni da parte dei soggetti che operano sul piano applicativo (e dunque sul web). Si tratta in altri termini di attività "neutre" rispetto al contenuto delle informazioni che circolano sul web, le quali non vengono ispezionate, modificate né controllate dai provider ma soltanto trasmesse, memorizzate o elaborate al fine di eseguire

[182] Cfr. SARTI, *I soggetti*, cit., 24 e 25.

[183] Questa seconda macrocategoria probabilmente non coincide in modo esatto con quella individuata nel lavoro di SARTI da cui ho ripreso il criterio di macro-classificazione qui utilizzato. L'autore individua infatti una categoria che comprende «i soggetti che attraverso questi standard e indirizzi interconnettono i vari computer, e su di essi producono e scambiano informazioni»: così SARTI, *I soggetti,* cit., 6. Questo criterio sembra pensato per ricomprendere un gruppo di soggetti più ampio rispetto a quello individuato nel presente lavoro, poiché include anche i soggetti che producono informazioni e le caricano sul web.

[184] Cfr. RIORDAN, *The liability*, cit., 36 ss.

in modo "automatico e passivo" le istruzioni fornite da chi opera sul livello applicativo[185].

Inventariare gli operatori di Internet attraverso questo criterio appare utile perché consente di fornire un quadro dei diversi ruoli ricoperti dai soggetti che in vario modo contribuiscono alla circolazione delle informazioni nell'ecosistema digitale. Questo approccio permette altresì di avere contezza delle differenze che intercorrono tra servizi prestati a livelli diversi: differenze che si sostanziano nel carattere più o meno "infrastrutturale" delle diverse attività e nel livello di controllo concretamente esercitato sulle informazioni da parte dei relativi provider.

L'impostazione qui adottata richiede però di tener conto di un aspetto importante: e cioè del fatto che un singolo prestatore può svolgere attività che si distribuiscono su più layer. È il caso per esempio di operatori di grandi dimensioni quali *Google*, *Meta* o *Amazon*, che offrono applicazioni web ma svolgono anche attività al livello di rete: internalizzando così servizi che altrimenti dovrebbero richiedere a provider terzi e realizzando processi di integrazione verticale[186]. In questi casi "scomporre" l'attività complessivamente svolta da un medesimo soggetto in varie sottoparti a seconda del layer nel quale ciascuna di esse viene effettuata può risultare artificioso[187]. E tuttavia consente di avere contezza dell'intero spettro di funzioni tecnicamente svolte da un servizio "esternamente" percepito come unico e di distinguere tali operatori da quelli che operano in un solo layer.

3.2.1. Livello fisico

Tra i soggetti che operano al livello fisico si annoverano tutti quelli che producono gli apparati tangibili necessari all'accesso ad Internet, al trasporto ed alla memorizzazione delle informazioni e che tipicamente prestano servizi

[185] Ivi, 34.

[186] Ivi, 37. Su questo aspetto cfr. anche MONTAGNANI, *Internet,* cit., 21 e 22.

[187] Come osservato anche da RIORDAN, *The liability*, cit., 37.

necessari al funzionamento di tali strumenti[188]. Tra gli apparati fisici ora ricordati rientrano ad esempio i modem, le interfacce ethernet, i punti di accesso wireless (tutti strumenti necessari per l'accesso alla rete) o ancora i cavi di cui materialmente si compongono le infrastrutture di rete (ad esempio cavi in rame o in fibra ottica)[189]. I soggetti ora ricordati non esercitano alcuna forma di controllo sui contenuti scambiati attraverso Internet poiché di norma non hanno tecnicamente la possibilità di ispezionarli[190].

3.2.2. Livello di rete

Tra gli operatori attivi al livello di rete vanno anzitutto menzionati gli Internet service provider (ISP), vale a dire i prestatori di servizi di accesso a Internet e di connettività[191]. Spesso (ma non necessariamente) si tratta dei medesimi soggetti che operano al livello fisico: il caso tipico è quello dell'operatore di telecomunicazioni che possiede e gestisce una rete ed offre (anche) servizi di accesso a Internet e connettività[192].

Tipicamente gli ISP svolgono un'ulteriore attività strettamente correlata a quella di trasporto del traffico: il servizio di "domain name system" ("DNS"). Esso consiste nella traduzione dei nomi di dominio nei rispettivi indirizzi IP ad essi univocamente associati[193]. Si tratta del procedimento tecnico che interviene nel momento in cui l'internauta digita nella barra del proprio motore di ricerca il nome di dominio del sito cui intende accedere: il DNS provider traduce il nome di dominio nell'indirizzo IP del sito e indirizza a quest'ultimo la richiesta dell'utente. Il procedimento prende il nome di "risoluzione del nome di dominio" e comprende una serie piuttosto articolata di passaggi che di norma coinvolgono anche altri soggetti, quali il gestore del registro del nome

[188] Ibid. Cfr. anche MURRAY, *Information*, cit., 32.
[189] Cfr. RIORDAN, *The liability*, cit., 37.
[190] Ivi, 38.
[191] Ibid.
[192] Cfr. SARTI, *I soggetti,* cit., 25.
[193] Cfr. BEAL, voce *Domain Name System*, in *webopedia.com.*

di dominio di primo livello ("TLD name registry")[194]. Tipicamente l'internauta può scegliere a quale DNS provider affidarsi attraverso le impostazioni del proprio software di navigazione ("web browser").

Se le attività di fornitura di accesso ad Internet, trasporto del traffico e DNS consentono alle informazioni di circolare da un indirizzo IP all'altro, vi sono poi altri servizi finalizzati a velocizzare i tempi di trasmissione ed a fornire protezione da attacchi informatici.

Un esempio è il servizio c.d. di "content delivery network" ("CDN"), che consiste nella memorizzazione temporanea (c.d. "caching") di copie del contenuto di singoli siti web all'interno di server controllati dal provider e distribuiti su una rete globale: grazie a questa infrastruttura la trasmissione dei contenuti viene effettuata dal server del CDN provider fisicamente più vicino all'internauta anziché da quelli del titolare del sito web e avviene quindi in tempi più rapidi[195].

In alcuni casi il CDN provider offre anche servizi di sicurezza informatica attraverso l'utilizzo di particolari server denominati "reverse proxy": i quali oltre a memorizzare temporaneamente il contenuto dei siti web impediscono altresì di individuarne l'indirizzo IP (che viene sostituito da quello del reverse proxy server) e in tal modo proteggono il sito da tutti gli attacchi hacker che per poter andare a segno necessitano dell'indirizzo IP del sito-bersaglio[196].

Un'altra importante classe di attività svolta al livello di rete è quella dei servizi di "web-hosting", che consistono nella messa a disposizione a favore dei titolari di siti web dello spazio di archiviazione sui quali i siti stessi risiedono

---

[194] Cfr. RIORDAN, *The liability*, cit., 39; CONSIGLI, *Cosa sono i server DNS e come funzionano*, in *register.it*.

[195] Cfr. BEAL, voce *CDN*, in *webopedia.com.*

[196] Cfr. SCHWEMER, MAHLER e STYRI, *Liability*, cit., 19 e 20. Un esempio è quello del servizio di protezione da attacchi DDoS (Distributed Denial-of-Service) offerto dalla società *Cloudflare*. Cfr. il relativo sito web al seguente URL: https://www.cloudflare.com/it-it/ddos/.

e nella trasmissione automatica dei contenuti ogni volta che l'internauta invia una richiesta di accesso al sito[197].

Rilevanti sono poi i servizi di "cloud computing", che consistono nell'offerta via Internet ai titolari di applicazioni web di vari tipi di servizi computazionali di natura infrastrutturale basati su tecnologia cloud[198]. Essi possono essere considerati come la moderna "versione cloud" dei tradizionali servizi di web-hosting[199].

Prima di proseguire oltre appare opportuna una puntualizzazione di carattere terminologico. E precisamente è importante sottolineare che (come meglio si dirà) nel linguaggio del legislatore euro-unitario l'espressione "servizio di hosting" è utilizzata per indicare non soltanto le attività di natura infrastrutturale ora descritte, ma anche servizi web forniti al livello applicativo: e in particolare quelli che memorizzano (e dunque "ospitano") i contenuti caricati dagli utenti. Si tratta ad esempio dei social network, delle piattaforme di condivisione di video, dei marketplace, etc. Tali servizi non operano sul piano infrastrutturale, ma sono applicazioni (siti) web il cui gestore tipicamente esercita forme di organizzazione e analisi dei contenuti memorizzati. Le applicazioni ora ricordate non sono dunque servizi di web-hosting o cloud computing, ma *necessitano* di questi ultimi per poter disporre dello spazio ove memorizzare i contenuti caricati dai loro utenti. Nel caso in cui le due tipologie di servizio (hosting al livello infrastrutturale e hosting al livello applicativo) siano prestate dal medesimo soggetto si avrà una situazione di «double hosting»[200].

---

[197] Cfr. RIORDAN, *The liability*, cit., 38 e 39; PHIPPS, voce *Web hosting,* in *webopedia.com*.

[198] Cfr. RIORDAN, *The liability*, cit., 39 e 42; BEAL, voce *Cloud Computing,* in *webopedia.com*.

[199] Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Impact assessment accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC* – SWD(2020) 348 final – Part 2/2, 172.

[200] Ibid.

3.2.3. Livello applicativo

Passando infine ai soggetti che operano al livello applicativo va osservato che si tratta della categoria più eterogenea, che ricomprende un insieme molto vasto di prestatori di servizi in costante evoluzione[201]. Il loro minimo comune denominatore può essere individuato nel fatto che essi operano "a stretto contatto" con i contenuti circolanti sul web e per tale ragione li analizzano, organizzano o controllano in misura maggiore rispetto ai prestatori dei servizi infrastrutturali ricordati in precedenza[202].

La categoria ricomprende a mero titolo esemplificativo i software di navigazione del web (c.d. "web browser")[203], i motori di ricerca[204], i servizi di archiviazione cloud[205], i social network[206], le piattaforme di condivisione video (c.d. "piattaforme di video-sharing")[207] e quelle che consentono di pubblicare annunci per la vendita di prodotti (c.d. "piattaforme di marketplace")[208] o per l'offerta di servizi[209]. Fornire una descrizione dei servizi qui considerati appare superfluo poiché essi sono generalmente noti: è infatti con questi ultimi che l'internauta viene a contatto quando accede al web. E d'altra parte la rapidità con cui essi evolvono sconsiglia di procedere ad un inventario che ambisca alla completezza[210].

È semmai opportuno evidenziare sin d'ora alcune loro caratteristiche che, come si vedrà, sono particolarmente rilevanti sul piano della responsabilità dei relativi fornitori. Mi riferisco anzitutto al fatto che i provider qui considerati

---

[201] Cfr. RIORDAN, *The liability*, cit., 40.

[202] Ibid.

[203] Ad es. *Internet Explorer*, *Google Chrome* o *Mozilla Firefox*, etc.

[204] Ad es. *Google Search*, *Yahoo! Search*, *Microsoft Bing*, etc.

[205] Ad es. *Dropbox, iCloud, Google Drive*, etc.

[206] Ad es. *Facebook-Meta, Instagram, TikTok, LinkedIn,* etc.

[207] Ad es. *YouTube*, *Vimeo*, *Dailymotion,* etc.

[208] Ad es. *eBay, Amazon, Zalando, Vinted,* etc.

[209] Ad. es. *Booking.com*, *Expedia*, *Tripadvisor, Airbnb,* etc.

[210] Rinvio pertanto alle descrizioni dettagliate (ma pur sempre esemplificative) fornite da RIORDAN, *The liability*, cit., 40 ss.

svolgono tipicamente attività di organizzazione e analisi dei contenuti che ospitano sul proprio servizio. I contenuti vengono però scelti e caricati in modo autonomo dagli utenti; e la loro organizzazione e analisi da parte del fornitore viene tipicamente svolta tramite sistemi algoritmici che operano in modo del tutto automatizzato: sicché si pone il problema di capire se il provider debba considerarsi "a conoscenza" delle informazioni che ospita oppure no. Va poi considerato che le attività di organizzazione e analisi ora ricordate possono riguardare a seconda dei casi la totalità dei contenuti caricati dagli utenti o soltanto una loro parte: ciò dipenderà dai criteri di funzionamento del servizio progettati dal relativo fornitore. Pertanto il provider potrà trovarsi in una posizione di maggiore o minore "terzietà" rispetto alle informazioni che ospita a seconda dell'informazione di volta in volta considerata.

3.3. CONSIDERAZIONI DI SINTESI

Di fronte al complesso scenario fattuale tratteggiato fino a qui c'è da chiedersi anzitutto se sia *possibile* individuare secondo parametri rigorosi una categoria "generale" come quella di "intermediario di Internet". In secondo luogo bisogna domandarsi se sia *opportuno o utile* riconoscere una qualche rilevanza sul piano giuridico ad una categoria di tale ampiezza e, in caso di risposta affermativa, sotto quale profilo.

Il problema ha cominciato a porsi a seguito dell'adozione della direttiva 2000/31/CE (d'ora in avanti "dir. e-commerce"), con la quale il legislatore euro-unitario introdusse una disciplina finalizzata ad armonizzare la responsabilità dei «prestatori intermediari» connessa agli illeciti commessi dagli utenti dei loro servizi[211]. Vedremo infatti che la direttiva non ha definito in modo chiaro una figura generale di «prestatore intermediario» e in tal modo ha generato incertezze notevolissime circa il perimetro applicativo della disciplina

[211] Si tratta della disciplina prevista nella sezione 4 del capo II della dir. e-commerce, rubricata «Responsabilità dei prestatori intermediari» e composta dagli artt. 12 – 15 della direttiva, sulla quale si tornerà ampiamente nel seguito.

ora ricordata. Tali insicurezze si sono accresciute nel tempo per effetto della continua evoluzione che l'ecosistema online ha sperimentato durante la vigenza della direttiva.

Nell'incertezza causata dalla dir. e-commerce buona parte della dottrina che si è confrontata con il tema della responsabilità dei soggetti qui esaminati ha scelto di utilizzare locuzioni del tipo "intermediario di Internet", "Internet service provider", "online service provider" *et similia* in modo volutamente generico[212].

Nei casi in cui si è invece tentato di elaborare una nozione di intermediario della rete fondata su criteri più definiti, l'elemento determinante è consistito nel significato che di volta in volta si è inteso attribuire alla nozione di "intermediazione".

Così ad esempio alcuni autori hanno utilizzato il concetto ora richiamato in un senso molto ampio, qualificando come "intermediario di Internet" ogni soggetto che «(a) fornisce servizi legati ad Internet; i quali (b) coinvolgono contenuti prodotti da qualcun altro; e (c) sono usati da parti terze [traduzione mia]»[213]. Questo approccio si pone in linea con quello adottato dalla "Organization for economic co-operation and developement" ("OECD")[214]: la quale nel 2010 ha fornito una definizione di "Internet intermediary" che pur priva di efficacia giuridica ha ricoperto un ruolo centrale nel dibattito relativo alla ricostruzione della categoria qui considerata[215].

---

[212] Le ragioni di questa scelta sono ben illustrate da RIORDAN, *The liability*, cit., 29, che pur offrendo nel suo lavoro una panoramica ampia e dettagliata dei vari "Internet intermediaries" non elabora un criterio preciso attraverso cui ricostruire la categoria e osserva che «the term *Internet intermediary* is thus an unhappy abstraction. These words must be used to describe many entities which seem to share little in common, other than activity that uses electronic computer networks. […] They are a *genus* whose many members' common features have never been systemically identified. These difficulties partly explain their tendency to elude precise definition».

[213] Così ANGELOPOULOS, *European intermediary liability in copyright: A tort-based analysis*, IViR, Amsterdam, 2016, 11..

[214] Cfr. OECD, *The Economic And Social Role Of Internet Intermediaries,* OECD Publishing, 2010, 9.

[215] Come rilevato da MONTAGNANI, *Internet,* cit., 16.

Diversamente altri autori hanno ritenuto che una definizione del tipo appena descritto fosse eccessivamente generica e così hanno utilizzato una nozione di "intermediario Internet" più circoscritta ed incentrata su criteri mutuati dalle scienze economiche: per esempio escludendo quei soggetti che pur fornendo servizi utili al funzionamento della rete non operano in un mercato a due o più versanti o non svolgono un'attività volta a ridurre costi di transazione[216].

Sotto un ulteriore profilo – ed a conferma delle difficoltà definitorie che si incontrano in questa materia – ci si è chiesti se la nozione di intermediario debba essere "variabile" e più specificamente utilizzata per indicare di volta in volta il soggetto che rispetti i requisiti individuati da una determinata disciplina ai fini della produzione degli effetti giuridici dalla stessa previsti o se, viceversa, sia preferibile slegare la nozione da valutazioni di tipo normativo ed ancorarla unicamente a caratteristiche oggettive dell'attività svolta[217].

Nel contesto ora descritto il legislatore euro-unitario è intervenuto con il regolamento 2022/2065/UE (d'ora in avanti "Digital Services Act" o "DSA"). Il DSA ha riprodotto in modo sostanzialmente pedissequo la disciplina in materia di responsabilità dei «prestatori intermediari» già dettata dalla dir. e-commerce[218], delineando però con maggiore chiarezza il novero dei servizi cui essa va applicata. In particolare il legislatore ha introdotto una fattispecie di «servizio intermediario» dalla portata ampia, con il chiaro intento di ricondurre a una categoria normativa unitaria una serie vasta ed eterogenea di servizi, al fine di assoggettarli a una disciplina comune. Le prossime pagine saranno dedicate alla ricostruzione della figura generale ora menzionata.

---

[216] Questa è la ricostruzione proposta da MONTAGNANI, *Internet,* cit., 39 e 40.

[217] Cfr. DINWOODIE, *Who*, cit., 50 ss., dove l'autore illustra le ragioni per cui è preferibile fare riferimento ad un "essentialist concept" di "intermediario" slegato dalle condizioni cui il legislatore assoggetta la produzione di determinati effetti giuridici.

[218] In particolare gli artt. 12 – 15 della dir. e-commerce sono stati abrogati e sostituiti dagli artt. 4, 5, 6 e 8 DSA, come stabilito dall'art. 89 DSA.

4. SERVIZI INTERMEDIARI DI INTERNET: TIPIZZAZIONI LEGISLATIVE

4.1. LE CATEGORIE DI SERVIZI TRACCIATE DALLA DIR. E-COMMERCE

Per illustrare la categoria del «servizio intermediario» tratteggiata dal DSA è opportuno prendere le mosse dalle fattispecie di servizi già tipizzate dal legislatore comunitario con la dir. e-commerce.

La categoria più ampia individuata dalla direttiva e-commerce è quella dei «servizi della società dell'informazione»: definiti come «qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi»[219].

La figura del prestatore del servizio della società dell'informazione mal si presta ad essere utilizzata per designare i fornitori di servizi online definibili (pur con le difficoltà di cui si è detto) come "intermediari". Essa è infatti tra le altre cose eccessivamente vasta poiché include anche soggetti che non prestano alcuna forma di intermediazione, quali ad esempio i titolari di pagine web che vendono o pubblicizzano online i *propri* prodotti o servizi[220].

In linea con queste considerazioni la sezione 4 del capo II della direttiva e-commerce individua tre sottocategorie di servizi della società dell'informazione, accomunati dal fatto di consistere nella trasmissione e/o memorizzazione su una rete di comunicazione elettronica di informazioni fornite da soggetti *terzi*. Si tratta dei servizi denominati di «mere conduit», «caching» e «hosting», rispettivamente definiti agli artt. 12, 13 e 14 dir. e-commerce e complessivamente descritti con l'aggettivo «intermediari» in vari punti della

[219] La definizione è contenuta all'art. 2, par. 1, lett. a) dir. e-commerce, che rinvia all'art. 1 par. 2 dir. 98/34/CE, il quale a sua volta è stato abrogato e sostituito dall'art. 1, par. 1, lett. b) dir. UE 2015/1535.

[220] Cfr. cons. 18 dir. e-commerce. In dottrina cfr. RIORDAN, *The liability*, cit., 27 e 387, il quale osserva che la categoria dei "servizi della società dell'informazione" è più vasta di quella dei servizi qualificabili come "intermediari". Più in generale sui profili problematici della definizione di "servizio della società dell'informazione" cfr. DLA PIPER, *EU study*, cit., 10 ss.; MONTAGNANI, *Internet,* cit., 26 ss.

direttiva (che però non definisce la categoria complessiva, ma soltanto le tre figure ora ricordate)[221].

In particolare il servizio di mere conduit ("mero trasporto") è definito dall'art. 12 come «un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio o nel fornire accesso a una rete di comunicazione, [… il quale include] la memorizzazione automatica, intermedia e transitoria delle informazioni trasmesse, a condizione che questa serva solo alla trasmissione sulla rete di comunicazione e che la sua durata non ecceda il tempo ragionevolmente necessario a tale scopo»[222]. La definizione ricalca le caratteristiche dei servizi di accesso a Internet e di connettività tipicamente prestati dagli operatori delle reti di telecomunicazione[223].

Il servizio di caching è definito dall'art. 13 come «un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, [… e che comporta la] memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di tali informazioni effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltro ad altri destinatari a loro richiesta»[224]. Dalla definizione si evince che i tratti distintivi del servizio di caching consistono nel carattere temporaneo della

[221] Cfr. i conss. 14, 40, 50, l'art. 1 par. 2, e la rubrica della sezione 4 della dir. e-commerce.

[222] Cfr. art. 12 par. 1 e 2 dir. e-commerce. Come osservato da BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico. Contributo allo studio dell'illecito plurisoggettivo permanente*, ESI, Napoli, 2003, 131, il par. 2 dell'art. 12 dir. e-commerce si limita a chiarire i confini della fattispecie del servizio di mere conduit, specificando che esso include un'attività di memorizzazione automatica, intermedia e transitoria.

[223] Come osservato da BOCCHINI, *La responsabilità*, cit., 132, i servizi rispettivamente di accesso e di trasporto delle informazioni sono strettamente interdipendenti, poiché una volta ottenuto (il mero) accesso alla rete Internet l'utente necessita altresì di un servizio di trasmissione delle informazioni per utilizzarla anche solo "passivamente" al fine di visualizzare contenuti immessi da terzi, poiché per visitare un qualsiasi sito web è tecnicamente necessario trasmettere una richiesta di accesso al sito medesimo. Sulla definizione di mere conduit di cui alla dir. e-commerce cfr. anche RIORDAN, *The liability*, cit., 394 ss. e MONTAGNANI, *Internet*, cit., 88.

[224] Cfr. art. 13 par. 1 dir. e-commerce.

memorizzazione e nella sua strumentalità alla "efficacia" della circolazione delle informazioni nell'ecosistema digitale[225].

Infine il servizio di hosting è definito dall'art. 14 come «un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio»[226]. Diversamente dal caching la fattispecie dell'hosting si caratterizza per il carattere duraturo della memorizzazione delle informazioni.

L'art. 15 dir. e-commerce prevede una regola applicabile a tutte e tre le tipologie di servizio ora ricordate, in forza della quale è fatto divieto agli stati membri di imporre ai relativi fornitori «un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che essi trasmettono o memorizzano […] o un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite»[227]. Gli artt. 12, 13 e 14 prevedono poi rispettivamente a favore del mere conduit, del caching e dell'hosting provider tre diversi regimi volti ad esentare tali prestatori da ogni responsabilità derivante dalla trasmissione o memorizzazione di contenuti illeciti realizzate su richiesta degli utenti. I tre regimi (c.dd. "safe harbour") si differenziano tra loro per il fatto di subordinare l'operare dell'esenzione al rispetto da parte del relativo provider di condizioni differenti, calibrate sulle caratteristiche di ciascuna delle tre attività tipizzate[228].

---

[225] Cfr. RIORDAN, *The liability*, cit., 398 ss. e MONTAGNANI, *Internet*, cit., 92.

[226] Cfr. art. 14 par. 1 dir. e-commerce.

[227] Cfr. art. 15 par. 1 dir. e-commerce. Sul divieto di obblighi generali di sorveglianza si tornerà ampiamente nel seguito.

[228] Sul tema della responsabilità degli intermediari di Internet nel contesto normativo antecedente all'adozione della dir. e-commerce cfr. FRANZONI, *La responsabilità del Provider*, in *AIDA* 1997, 248 ss.; TROIANO, *Gli illeciti attraverso Internet: problemi di imputazione e responsabilità*, ivi 1998, 399 ss. Tra i primi commenti sul regime introdotto dagli artt. 12 – 15 dir. e-commerce cfr. PONZANELLI, *Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli* internet service providers, in *Danno e resp. civ.* 2002, 5 ss.; NIVARRA, *La responsabilità degli intermediari*, in *AIDA* 2002, 307 ss.; RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, Giappichelli, Torino, 2002, 192 ss.; BOCCHINI, *La responsabilità*, cit., 19 ss. e 128 ss.; DELFINI, *La responsabilità dei prestatori intermediari nella direttiva 2000/31/CE e nel d.lgs. n. 70/2003*, in *Riv. dir. priv.* 2004, 55 ss.

Sul contenuto di ciascun safe harbour e sul loro rapporto con il divieto di sorveglianza generale si tornerà diffusamente più avanti. In questa fase della trattazione si intende evidenziare che successivamente all'adozione della dir. e-commerce ha assunto una rilevanza sempre maggiore il problema di capire quali tra i vari servizi che nel tempo sono comparsi sul web dovessero essere qualificati come "intermediari" ai sensi della direttiva e beneficiare del regime previsto dai suoi artt. 12 – 15.

Il problema sorge dal fatto che le tre fattispecie del mere conduit, del caching e dell'hosting vennero tipizzate in un momento storico in cui il web si trovava in uno stadio "primordiale" e molti dei servizi che oggi conosciamo ancora non esistevano. In particolare, se si guarda al contesto tecnologico esistente nel momento in cui la direttiva venne adottata è piuttosto chiaro che il legislatore avesse preso in considerazione unicamente servizi tecnici di natura "infrastrutturale" operanti al livello di rete (network layer)[229]: e cioè servizi che consistevano *esclusivamente* (o meglio *quasi* esclusivamente)[230] nella trasmissione e/o memorizzazione di informazioni su richiesta degli utenti[231]. Al contempo però le definizioni di mere conduit, caching e hosting sono elastiche e

[229] Cfr. *supra* paragrafo 3.2.2 di questo capitolo secondo.

[230] Va infatti tenuto conto che dal punto di vista tecnico nessuno tra i servizi ora considerati si esaurisce nella *mera* trasmissione o memorizzazione di dati. La circostanza emerge tra l'altro dal cons. 43 dir. e-commerce: il quale menziona le «manipolazioni di carattere tecnico [delle informazioni] effettuate nel corso della trasmissione» da parte dei provider di servizi di mere conduit e caching, al fine di chiarire che questo tipo di intervento (diverso dalla memorizzazione e dalla trasmissione) non deve essere considerato come una «modifica» delle informazioni idonea a configurare un «coinvolgimento» del provider.

[231] Cfr. DLA PIPER, *EU Study*, cit., 7, dove si osserva che tenendo conto del contesto tecnologico esistente nel momento in cui la disciplina degli artt. 12, 13 e 14 dir. e-commerce venne redatta si deve concludere che il legislatore storico avesse preso in considerazione (soltanto) i seguenti servizi: la categoria del mere conduit di cui all'art. 12 si sarebbe riferita ai servizi di accesso alla rete e connettività offerti dagli Internet service provider; quella del caching ex art. 13 ai servizi c.d. di "proxy server", vale a dire di server che memorizzano in modo temporaneo (secondo una durata che varia a seconda dei casi ma può raggiungere anche alcuni mesi) copie locali dei siti web visitati dagli internauti, così che quando un sito viene nuovamente visitato il suo contenuto non viene trasmesso dal server che lo ospita in modo stabile, ma dal proxy server che dispone della copia temporanea, in modo tale da velocizzare il processo di visualizzazione del sito sullo schermo dell'internauta; infine la categoria dell'hosting di cui all'art. 14 dir. e-commerce sarebbe stata pensata per regolare i servizi di (mero) web-hosting.

si prestano ad essere interpretate in chiave "evolutiva", vale a dire nel senso di ricomprendere anche servizi comparsi successivamente all'adozione della dir. e-commerce: e in particolare quelli che, oltre a svolgere attività di trasmissione e/o memorizzazione di informazioni fornite dai destinatari, effettuino anche operazioni automatizzate di diversa natura ma comunque funzionali ad agevolare la circolazione delle informazioni nell'ecosistema digitale[232].

Il problema si è posto soprattutto per le piattaforme comparse con l'avvento del c.d. web 2.0[233] quali ad esempio *YouTube*, *eBay*, *Facebook*, *Instagram* o *Amazon*. Come si è visto al precedente paragrafo 3.2.3 questo tipo di servizi include certamente un'attività di hosting, poiché i contenuti caricati dagli utenti vengono memorizzati stabilmente; tuttavia i fornitori delle piattaforme ora considerate non si limitano ad ospitare le informazioni ma ne organizzano in vario modo la diffusione attraverso sistemi algoritmici finalizzati a

[232] I termini della problematica sono messi in luce con grande chiarezza da RICOLFI, *Contraffazione di marchio e responsabilità degli Internet service providers*, in *IDI* 2013, 239 ss., il quale osserva che le definizioni dei servizi intermediari formulate dal legislatore comunitario sono «assai elastiche» (p. 240); rileva con riguardo alla fattispecie dell'hosting che le attività svolte dai prestatori di servizi (potenzialmente definibili) come tali non si limitano quasi mai all'immagazzinamento puro e semplice delle informazioni ma includono operazioni ulteriori; e chiarisce quindi che il problema consiste anzitutto nel capire quali tra le attività svolte dai prestatori (potenzialmente qualificabili come) intermediari debbano essere ricondotte alle fattispecie tipizzate dalla direttiva e-commerce e quali al contrario vadano escluse dal loro ambito applicativo. Sul tema cfr. anche RIORDAN, *The liability*, cit., 27 e 401 ss.; MONTAGNANI, *Internet,* cit., 24 ss., 77 ss. e 112; TOSI, *La disciplina applicabile all'hosting provider per la pubblicazione di contenuti digitali protetti dal diritto d'autore, tra speciale irresponsabilità dell'ISP passivo e comune responsabilità dell'ISP attivo, alla luce di Cassazione 7708/2019 e 7709/2019,* in *Riv. dir. ind.* 2019, 233.

[233] Si riporta di seguito la definizione di "web 2.0" offerta dall'Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani: «Il termine, apparso nel 2005, indica genericamente la seconda fase di sviluppo e diffusione di Internet, caratterizzata da un forte incremento dell'interazione tra sito e utente: maggiore partecipazione dei fruitori, che spesso diventano anche autori (blog, chat, forum, wiki); più efficiente condivisione delle informazioni, che possono essere più facilmente recuperate e scambiate con strumenti peer to peer o con sistemi di diffusione di contenuti multimediali come Youtube; affermazione dei social network. Nuovi linguaggi di programmazione consentono un rapido e costante aggiornamento dei siti web anche per chi non possieda una preparazione tecnica specifica. Il fenomeno è ancora in fortissima evoluzione» (cfr. la pagina del sito web dell'Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani reperibile al seguente URL: https://www.treccani.it/enciclopedia/web-2-0/).

massimizzare il profitto dell'operatore[234]. In ragione delle caratteristiche di tali servizi, durante la vigenza della dir. e-commerce si è sviluppato un ampio dibattito circa la loro riconducibilità alla fattispecie dell'hosting, di cui si darà conto nel prossimo capitolo.

4.2. LA CATEGORIA DEI «SERVIZI INTERMEDIARI» DELINEATA DAL DIGITAL SERVICES ACT

Il Digital Services Act ha abrogato gli artt. 12 – 15 dir. e-commerce sostituendoli con gli artt. 4, 5, 6 e 8 DSA[235], i quali riproducono la disciplina previgente con lievi modifiche e sono inseriti all'interno del capo II del regolamento, rubricato «responsabilità dei prestatori di servizi intermediari».

L'art. 2 lett. g) DSA individua la categoria del «servizio intermediario» definendolo come «uno dei seguenti servizi della società dell'informazione: […] mere conduit, […] caching […], hosting […]» e riproducendo in modo sostanzialmente pedissequo le definizioni delle tre sottocategorie già previste nella dir. e-commerce.

Ad una lettura isolata di questa previsione sembrerebbe dunque che sotto il profilo qui analizzato nulla sia cambiato nella sostanza rispetto al contesto normativo precedente: e cioè che il DSA si limiti semplicemente a raggruppare i servizi di mere conduit, caching e hosting nella macrocategoria dei «servizi intermediari» ora espressamente definita, chiarendo che i primi esauriscono la seconda ma omettendo di fornire indicazioni in ordine alla portata di ciascuna delle tre fattispecie già tipizzate dalla dir. e-commerce.

Chiarimenti di questo tipo si evincono però da una lettura complessiva del regolamento, dalla quale emerge in modo inequivocabile che il legislatore

[234] Una testimonianza dell'incertezza generata dall'avvento di tali piattaforme nei primi anni in cui il problema si pose può essere letta in DLA PIPER, *EU study*, cit., 35 e 36, dove viene osservato che prima dell'anno 2009 «le corti belga e francesi non qualificano i prestatori di servizi di aste online (quali eBay) come hosting provider, poiché i loro servizi non sono limitati alla memorizzazione di informazioni relative agli articoli messi all'asta [traduzione mia]».

[235] Cfr. art. 89 DSA.

euro-unitario ha inteso includere nelle fattispecie del mere conduit, del caching e dell'hosting un ventaglio estremamente ampio di servizi, non limitato a quelli che consistono nella *mera* (o quasi) trasmissione o memorizzazione di informazioni.

In primo luogo va osservato che la fattispecie dell'hosting delineata dal DSA ricomprende anche quella di «piattaforma online»[236]: la quale designa i servizi intermediari che oltre a memorizzare i contenuti caricati dagli utenti li «diffondono al pubblico»[237] e tipicamente li organizzano in vario modo, per esempio attraverso «sistemi di raccomandazione»[238]. Come accennato *supra* nel paragrafo 3.2.2 la fattispecie dell'hosting ricomprende dunque tanto i

[236] Cfr. art. 2 lett. i) DSA, che definisce la «piattaforma online» come «un servizio di memorizzazione di informazioni [i.e. di hosting] 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».

[237] La «diffusione al pubblico» è attività definita dall'art. 2, lett. k) DSA come il «mettere a disposizione di un numero potenzialmente illimitato di terzi informazioni su richiesta del destinatario del servizio che le ha fornite». Il cons. 14 DSA chiarisce che le informazioni memorizzate dal provider sono «diffuse al pubblico» ai sensi del DSA solo se sono rese facilmente accessibili ai destinatari del servizio «senza che sia necessario un ulteriore intervento da parte del destinatario del servizio che le ha fornite […]. Di conseguenza, qualora l'accesso alle informazioni richieda la registrazione o l'ammissione a un gruppo di destinatari del servizio, tali informazioni dovrebbero essere considerate diffuse al pubblico solo se i destinatari del servizio che intendono accedervi sono automaticamente registrati o ammessi senza una decisione o una selezione umana che stabilisca a chi concedere l'accesso. I servizi di comunicazione interpersonale, quali definiti nella direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio (24), come i messaggi di posta elettronica o i servizi di messaggistica privata, non rientrano nell'ambito di applicazione della definizione di piattaforma online poiché sono utilizzati per la comunicazione interpersonale tra un numero limitato di persone stabilito dal mittente della comunicazione. Tuttavia, gli obblighi previsti nel presente regolamento per i fornitori di piattaforme online possono applicarsi a servizi che consentano la messa a disposizione di informazioni a un numero potenzialmente illimitato di destinatari, non stabilito dal mittente della comunicazione, come ad esempio attraverso gruppi pubblici o canali aperti. Le informazioni dovrebbero essere considerate diffuse al pubblico ai sensi del presente regolamento solo se tale diffusione avviene su richiesta diretta del destinatario del servizio che le ha fornite».

[238] Il «sistema di raccomandazione» è definito dall'art. 2, lett. s) DSA come un «sistema interamente o parzialmente automatizzato che una piattaforma online utilizza per suggerire informazioni specifiche, tramite la propria interfaccia online, ai destinatari del servizio o mettere in ordine di priorità dette informazioni anche quale risultato di una ricerca avviata dal destinatario del servizio o determinando in altro modo l'ordine relativo o l'importanza delle informazioni visualizzate».

servizi di mero web-hosting che operano sul network layer, quanto le piattaforme online che operano al livello applicativo della rete[239].

Il regolamento include poi espressamente nella categoria del servizio intermediario il «motore di ricerca online»: il quale peraltro non viene ricondotto espressamente ad alcuna delle tre sottocategorie mere conduit, caching e hosting[240]. Questa peculiarità appare significativa perché da una parte dimostra la volontà del legislatore di costruire una categoria di servizio intermediario molto ampia (tale da ricomprendere anche il motore di ricerca); per altro verso fa emergere in tutta la sua evidenza il carattere semplicistico della tripartizione ereditata dalla dir. e-commerce[241].

Ulteriori indicazioni circa la portata della fattispecie astratta del servizio intermediario si ricavano poi dai considerando del regolamento[242]. Il più significativo appare il considerando 29, in base al quale «[i] *servizi intermediari* abbracciano una vasta gamma di attività economiche che si svolgono online e

[239] Cfr. al riguardo il cons. 13 DSA, secondo cui «occorre distinguere, all'interno della categoria più ampia dei prestatori di servizi di memorizzazione di informazioni [i.e. di hosting] definita nel presente regolamento, la sottocategoria delle piattaforme online. Le piattaforme online, quali le reti sociali o le piattaforme online che consentono ai consumatori di concludere contratti a distanza con operatori commerciali, dovrebbero essere definite come prestatori di servizi di memorizzazione di informazioni che non solo memorizzano informazioni fornite dai destinatari del servizio su richiesta di questi ultimi, ma diffondono anche tali informazioni al pubblico, su richiesta dei destinatari del servizio. […] Ai fini del presente regolamento, i servizi di nuvola informatica (cloud computing) o di memorizzazione di informazioni di siti web (web hosting) non dovrebbero essere considerati una piattaforma online ove la diffusione di contenuti specifici al pubblico costituisca una caratteristica minore e accessoria o una funzionalità minore di tali servizi. Inoltre, i servizi di [cloud computing] o di [web hosting], quando fungono da infrastruttura, come ad esempio i servizi di memorizzazione e di calcolo infrastrutturali sottostanti di un'applicazione basata su internet, di un sito web o di una piattaforma online, non dovrebbero essere considerati di per sé una diffusione al pubblico di informazioni memorizzate o trattate su richiesta di un destinatario di un'applicazione, di un sito web o di una piattaforma online che ospitano».

[240] Cfr. art. 2, lett. j) DSA, che definisce il «motore di ricerca online» come «un servizio intermediario che consente all'utente di formulare domande al fine di effettuare ricerche, in linea di principio, su tutti i siti web, o su tutti i siti web in una lingua particolare, sulla base di un'interrogazione su qualsiasi tema sotto forma di parola chiave, richiesta vocale, frase o di altro input, e che restituisce i risultati in qualsiasi formato in cui possono essere trovate le informazioni relative al contenuto richiesto».

[241] Sui problemi derivanti dalla natura semplicistica della tripartizione introdotta dalla dir. e-commerce (e confermata nel DSA) cfr. RIORDAN, *The liability*, cit., 27; MONTAGNANI, *Internet,* cit., 24 ss.; TOSI, *La disciplina*, cit., 233.

[242] Cfr. in particolare i cons. 1, 13, 14, 28 e 29 DSA.

che evolvono costantemente per consentire una *trasmissione* di informazioni *rapida*, *sicura* e *protetta* nonché per garantire la *comodità* di tutti i partecipanti all'ecosistema online. A titolo di esempio, i servizi intermediari di semplice trasporto [mere conduit] includono categorie generiche di servizi quali i punti di interscambio Internet, i punti di accesso senza fili, le reti private virtuali [virtual private networks o VPN], i risolutori e servizi di DNS, i registri dei nomi di dominio di primo livello [TLD registry], i registrar, le autorità di certificazione che rilasciano certificati digitali, il Voice over IP e altri servizi di comunicazione interpersonale, mentre esempi generici di servizi intermediari di memorizzazione temporanea [caching] includono la sola fornitura di reti per la diffusione di contenuti [content delivery network o CDN], proxy inversi [reverse proxy] o proxy di adattamento dei contenuti. Tali servizi sono fondamentali per garantire una *trasmissione fluida ed efficiente* delle informazioni fornite su Internet. Esempi di "servizi di memorizzazione di informazioni" (hosting) includono categorie di servizi quali nuvola informatica [cloud computing], memorizzazione di informazioni di siti web [web-hosting], servizi di referenziazione a pagamento o servizi che consentono la condivisione di informazioni e contenuti online, compresa la condivisione e memorizzazione di file. I servizi intermediari possono essere prestati isolatamente, nel quadro di un altro tipo di servizio intermediario o simultaneamente ad altri servizi intermediari. I fattori che definiscono un servizio specifico come un servizio di semplice trasporto [mere conduit], di memorizzazione temporanea [caching] o di memorizzazione di informazioni [hosting] dipendono unicamente dalle funzionalità tecniche, che potrebbero evolvere nel tempo, e dovrebbero essere valutati caso per caso [enfasi aggiunta]».

Dalla lettura combinata di questi enunciati sembra possibile concludere che il legislatore euro-unitario abbia inteso elaborare una categoria ampia di «servizio intermediario» la quale ricomprende ogni servizio che presenti cumulativamente le seguenti caratteristiche: è prestato a distanza, per via

elettronica, a richiesta individuale del destinatario e normalmente dietro retribuzione[243]; include un'attività automatizzata di fornitura di accesso alla rete, trasmissione e/o memorizzazione (temporanea o permanente) di informazioni fornite dal destinatario[244]; non implica un controllo di natura "editoriale" sul contenuto delle informazioni trasmesse o memorizzate, il quale viene determinato in modo autonomo dall'utente del servizio[245].

Così ricostruita la categoria generale dei «servizi intermediari» è ora possibile procedere con l'analisi dei regimi di responsabilità applicabili ai relativi fornitori nel caso in cui le informazioni trasmesse o memorizzate ledano il diritto d'autore. A tal fine il percorso di indagine non può che proseguire con la disamina delle regole previste nel capo II del Digital Services Act, rubricato «Responsabilità dei prestatori di servizi intermediari»: a ciò sarà dedicato il prossimo capitolo.

[243] Queste caratteristiche sono quelle proprie del servizio della società dell'informazione, di cui il servizio intermediario costituisce una sottocategoria, e sono definite dall'art. 1, par. 1, lett b) dir. 2015/1535/UE.

[244] Questa caratteristica si desume dalle definizioni delle tre sottocategorie mere conduit, caching e hosting, le quali esauriscono quella di servizio intermediario: come si è visto tutte e tre le fattispecie sono connotate dall'elemento della fornitura di accesso, trasmissione e/o memorizzazione delle informazioni fornite dall'utente.

[245] L'assenza di un controllo editoriale sul contenuto delle informazioni trasmesse o memorizzate è il tratto che distingue l'intermediario dal *content provider*. La distinzione tra questi due ruoli può apparire labile nel caso di piattaforme (come ad esempio *YouTube*, *TikTok*, *Instagram*) che esercitano un notevole grado di controllo sull'organizzazione e sulla visibilità dei contenuti caricati dagli utenti, tuttavia resta centrale nell'attuale legislazione euro-unitaria, come si evince anche dalla dir. UE 2010/13 sui servizi di media audiovisivi (come modificata dalla dir. UE 2018/1808): la quale distingue il «servizio di media audiovisivo» che esercita una responsabilità editoriale sui materiali diffusi al pubblico (art. 1 lett. a)) dal «servizio di piattaforma per la condivisione di video», che non assume un controllo di tipo editoriale ma "si limita" a organizzare in via algoritmica i contenuti ospitati (art. 1 lett. a *bis*)); e stabilisce che solo il secondo gode del regime agevolato di responsabilità di cui agli artt. 12 – 15 dir. e-commerce (ora artt. 4, 5, 6 e 8 DSA), espressamente fatti salvi dall'art. 28 *ter* della direttiva. Sul tema cfr. GENOVESE, *Diffusione di video pirata in rete e responsabilità dell'hosting internet service provider. I rapporti tra Codice delle Comunicazioni Elettroniche e Testo Unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici*, in *AIDA* 2010, 364.

CAPITOLO TERZO

LA RESPONSABILITÀ DA LESIONE DEL DIRITTO D'AUTORE DEI PRESTATORI DI SERVIZI DI MERE CONDUIT, CACHING E HOSTING

1. PREMESSE

Per ricostruire il sistema della responsabilità dei prestatori di servizi intermediari da violazione del diritto d'autore è anzitutto necessario analizzare la disciplina prevista dagli artt. 4, 5, 6 e 8 DSA[246]. Come si è già accennato le

[246] Tra i numerosi contributi dedicati alla disciplina prevista (ora) dagli artt. 4, 5, 6 e 8 DSA e (in precedenza) dagli artt. 12 – 15 dir. e-commerce, trasposti in Italia dagli artt. 14 – 17 d. lgs. 70/2003 cfr. PONZANELLI, *Verso un diritto*, cit., 5 ss.; NIVARRA, *La responsabilità*, cit., 307 ss.; RICCIO, *La responsabilità*, cit., 192 ss.; BOCCHINI, *La responsabilità*, cit., 19 ss. e 128 ss.; DELFINI, *La responsabilità*, cit., 55 ss.; GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet service provider,* ESI, Napoli, 2006, 227 ss.; TROIANO, *L'impresa di content, host e access providing*, in *AIDA* 2007, 355 ss.; MUSSO, *La proprietà intellettuale nel futuro della responsabilità sulla rete: un regime speciale?*, in *Dir. Inf.* 2010, 795 ss.; ALBANESE, *Trasferimento di dati e responsabilità del prestatore di servizi telematici: dal «diritto secondo» al «diritto primo»*, in *AIDA* 2010, 354 ss.; GENOVESE, *Diffusione di video pirata*, cit., 364 ss.; FINOCCHIARO, *Filtering e responsabilità del provider*, in *AIDA* 2010, 346 ss.; SARTOR, *Social networks e responsabilità del provider*, ivi 2011, 39 ss.; RICOLFI, *Contraffazione*, cit., 237 ss.; LEISTNER, *Structural aspects of secondary (provider) liability in Europe*, in *JIPLP* 2014, 75 ss.; RIORDAN, *The liability*, cit., 377 ss.; ANGELOPOULOS, *European*, cit., 42 ss.; PIRAINO, *Spunti per una rilettura della disciplina giuridica degli internet service provider*, in *AIDA* 2017, 468 ss.; BOCCHINI, *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*, in *Giur. it.* 2017, 632 ss.; PETRUSO, *Responsabilità degli intermediari di Internet e nuovi obblighi di conformazione: robo-takedown, policy of termination, notice and take steps*, in *Eur. dir. priv.* 2017, 451 ss.; DINWOODIE, *A Comparative*, cit., 25 ss.; MONTAGNANI, *Internet*, cit., 71 ss.; J.B. NORDEMANN, *Liability of online service providers for copyrighted content – regulatory action needed?*, In-Depht Analysis for the IMCO Committee of the European Parliament, 2018; CASTRONOVO, *Responsabilità*, cit., 285 ss.; BOCCHINI, *La responsabilità plurisoggettiva, successiva ed eventuale dell'ISP*, in *Giur. it.* 2019, 2606 ss.; TOSI, *La disciplina*, cit., 226 ss.; TESCARO, *Una proposta ricostruttiva contrastante con il diritto vivente in tema di responsabilità civile dell'internet provider nel diritto italiano tra direttiva 2000/31/CE, regolamento UE 2016/679 e direttiva UE 2019/790*, in *Jus Civile* 2020, 62 ss.; MONTAGNANI, *A new liability regime for illegal content in the digital single market strategy,* in FROSIO (a cura di), *The Oxford Handbook,* cit., 295 ss.; TOSI, *Responsabilità civile degli hosting provider e inibitoria*

disposizioni ora menzionate riproducono con lievi variazioni il testo degli artt. 12 – 15 dir. e-commerce e definiscono i limiti della responsabilità dei prestatori intermediari connessa alla trasmissione e memorizzazione di «contenuti illegali»[247]. Trattandosi di una disciplina che si applica "orizzontalmente" a qualsiasi tipo di contenuto illecito essa ha ad oggetto anche i materiali lesivi del diritto d'autore[248]. Il sistema delineato dalle previsioni ora ricordate è già stato ampiamente studiato dalla dottrina anteriormente all'entrata in vigore del DSA[249]. Poiché il regolamento ne riproduce il contenuto in modo sostanzialmente pedissequo, a un primo sguardo potrebbe sembrare superfluo dedicarvi ulteriori sforzi interpretativi. A ben vedere però vi sono varie ragioni che inducono a ritenere il contrario.

---

giudiziale dei contenuti digitali illeciti equivalenti tra assenza dell'obbligo di sorveglianza ex ante e ammissibilità ex post, in *Il diritto degli affari* 2020, 1 ss.; SCHWEMER, MAHLER e STYRI, *Liability*, cit., 4 ss.; RESTELLI, *Le piattaforme digitali. Dall'intermediazione all'impresa*, Giuffrè, Milano, 2022, 16 ss., 53 ss., 80 ss.; M.A. ASTONE, *Digital services act e nuovo quadro di esenzione dalla responsabilità dei prestatori di servizi intermediari: quali prospettive?*, in *Contr. impr.* 2022, 1060 ss.; PURPURA, *Osservazioni sul Digital Services Act: responsabilità e gestione del rischio nella prestazione di servizi intermediari*, in *Comparazione e diritto civile* 2022, 1035 ss.; HUSOVEC, *Rising above liability: the Digital Services Act as a blueprint for the second generation of global Internet rules*, in *Berkeley Tech. L. J.* 2023, 888 ss.; SAAVEDRA SERVIDA, *La responsabilità degli Internet Service Provider: dal safe harbour al principio di accountability*, in *NLCC* 2024, 135 ss.; HOFMANN, *Haftung der Anbieter von Vermittlungsdiensten*, in HOFFMAN e RAUE (a cura di), *Digital Services Act. Gesetz über digitale Dienste*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2023, 111 ss. Più in generale sul tema della responsabilità (non necessariamente aquiliana) dei prestatori di servizi intermediari e sulla coesistenza di misure imposte *ex lege* e rispettivamente adottate in via volontaria dai provider per contrastare contenuti illeciti cfr. RIORDAN, *A theoretical taxonomy of intermediary liability,* in FROSIO (a cura di), *The Oxford,* cit., 57 ss.; HUSOVEC, *Remedies first, liability second: or why we fail to agree on optimal design of intermediary liability*, ivi, 90 ss.; FROSIO e HUSOVEC, *Accountability and responsibility of online intermediaries*, ivi, 613 ss.; FROSIO, *Platform responsibility in the Digital Services Act: constitutionalising, regulating and governing private ordering*, in SAVIN e TRZASKOWSKI (a cura di), *Research handbook on EU Internet law*, II ed., Edward Elgar Publishing, 2023, 253 ss.

[247] L'art. 3 lett. h) DSA definisce la nozione di «contenuto illegale» come «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».

[248] Cfr. il cons. 12 DSA, che annovera espressamente tra i contenuti illegali anche quelli lesivi del diritto d'autore.

[249] Cfr. i contributi citati *supra* nella nota n. 246.

Anzitutto la linea di continuità tra le discipline previste dalla dir. e-commerce e rispettivamente dal DSA non deve indurre a trascurarne le differenze: prima fra tutte quella che attiene al diverso strumento normativo utilizzato dal legislatore nell'uno e nell'altro caso. Attraverso l'impiego di un regolamento – e non di una direttiva – il legislatore ha ora uniformato in modo completo i diritti nazionali sotto i profili regolati dalla disciplina qui considerata. Nell'ordinamento italiano l'intervento uniformatore del DSA ha comportato la completa abrogazione degli artt. 14 – 17 d. lgs. 70/2003 (d'ora in avanti "decreto e-commerce"), che contenevano la disciplina di attuazione degli artt. 12 – 15 dir. e-commerce[250]. La conseguenza più rilevante attiene senz'altro alla disciplina riservata alla responsabilità dell'hosting provider. Quest'ultima era infatti regolata nell'ordinamento italiano dall'art. 16 decreto e-commerce, che aveva attuato l'art. 14 della direttiva discostandosi dal suo tenore letterale[251]. La discrepanza tra la disciplina nazionale e quella euro-unitaria ha generato la proliferazione, nella dottrina e nella giurisprudenza italiane, di letture discordanti

[250] L'abrogazione degli artt. 14 – 17 d. lgs. 70/2003 è stata disposta dall'art. 3 co. 4 d. lgs. 50/2024, recante *Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 208, recante il testo unico dei servizi di media audiovisivi in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato, in attuazione della direttiva (UE) 2018/1808 di modifica della direttiva 2010/13/UE*.

[251] In particolare, ai sensi dell'art. 16, co. 1, lett. b) decreto e-commerce l'hosting provider va esente da responsabilità risarcitoria in relazione alla presenza sul proprio servizio di una determinata informazione o attività illecita a condizione che «non appena a conoscenza [di fatti o circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione], *su comunicazione delle autorità competenti*, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso». L'inciso riportato in corsivo non è contemplato nel testo dell'art. 14, co. 1, lett. b) dir. e-commerce. Inoltre l'art. 16, co. 1 decreto e-commerce non contiene la particella disgiuntiva «o» tra le lettere a) e b) del medesimo comma, che invece è presente nell'art. 14 dir. e-commerce. Come illustrato da TESCARO, *Una proposta*, cit., 70 ss., la disciplina del decreto e-commerce sembra prevedere piuttosto chiaramente che la responsabilità risarcitoria possa sorgere a carico dell'hosting provider in relazione a informazioni illecite presenti sul suo servizio solo nell'ipotesi in cui il prestatore rimanga inerte dopo aver ricevuto un ordine di attivazione emanato da un'autorità competente, e non anche nel caso in cui il fornitore abbia acquisito conoscenza dell'illecito per effetto di una segnalazione di un privato (possibilità invece chiaramente ammessa dall'art. 14 dir. e-commerce). Come osservato dall'autore, questa conclusione si ricaverebbe non solo dal tenore dell'art. 16, co. 1, lett. b), ma anche dall'assenza della particella disgiuntiva «o» tra le lettere a) e b) del medesimo art. 16, co. 1, nonché dal disposto del successivo art. 17, co. 3.

che hanno creato un panorama di grande complessità e incertezza[252]. L'intervento del DSA offre ora all'interprete italiano l'occasione per rileggere la disciplina riservata all'hosting provider "depurandola" dai condizionamenti che in passato hanno avuto origine dalla scelta legislativa ora ricordata.

Sotto altro profilo va osservato che se per un verso il DSA conferma il contenuto delle previsioni già contemplate dalla dir. e-commerce, per altro verso esso introduce alcune importanti indicazioni utili a chiarirne il perimetro applicativo – incluse quelle cui si è già fatto cenno relative ai contorni della figura generale del "servizio intermediario" e dei tre sottotipi hosting, caching e mere conduit, sui quali si tornerà a breve.

La terza e ultima ragione per cui vale la pena dedicare attenzione alla disciplina qui considerata nonostante il suo contenuto sia rimasto in gran parte invariato rispetto al passato è che, come vedremo, essa continua a generare dubbi interpretativi che non trovano soluzioni univoche.

Così circoscritto l'ambito dell'indagine, appare opportuno prendere le mosse dall'analisi della regola applicabile a tutti i prestatori di servizi intermediari, vale a dire quella prevista dall'art. 8 DSA: che vieta l'imposizione a tali soggetti di obblighi generali di sorveglianza o ricerca attiva di contenuti illeciti. Trattandosi della previsione-cardine su cui è incentrato il sottosistema della responsabilità dei prestatori intermediari, la ricostruzione del suo contenuto consentirà anche di svolgere alcune considerazioni sul rapporto tra il sottosistema ora ricordato e il sistema generale della responsabilità da lesione del diritto d'autore riscostruito nel capitolo primo.

[252] Delle letture ora menzionate si può trovare ampia testimonianza tra gli altri in PIRAINO, *Spunti*, cit., 489 ss.; MONTAGNANI, *Internet*, cit., 94 ss.; TESCARO, *Una proposta*, cit., 70 ss.; TOSI, *La disciplina*, cit., 229 ss., ai quali si rinvia per ulteriori riferimenti in dottrina e giurisprudenza.

2. IL DIVIETO DI OBBLIGHI GENERALI DI SORVEGLIANZA O RICERCA ATTIVA DI CONTENUTI ILLECITI (E ALCUNE CONSIDERAZIONI SUL RAPPORTO TRA SOTTOSISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ DEGLI INTERMEDIARI E SISTEMA GENERALE DELLA RESPONSABILITÀ DA LESIONE DEL DIRITTO D'AUTORE)

L'art. 8 DSA riproduce il contenuto dell'art. 15 co. 1 dir. e-commerce e prevede che «[a]i prestatori di servizi intermediari non è imposto un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che tali prestatori trasmettono o memorizzano, né di accertare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illegali».

Si tratta di una previsione di importanza centrale dal punto di vista sistematico, poiché è l'unica che accomuna tutte le tipologie di servizio intermediario[253]. Per tale ragione è apparso opportuno avviare la ricostruzione del sistema della responsabilità degli intermediari proprio da questa disposizione.

Essa proclama l'illegittimità di ogni obbligo di sorveglianza nella misura in cui abbia carattere *generale* e per converso ne ammette l'imposizione qualora abbia natura *specifica*[254]. Si tratta quindi di capire come vada interpretato l'aggettivo «generale» impiegato dal legislatore. L'operazione non è agevole, come dimostra l'evoluzione della giurisprudenza euro-unitaria che si è registrata nel corso degli anni. Essa mostra che la nozione di sorveglianza "specifica" compatibile con il divieto ora analizzato è andata allargandosi con il

[253] La rilevanza sul piano sistematico del divieto di imporre obblighi di sorveglianza generale è confermata dal fatto che esso è previsto anche dall'art. 17 par. 8 della dir. UE 2019/790, sul quale si tornerà ampiamente nell'ultimo capitolo.

[254] Cfr. cons. 30 DSA, dove si legge che «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».

passare del tempo; e che per conseguenza è divenuta sempre più sfuggente la linea di confine tra obblighi di monitoraggio ammessi e non ammessi[255].

In particolare le sentenze *eBay*[256]*, Scarlet Extended*[257]*, Netlog* [258] e *Mc Fadden*[259] negarono la legittimità di inibitorie che configurassero in capo all'intermediario un obbligo di monitorare *la totalità* delle informazioni trasmesse o memorizzate al fine di prevenire violazioni di diritti di proprietà intellettuale[260]. Il parametro del numero di informazioni da monitorare venne individuato quale criterio applicativo del divieto di obblighi generali di sorveglianza in tutte e quattro le decisioni, nonostante i provider coinvolti in ciascuna controversia svolgessero attività notevolmente diverse[261]. La decisione *UPC Telekabel*[262] dichiarò poi compatibile con il diritto euro-unitario un'ingiunzione che ordinasse a un mere conduit provider di impedire l'accesso ad un "sito pirata" tramite l'adozione di tutte le misure *ragionevoli*, non specificate dal giudice[263]. In apparente contrasto con l'orientamento espresso dalle prime

---

[255] Sul tema cfr. ampiamente ANGELOPOULOS e SENFTLEBEN, *The odyssey of the prohibition on general monitoring obligations on the way to the Digital Services Act: between Article 15 of the E-Commerce Directive and Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market*, IViR, Amsterdam, 2020.

[256] CGUE 12 luglio 2011, in causa C-324/09, *L'Oréal SA c. eBay International*, in *AIDA* 2012, *1387* (d'ora in avanti "CGUE *eBay*").

[257] CGUE 24 novembre 2011, in causa C-70/10, *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, in *AIDA* 2012, *1461* (d'ora in avanti "CGUE *Scarlet Extended*").

[258] CGUE 16 febbraio 2012, in causa C-360/10, *Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM) c. Netlog NV*, in *AIDA* 2012, *1464* (d'ora in avanti "CGUE *Netlog*").

[259] CGUE 15 settembre 2016, in causa C-484/14, *Tobias Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany GmbH*, in *AIDA* 2017, *1774* (d'ora in avanti "CGUE *McFadden*").

[260] In dottrina cfr. M. COLANGELO, *Internet e sistemi di filtraggio tra enforcement del diritto d'autore e tutela dei diritti fondamentali: un commento ai casi Scarlet e Netlog*, in *NGCC* 2012, 580 ss.; ANGELOPOULOS e SENFTLEBEN, *The odyssey*, cit., 9 ss.; MONTAGNANI, *Internet*, cit., 125 ss.

[261] In particolare, il caso *eBay* coinvolgeva il gestore del marketplace *eBay,* le cause *Scarlet Extended* e *Mc Fadden* fornitori di servizi di accesso a Internet e la controversia *Netlog* il provider di una piattaforma di social network.

[262] CGUE 27 marzo 2014, in causa C-314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH*, in *AIDA* 2014, *1588* (d'ora in avanti "CGUE *UPC Telekabel*").

[263] In dottrina cfr. FERRARI, *L'intelligenza artificiale e l'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale*, in *AIDA* 2018, 193 ss.; ANGELOPOULOS e SENFTLEBEN, *The odyssey*, cit., 9 ss.; MONTAGNANI, *Internet,* cit., 128 e 129; PETRUSO, *Responsabilità*, cit., 451 ss.

quattro pronunce sopra richiamate, la più recente sentenza *Glawischnig*[264] ha invece riconosciuto la legittimità di un'inibitoria che ordini al gestore di un social network di monitorare *la totalità* dei contenuti condivisi dagli utenti. In particolare, la Corte ha ritenuto compatibile con il divieto ora esaminato l'imposizione al provider di un obbligo di impedire il caricamento futuro di qualsiasi materiale identico o «equivalente» a quello dichiarato illecito dal provvedimento giudiziale[265]. Infine la sentenza *Repubblica di Polonia* ha confermato la legittimità dell'obbligo di filtraggio di contenuti lesivi del diritto d'autore introdotto dall'art. 17 dir. UE 2019/790[266]. Come vedremo più avanti, anche l'obbligo ora menzionato impone al provider di scandagliare *tutti* i contenuti caricati sulla propria piattaforma.

Le sentenze *Glawischnig* e *Repubblica di Polonia* hanno chiarito che il criterio per stabilire la natura generale o specifica di un obbligo di sorveglianza non è quello del numero di informazioni da monitorare. Il criterio attiene piuttosto all'ampiezza dello sforzo richiesto al provider relativo all'individuazione e alla valutazione, tra i contenuti scandagliati, di quelli che devono essere eliminati. Più specificamente le due decisioni hanno stabilito che un obbligo di filtraggio è conforme al divieto ora considerato nella misura in cui non si estenda fino al punto da richiedere al provider di intervenire su contenuti la cui natura illecita, per essere accertata, esigerebbe una valutazione *autonoma*

[264] CGUE 3 ottobre 2019, in causa C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited* (d'ora in avanti "CGUE *Glawischnig*").

[265] In dottrina cfr. ANGELOPOULOS e SENFTLEBEN, *The odyssey*, cit., 13 ss., in cui gli autori evidenziano le difficoltà nel conciliare questa decisione con le pronunce precedenti della Corte di giustizia. Essi sottolineano inoltre che la sentenza riguarda un caso di diffamazione e sostengono che i criteri ivi enucleati non possono essere estesi alle inibitorie emesse nel campo del diritto d'autore. In senso apparentemente contrario cfr. TOSI, *Responsabilità*, cit., 22, secondo cui con la pronuncia *Glawischnig* la Corte avrebbe statuito un vero e proprio «principio dell'ammissibilità del monitoraggio ex post del contenuto digitale equivalente a quello originariamente censurato in quanto illecito».

[266] CGUE 26 aprile 2022, in causa C-401/19, *Repubblica di Polonia c. Parlamento europeo e Commissione europea,* in *AIDA* 2022, *1988* (d'ora in avanti "CGUE *Repubblica di Polonia*").

da parte dell'operatore[267]. Con "valutazione autonoma" deve intendersi un esame effettuato da un essere umano[268].

Si evince dunque che il divieto qui analizzato ammette che il provider possa essere obbligato a monitorare – se del caso anche – la totalità delle informazioni memorizzate al fine di prevenire la comparsa di determinati contenuti lesivi[269]. Tuttavia tra i materiali intercettati che corrispondano in tutto o in parte ai contenuti "bersaglio", l'intermediario potrà essere tenuto a bloccare solo quelli che risultino senz'altro illeciti senza la necessità di un esame giuridico umano. In altri termini l'obbligo di filtraggio deve poter essere soddisfatto dal provider anche solo tramite mezzi automatizzati – con tutti i limiti connaturati all'utilizzo di tali strumenti. La lettura della Corte sembrerebbe quindi suggerire che il carattere «generale» di un obbligo di sorveglianza non vada valutato alla luce di parametri di natura quantitativa – quali il numero di informazioni da monitorare o individuare – ma sulla base di un criterio qualitativo di ragionevolezza o esigibilità dell'obbligo.

Per quanto riguarda la *ratio* del divieto ora considerato, la Corte ha giustificato la necessità di limitare la sorveglianza esigibile dall'intermediario alla luce di due obiettivi: evitare che ai provider siano imposti obblighi eccessivamente gravosi[270] e garantire il rispetto in ambiente online del diritto fondamentale alla libertà di espressione e comunicazione[271]. In senso analogo si esprime la relazione illustrativa della proposta di Digital Services Act: dove si legge che è necessario preservare il divieto di obblighi di sorveglianza generale poiché questi ultimi «potrebbero limitare in misura sproporzionata la libertà di

[267] Cfr. CGUE *Repubblica di Polonia*, cit., punto 90; CGUE *Glawischnig*, cit., punto 45.

[268] Lo si evince chiaramente dal punto 46 della sentenza CGUE *Glawischnig*, cit. In questo senso cfr. anche PEUKERT, HUSOVEC, KRETSCHMER, MEZEI e QUINTAIS, *European Copyright Society – Comment on Copyright and the Digital Services Act Proposal*, in *IIC* 2022, 368.

[269] Per esempio uno specifico contenuto diffamatorio come nel caso *Glawischnig*, o le opere e i materiali protetti da diritto d'autore rispetto ai quali il relativo titolare abbia inviato al provider le informazioni pertinenti e necessarie ai sensi dell'art. 17, par. 4, lett. b) e c) dir. UE 2019/790.

[270] Cfr. CGUE *Glawischnig*, cit., punti 45 e 46.

[271] Cfr. CGUE *Repubblica di Polonia*, cit., punto 90.

espressione e la libertà di ricevere comunicazioni degli utenti e comportare oneri eccessivi per i prestatori di servizi, interferendo così indebitamente con la loro libertà d'impresa. Il divieto limita anche gli incentivi alla sorveglianza online e ha implicazioni positive per la tutela dei dati personali e della vita privata»[272].

Anche alla luce di queste indicazioni sembra allora possibile concludere che il divieto stabilito dall'art. 8 DSA impone di circoscrivere qualsiasi obbligo di sorveglianza previsto a carico del prestatore di un servizio intermediario entro i limiti di quanto ragionevolmente esigibile, allo scopo di garantire un equo contemperamento tra gli interessi antagonisti tipicamente in conflitto nell'ecosistema digitale, facenti capo rispettivamente ai titolari dei diritti violati dai contenuti illeciti, ai prestatori dei servizi intermediari che ne agevolano la circolazione e agli utenti che li pubblicano e ne fruiscono.

Dal divieto ora considerato discende allora come corollario che la responsabilità del prestatore di un servizio intermediario derivante dalla trasmissione o memorizzazione di contenuti illeciti non possa spingersi oltre i confini della colpa[273]. In particolare la disposizione qui esaminata esclude che il provider possa rispondere in base a criteri d'imputazione di natura oggettiva quali il rapporto di custodia con la cosa[274] o il rischio d'impresa[275]. Parimenti da escludere sembra il modello dell'art. 2050 c.c., che in linea astratta si

---

[272] Cfr. la *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, COM/2020/825 final*, 14.

[273] In questo senso già NIVARRA, *La responsabilità,* cit., 312; GAMBINI, *Le responsabilità*, cit., 302 ss.; GENOVESE, *Diffusione*, cit., 376; TESCARO, *Una proposta*, cit., 67.

[274] Si potrebbe infatti ipotizzare che il prestatore intermediario possa rispondere per l'illecito commesso tramite il proprio servizio in qualità di custode dell'infrastruttura tecnologica che materialmente effettua gli atti automatici di trasmissione, memorizzazione e/o diffusione del materiale lesivo. Secondo questa lettura l'infrastruttura costituirebbe la "cosa che ha cagionato il danno" ai sensi dell'art. 2051 c.c. Si tratta di un'opzione astrattamente percorribile, che infatti è stata presa in considerazione (seppur scartata) dalla dottrina che per prima si è affacciata al tema della responsabilità dei provider: cfr. ad esempio FRANZONI, *La responsabilità*, cit., 250 e RICCIO, *La responsabilità*, cit., 51.

[275] Sull'applicabilità della teoria del rischio d'impresa al prestatore di servizi intermediari cfr. RICCIO, *La responsabilità*, cit., 35 ss., che conclude in senso negativo.

presterebbe senz'altro ad essere applicato alle piattaforme online che operano complesse attività di trattamento e organizzazione delle informazioni caricate dagli utenti[276]. Tutti i criteri di imputazione ora menzionati muovono infatti dal presupposto che debba essere favorita la posizione del danneggiato rispetto a quella del danneggiante. La loro applicazione genererebbe quindi il rischio che l'art. 8 DSA è volto a scongiurare: e cioè quello che il provider adotti misure eccessive di blocco e rimozione dei contenuti onde evitare di incorrere in responsabilità, sacrificando oltre il necessario il diritto alla libertà di espressione e informazione degli utenti[277].

Ora che si è ricostruito il contenuto del divieto previsto dall'art. 8 DSA, appare opportuno svolgere alcune considerazioni di più ampio respiro relative al rapporto tra il sottosistema della responsabilità degli intermediari – che si incentra proprio sul divieto ora considerato – e il sistema generale della responsabilità da lesione del diritto d'autore descritto nel capitolo primo.

Appare anzitutto opportuno domandarsi se il divieto di imporre obblighi di sorveglianza preventiva a carico degli intermediari costituisca una regola ricavabile già dal sistema generale della responsabilità da lesione del diritto d'autore – nel qual caso, la regola di cui all'art. 8 DSA avrebbe nel settore del copyright portata meramente ricognitiva[278]. La risposta a questo interrogativo presuppone una presa di posizione in merito alla natura della responsabilità da lesione del diritto d'autore nel sistema generale analizzato nel capitolo primo, incentrato sull'art. 158 l.a. e sugli art. 2043 ss. c.c.

---

[276] Ivi, 52 ss.

[277] Sul tema cfr. già anteriormente dell'adozione della dir. e-commerce TROIANO, *Gli illeciti*, cit., 410 ss.; e più recentemente SARTOR, *Social networks*, cit., 47 ss. e HUSOVEC, *(Ir)Responsible legislature? Speech risks under the EU's rules on delegated digital enforcement*, in *papers.ssrn.com*, 2021.

[278] Sul punto MUSSO, *La proprietà*, cit., 820 e 821 ha osservato che il divieto di imporre obblighi generali di sorveglianza ai prestatori intermediari costituirebbe «una predeterminazione normativa circa l'assenza di un dovere di vigilanza eziologicamente e psicologicamente rilevante per l'interpretazione o per l'applicazione della clausola generale sulla responsabilità, ex art. 2043 c.c., rispetto alla quale la disciplina in esame [quella sulla responsabilità dei prestatori di servizi intermediari] si presenta dunque come precisazione conforme e non derogatoria, né, di conseguenza, eccezionale».

Segnatamente, qualora si ritenga che la responsabilità da lesione del diritto d'autore abbia natura necessariamente colposa, il divieto sancito dall'art. 8 DSA rappresenterebbe un corollario già ricavabile dal sistema generale, poiché quest'ultimo precluderebbe l'imposizione di obblighi di vigilanza ragionevolmente inesigibili, al pari della disposizione ora considerata. Lo stesso non ptrebbe dirsi qualora si ritenga che il sistema generale ammetta l'imputazione della responsabilità da lesione del diritto d'autore anche in via oggettiva. In questo secondo scenario, ipotizzando inesistente l'art. 8 DSA, non sembrerebbe potersi escludere *a priori* l'applicabilità all'intermediario che leda il diritto d'autore altrui di criteri quali ad esempio quello previsto dall'art. 2050 c.c. o quello del rischio d'impresa, quantomeno in taluni casi. Del resto, nel capitolo primo si è visto che la giurisprudenza italiana ha spesso applicato criteri di imputazione di natura oggettiva a soggetti che svolgono un ruolo di "meri distributori" di contenuti, configurando a loro carico una *culpa in vigilando* che nel concreto si sostanzia nell'imposizione di un obbligo di sorveglianza generale[279].

Come osservato nel capitolo primo, non è possibile in questo lavoro prendere una posizione sulla natura della responsabilità da lesione del diritto d'autore sul piano generale, e cioè stabilire se essa abbia carattere necessariamente colposo oppure no[280]. Pertanto la risposta al quesito ora considerato non può che essere dubitativa: alla luce della ricostruzione operata nel presente lavoro, non è possibile stabilire se il divieto di imporre agli intermediari attività inesigibili di sorveglianza generalizzata sia imposto anche dal sistema generale della responsabilità da lesione del diritto d'autore.

Alla luce di queste considerazioni sembra allora utile porsi un ulteriore interrogativo, e cioè se la regola di cui all'art. 8 DSA – quale disposizione settoriale applicabile solo ai prestatori di servizi intermediari – possa essere

[279] Cfr. la ricognizione della giurisprudenza svolta *supra* al paragrafo 3.4 del capitolo primo.
[280] Cfr. le considerazioni svolte *supra* nel paragrafo 4 del capitolo primo.

valorizzata sul piano sistematico per risolvere le incertezze relative al criterio di imputazione della responsabilità da lesione del diritto d'autore sul piano generale. In particolare, appare opportuno domandarsi se la disposizione ora considerata sia un indice normativo valorizzabile per concludere che (anche) il sistema generale della responsabilità da lesione del diritto d'autore contemplerebbe la colpa quale unico criterio di imputazione[281].

La risposta sembra dover essere negativa per le seguenti ragioni. Come si è visto, la *ratio* del divieto imposto dall'art. 8 DSA appare riconducibile alla necessità di garantire il giusto equilibrio tra gli interessi antagonisti tipicamente in conflitto nell'ecosistema digitale: *in primis* tra quello a un *enforcement* effettivo dei diritti di proprietà intellettuale e quello al pieno esercizio del diritto alla libertà di espressione e comunicazione. Tale conflitto è endemico[282] nell'ecosistema online, e il problema di evitare che regole di responsabilità eccessivamente rigide causino il rischio di sacrificare in misura sproporzionata la libertà di espressione e di comunicazione degli utenti si pone, nel settore dei servizi intermediari di Internet, in modo peculiare e più accentuato rispetto a qualsiasi altro contesto. Questi servizi costituiscono infatti il mezzo indispensabile attraverso cui viene esercitato quotidianamente, globalmente e trasversalmente il diritto alla libertà di espressione e comunicazione da parte della quasi totalità dei cittadini, con un grado di rilevanza quantitativa e qualitativa che non appare paragonabile ad altri contesti o tipologie di servizi. Tali

[281] In questo senso cfr. SPONZILLI, *L'elemento*, cit., secondo cui «dalla legislazione in materia di servizi della società dell'informazione emerge un dato sistematico sfavorevole alla configurazione della contraffazione come illecito a contenuto obiettivo: […] il D. Lgs. 9 aprile 2003, n. 70 […] afferma il principio dell'assenza di un obbligo generale di sorveglianza in capo a tale soggetto [il prestatore di un servizio intermediario]. […] Questo dato normativo è di particolare rilevanza in relazione alle violazioni in esame [del diritto d'autore], ove si tenga presente che gli illeciti realizzabili attraverso i servizi della società dell'informazione sono, in misura molto rilevante, violazioni di diritti d'autore. […] Pur se non deve sfuggire come il regime di responsabilità del provider e quello del produttore non possano essere fatti oggetto di una automatica assimilazione, la disciplina cui si è fatto riferimento appare comunque un significativo indizio del ripudio da parte dell'ordinamento dei modelli di assoluta responsabilità oggettiva, a carico degli utilizzatori professionali di contenuti, nell'ambito degli illeciti di violazione dei diritti di privativa».

[282] Come l'ha definito MUSSO, *La proprietà*, cit., 802.

caratteristiche – e rischi – non appaiono estensibili ad altri soggetti che distribuiscono informazioni o prodotti incorporanti contenuti protetti dal diritto d'autore, quali ad esempio emittenti televisive, radiofoniche o fornitori di servizi audiovisivi muniti di controllo editoriale sui materiali che trasmettono[283]. Per conseguenza non sembra corretto ricostruire il sistema generale della responsabilità da lesione del diritto d'autore valorizzando una previsione – l'art. 8 DSA – animata da una *ratio* che non è estensibile a contesti e soggetti diversi da quelli propri del sottosistema in cui la disposizione si colloca.

Non resta quindi che concludere nel senso che il sottosistema della responsabilità dei prestatori di servizi intermediari non offre indicazioni normative utili a risolvere il problema del criterio di imputazione nel sistema generale della responsabilità da lesione del diritto d'autore.

3. I REGIMI DI ESENZIONE CONDIZIONATA DA RESPONSABILITÀ (SAFE HARBOUR)

Chiarita la portata della regola applicabile a tutti i servizi intermediari è ora necessario soffermarsi sulla disciplina riservata a ciascuna delle tre sottocategorie tipizzate dal legislatore: mere conduit, caching e hosting. Si tratta dei già menzionati regimi di esenzione condizionata dalla responsabilità (c.dd. safe harbour) previsti rispettivamente dagli artt. 4, 5 e 6 DSA.

Come si è visto le previsioni ora ricordate riproducono in maniera quasi immutata il testo degli artt. 14, 15 e 16 dir. e-commerce e perseguono l'obiettivo di incentivare lo sviluppo dei servizi intermediari nel mercato interno[284]. La tecnica normativa adottata dal legislatore per perseguire questa finalità è peculiare, poiché i safe harbour non stabiliscono le condizioni che fanno scattare l'obbligazione risarcitoria del provider, ma quelle al cui ricorrere il prestatore *non* può essere ritenuto responsabile in relazione al contenuto illecito

[283] Sulla distinzione tra i servizi ora detti e i servizi intermediari di Internet cfr. GENOVESE, *Diffusione*, cit., 367 ss.

[284] Cfr. cons. 16 DSA.

trasmesso o memorizzato[285]. Si tratta dunque di regole di irresponsabilità e non di responsabilità. Nelle prossime pagine si tenterà di ricostruire il contenuto e il perimetro applicativo di tali regole con particolare riguardo ai casi in cui l'illecito consista nella violazione del diritto d'autore.

3.1. SERVIZI DI MERE CONDUIT

L'art. 4 par. 1 DSA dispone che il fornitore di un servizio di mere conduit «non è responsabile delle informazioni trasmesse o a cui si è avuto accesso a condizione che: a) non dia origine alla trasmissione; b) non selezioni il destinatario della trasmissione; c) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse».

Questa disciplina venne introdotta dalla dir. e-commerce allo scopo di garantire un regime di sostanziale irresponsabilità[286] ai prestatori di servizi fondamentali per l'esistenza di Internet[287]: vale a dire quelli che vi forniscono accesso e che trasportano le informazioni ivi circolanti. Si è già visto infatti che il servizio di mere conduit consiste nello svolgimento di (almeno) una tra le due attività ora dette[288].

Il Digital Service Act conferma questa impostazione e sembra chiarire che i concetti di "trasmissione" e "fornitura di accesso" non devono essere interpretati in senso strettamente tecnico, ma in base a un criterio teleologico che guardi alla finalità perseguita dal legislatore[289].

---

[285] Cfr. cons. 17 DSA.

[286] In questi termini si esprime BOCCHINI, *La responsabilità civile*, cit., 130. In senso analogo cfr. MONTAGNANI, *Internet*, cit., 91, la quale osserva che l'esenzione da responsabilità prevista a favore del mere conduit provider può considerarsi «assoluta in quanto indipendente da ogni valutazione in merito all'elemento soggettivo (ossia al grado di conoscenza) dell'intermediario […]».

[287] È opportuno precisare che il riferimento a Internet è riduttivo, poiché la normativa qui considerata si riferisce più in generale a una «rete di comunicazione», come osservato da BOCCHINI, *La responsabilità civile*, cit., 20.

[288] Cfr. *supra* il paragrafo 4.1 del capitolo secondo.

[289] La rilevanza del criterio teleologico per l'interpretazione della disciplina qui considerata è stata evidenziata tra gli altri da MONTAGNANI, *Internet*, cit. 89 ss.

Quest'ultima emerge in modo chiaro dal considerando 28 del regolamento, con il quale il legislatore riconosce i benefici apportati dalla continua crescita di servizi tecnici utili al funzionamento della rete, constatando che «dal 2000 sono state sviluppate nuove tecnologie che hanno migliorato la disponibilità, l'efficienza, la velocità, l'affidabilità, la capacità e la sicurezza dei sistemi per la trasmissione, la reperibilità e la memorizzazione di dati online, portando a un ecosistema online sempre più complesso». Riconosciuti i benefici apportati da un insieme sempre più variegato di attività prestate sulla rete telematica, il considerando prosegue con il «ricordare che anche i prestatori di servizi che stabiliscono e agevolano l'architettura logica di base e il corretto funzionamento di internet, comprese le funzioni tecniche ausiliarie, possono beneficiare delle esenzioni dalla responsabilità stabilite nel presente regolamento, nella misura in cui i loro servizi si qualificano come semplice trasporto [mere conduit], memorizzazione temporanea [caching] o memorizzazione [hosting] di informazioni».

Nel successivo considerando 29 il legislatore fornisce poi un elenco esemplificativo dei servizi sussumibili nelle tre fattispecie ora dette e specifica che appartengono alla categoria del mere conduit i punti di interscambio Internet, i punti di accesso senza fili, le virtual private networks (VPN), i servizi di DNS, i servizi prestati dai TLD registry e dai registrar, il rilascio di certificati digitali da parte delle autorità di certificazione, il Voice over IP.

Se ne deduce che la fattispecie qui considerata ricomprende anche attività che *tecnicamente* non consistono nella fornitura di accesso alla rete né nella trasmissione di informazioni. Un esempio è quello del servizio prestato dal registrar, espressamente incluso nell'elenco esemplificativo poc'anzi richiamato[290]. Sotto il profilo tecnico infatti il registrar non fornisce accesso alla rete ai propri clienti, né effettua attività di trasmissione o memorizzazione delle

[290] Sul quale cfr. *supra* il paragrafo 3.1 del capitolo secondo.

informazioni contenute nei loro siti web[291]. Non vi è dubbio però che il servizio del registrar sia essenziale affinché le informazioni contenute nei siti web possano essere accessibili (e dunque trasmesse) ai potenziali visitatori[292]. Si tratta dunque di un'attività fondamentale per il raggiungimento dell'obiettivo perseguito dal legislatore, vale a dire il buon funzionamento dell'infrastruttura di Internet. Pertanto una lettura teleologicamente orientata della definizione di mere conduit (e in particolare dei concetti di "trasmissione" e "fornitura di accesso") impone di includervi anche attività come quella svolta dal registrar. Quest'ultima infatti può ben considerarsi una prestazione volta a fornire "accesso" all'ecosistema online, se si interpreta la nozione di "accesso" nel senso ampio imposto dal criterio teleologico sopra riferito.

Alla luce di queste considerazioni sembra corretto concludere che il regime di esenzione da responsabilità previsto dall'art. 4 DSA si applica a tutti quei servizi operanti nel physical layer e nel network layer di Internet che ricoprono un ruolo essenziale per il trasporto delle (e l'accesso alle) informazioni nell'ambiente telematico e che non includono attività di memorizzazione delle stesse se non nella maniera «automatica, intermedia e *transitoria*» strettamente necessaria alla loro trasmissione e non eccedente il tempo ragionevolmente necessario a questo scopo[293].

Così chiarito il novero dei servizi che ricadono nella disciplina qui esaminata, si può osservare che le condizioni ivi previste per l'operare

---

[291] Come illustrato da SCHWEMER, MAHLER e STYRI, *Liability*, cit., 13 ss. il registrar svolge attività minime di memorizzazione che però non hanno ad oggetto le informazioni contenute nel sito web associato al nome di dominio, bensì il nome di dominio in quanto tale, il relativo indirizzo IP e le informazioni relative al soggetto che ha richiesto la registrazione.

[292] Si è già visto infatti che senza un nome di dominio i siti web non sarebbero concretamente rintracciabili. Cfr. *supra* il paragrafo 3.1 del capitolo secondo.

[293] Cfr. art. 4, par. 2 DSA. La durata delle operazioni tecniche di memorizzazione delle informazioni trasmesse dai prestatori di servizi di mere conduit si misura tipicamente in millisecondi. Per questa ragione essa è definibile come «transitoria» e si differenzia da quelle «temporanea» e «permanente» che caratterizzano i servizi di caching e hosting. Cfr. al riguardo RIORDAN, *The liability*, cit., 395 e MONTAGNANI, *Internet*, cit., 89.

dell'esenzione da responsabilità risulteranno normalmente soddisfatte. Tipicamente infatti le attività di mere conduit vengono svolte in modo completamente tecnico e automatizzato, sicché di norma il provider non interferisce con l'avvio o la scelta dei destinatari delle singole trasmissioni, né modifica o seleziona le informazioni che trasmette o alle quali da accesso[294].

Tuttavia qualche dubbio circa il rispetto delle condizioni tracciate dall'art. 4 par. 1 DSA potrebbe sorgere nei casi in cui il prestatore svolga attività ancillari al servizio principale, le quali implichino una qualche forma di "intervento" sulle informazioni o sulla loro destinazione. Un esempio è quello delle operazioni di gestione del traffico effettuate dagli Internet service provider, che possono includere attività quali il filtraggio di traffico indesiderato o illegale [295]. Dal punto di vista tecnico l'operazione del filtraggio comporta un reindirizzamento dell'informazione trasmessa, la quale non viene recapitata al destinatario designato da chi ha avviato la trasmissione, ma dirottata verso un c.d. "black-hole"[296].

Ci si deve dunque chiedere se queste e simili operazioni costituiscano una "selezione o modifica" dell'informazione o del destinatario idonea a far venir meno il beneficio del safe harbour ai sensi dell'art. 4 par. 1 DSA. A questa domanda sembra doversi dare risposta negativa purché sussistano due condizioni: l'attività ancillare dev'essere finalizzata ad ottimizzare il servizio o a contrastare la diffusione di contenuti illeciti; essa dev'essere svolta dal provider in buona fede e in modo diligente. Questa conclusione era già stata raggiunta dalla dottrina in passato[297] e sembra trovare conferma nel Digital Services Act.

---

[294] Per questa ragione BOCCHINI, *La responsabilità civile*, cit., 130 osserva che le condizioni per la configurabilità della fattispecie del mere conduit coincidono nella sostanza con quelle previste per l'operare del regime di esenzione da responsabilità. In altri termini, secondo l'autore è come se la normativa disponesse che «il provider di un servizio di mere conduit non è responsabile se presta un servizio di mere conduit».

[295] Cfr. *supra* il paragrafo 2 del capitolo secondo.

[296] Cfr. RIORDAN, *The liability*, cit., 395 e MONTAGNANI, *Internet*, cit., 89 ss.

[297] Cfr. RIORDAN, *The liability*, cit., 396 e MONTAGNANI, *Internet*, cit., 91.

Per quanto attiene alle attività ancillari volte ad ottimizzare il servizio, si è già visto che alla luce dei considerando 28 e 29 del regolamento la disciplina qui considerata dev'essere interpretata in modo teleologicamente orientato. Più specificamente essa va letta tenendo in considerazione la volontà legislativa di salvaguardare e incentivare lo sviluppo di servizi tecnici che in vario modo ottimizzino i sistemi di trasmissione dei dati, ad esempio migliorandone «la disponibilità, l'efficienza, la velocità, l'affidabilità, la capacità [o] la sicurezza»[298]. Ne consegue che sarebbe contrario alla *ratio* della disciplina escludere dall'ambito applicativo del safe harbour un servizio di mere conduit sol perché esso includa funzioni che ottimizzano l'esperienza dell'utente sotto i profili appena ricordati, ma che dal punto di vista strettamente tecnico comportano una qualche forma di modifica o selezione delle informazioni trasmesse.

Considerazioni analoghe valgono per le attività volte a contrastare la diffusione di contenuti illeciti. Sotto questo profilo il legislatore ha chiarito espressamente con l'art. 7 DSA che i prestatori di servizi intermediari non perdono il beneficio dell'irresponsabilità «per il solo fatto di svolgere, in buona fede e in modo diligente, indagini volontarie di propria iniziativa o di adottare altre misure idonee a individuare, identificare e rimuovere contenuti illegali o a disabilitare l'accesso agli stessi»[299]. Pertanto non v'è dubbio che ove il provider di un servizio di mere conduit intervenga volontariamente per impedire l'accesso a siti che svolgono attività illecite, egli non perderà il beneficio dell'irresponsabilità con riguardo alla restante massa di informazioni che trasmette

[298] Cfr. cons. 28 DSA.

[299] L'art. 7 DSA ha cristallizzato sul piano legislativo la regola c.d. del «buon samaritano» che era già stata elaborata in via interpretativa dalla Corte di giustizia, seppur con riferimento alla fattispecie dell'hosting: cfr. CGUE 22 giugno 2021, in cause riunite C-682/18 e C-683/18, *Frank Peterson c. Google LLC, YouTube Inc. e a.* e *Elsevier Inc. c. Cyando AG*, in *AIDA* 2021, *1955*, punto 109. La tesi secondo cui lo svolgimento di attività di controllo e filtraggio dei contenuti caricati dagli utenti non deve comportare un aumento di responsabilità a carico del provider era già stata sostenuta in dottrina tra gli altri da FINOCCHIARO, *Filtering*, cit., 346 ss. e SARTOR, *Social networks*, cit., 53.

o cui da accesso[300]. Tuttavia è necessario che il prestatore agisca «in buona fede e in modo diligente». A questo riguardo il considerando 26 del regolamento fornisce un'indicazione interpretativa e specifica che per soddisfare i requisiti della buona fede e della diligenza il provider deve agire *quantomeno* in modo obiettivo, non discriminatorio e proporzionato, tenendo conto dei diritti e degli interessi legittimi di tutte le parti coinvolte e adottando le misure necessarie a evitare la rimozione erronea di contenuti leciti. Da questi enunciati si evince che la finalità perseguita dal legislatore è duplice: da un lato non scoraggiare l'adozione di misure volontarie volte a contrastare fenomeni di illegalità; dall'altro riservare il beneficio dell'irresponsabilità solo a quei provider che, nell'adottare misure di questo tipo, mantengano una posizione di neutralità rispetto agli interessi delle varie categorie di soggetti che operano nell'ambiente telematico. Del resto proprio il criterio della neutralità è quello che emerge da una lettura complessiva delle condizioni previste nell'art. 4 DSA, le quali descrivono la condotta di un prestatore che mantiene una posizione di terzietà rispetto ai contenuti e ai soggetti coinvolti nel processo di comunicazione telematica[301].

Alla luce delle osservazioni che precedono si può allora concludere che qualora un mere conduit provider impieghi misure di contrasto all'illegalità che operino in modo arbitrario, discriminatorio o sproporzionato egli non potrà godere del safe harbour, poiché la sua condotta violerebbe ad un tempo i canoni della buona fede o della diligenza richiesti dall'art. 7 DSA e quello della neutralità delineato dall'art. 4 DSA. Considerazioni analoghe sembrano valere per le attività di gestione del traffico che il provider effettui al fine di ottimizzare il proprio servizio: anch'esse dovranno essere svolte nel rispetto dei canoni ora visti affinché possa trovare applicazione l'esenzione dalla

[300] In questo senso già RIORDAN, *The liability*, cit., 396.

[301] Più in generale va osservato che il criterio della neutralità costituisce il comune denominatore di tutti e tre i regimi di esenzione dalla responsabilità riservati ai prestatori di servizi intermediari, come sottolineato tra gli altri da PIRAINO, *Spunti*, cit., 478 e MONTAGNANI, *Internet*, cit., 85 ss.

responsabilità. Questa conclusione trova peraltro conferma sul piano sistematico nella legislazione euro-unitaria in materia di comunicazioni elettroniche. Si è già visto infatti che l'art. 3 par. 3 del regolamento open Internet impone limiti stringenti ai fornitori di servizi di accesso alla rete circa l'impiego misure di gestione del proprio traffico[302]. Tali limiti impongono tra l'altro che le misure ora dette abbiano carattere non discriminatorio e proporzionato[303], al pari di quanto previsto dall'art. 7 DSA. Questa convergenza normativa si spiega alla luce della comune finalità perseguita da ambedue le discipline: non ostacolare lo sviluppo di servizi socialmente utili e ad un tempo preservare la natura libera e aperta della rete. È pertanto ragionevole ritenere che una misura di gestione del traffico vietata dal regolamento open Internet – il quale mira a preservare il rispetto del principio della net neutrality – sia altresì idonea a far venir meno la neutralità richiesta dall'art. 4 par. 1 DSA per l'operare dell'esenzione dalla responsabilità.

Così definito il contenuto del safe harbour qui considerato, va osservato che nel caso in cui il mere conduit non sia ammesso a beneficiarne per una delle ragioni che si sono viste, egli non diverrà per ciò solo responsabile in via aquiliana nei confronti di tutti i soggetti lesi dai contenuti illeciti trasmessi o resi accessibili tramite il servizio[304]. Come già accennato infatti i safe harbour hanno un contenuto negativo: si limitano cioè a ritagliare un'area di irresponsabilità e non stabiliscono i presupposti per il sorgere dell'obbligazione risarcitoria[305]. Pertanto in mancanza dei presupposti applicativi del "diritto

[302] Cfr. *supra* il paragrafo 2 del capitolo secondo.

[303] Più specificamente l'art. 3, par. 3, co. 2 reg. UE 2015/2120 statuisce che per essere considerate ragionevoli (e dunque ammesse) le misure di gestione del traffico «devono essere trasparenti, non discriminatorie e proporzionate e non devono essere basate su considerazioni di ordine commerciale ma su requisiti di qualità tecnica del servizio obiettivamente diversi di specifiche categorie di traffico. Tali misure non controllano i contenuti specifici e sono mantenute per il tempo strettamente necessario». Sulla portata applicativa della previsione ora menzionata cfr. BEREC, *BEREC Guidelines*, cit., 19 ss.

[304] Come osservato da ALBANESE, *Trasferimento*, cit., 357; RICOLFI, *Contraffazione*, cit., 239; PIRAINO, *Spunti*, cit., 475.

[305] Cfr. cons. 17 DSA.

secondo" – vale a dire l'esonero dalla responsabilità – troverà applicazione il "diritto primo" e cioè la disciplina prevista dall'ordinamento nazionale in materia di responsabilità extracontrattuale[306].

Per quanto riguarda le violazioni del diritto d'autore potrebbero allora sorgere i dubbi, di cui si è dato conto nel capitolo primo, circa il corretto criterio di imputazione da applicare nei confronti del mere conduit provider. Tuttavia, trattandosi di un servizio intermediario questi dubbi sembrano dover essere sciolti nel senso dell'applicabilità del criterio della colpa contemplato dall'art. 2043 c.c.

Questa soluzione, già sostenuta in dottrina[307], appare tra l'altro imposta dall'art. 8 DSA per le ragioni illustrate nel precedente paragrafo 2. A tal riguardo va osservato che il divieto di imporre obblighi generali di sorveglianza opera a prescindere dalla circostanza che il provider, nel caso concreto, goda o meno di un'esenzione da responsabilità. Questa conclusione si evince dall'impianto degli artt. 4 – 8 DSA: i quali subordinano al ricorrere di determinate condizioni (quelle previste dagli artt. 4, 5 e 6) soltanto l'operare del meccanismo di irresponsabilità, ma non il divieto sancito dall'art. 8, che è applicabile al prestatore per il solo fatto che il suo servizio sia qualificabile come intermediario. E infatti questa conclusione trova conferma sul piano sistematico nell'art. 17 dir. DSM: il quale impone il rispetto del divieto ora detto anche nei confronti del fornitore di una piattaforma di condivisione di contenuti

[306] Cfr. ALBANESE, *Trasferimento*, cit., 357; CASTRONOVO, *Responsabilità*, cit., 290.

[307] Cfr. ALBANESE, *Trasferimento*, cit., 357 il quale osserva che in mancanza dei presupposti per l'applicazione dell'esenzione da responsabilità deve trovare applicazione «la regola generale contenuta nell'art. 2043 c.c. […]. Da questa prospettiva sistematica si rivela invece fuorviante l'argomento «a contrario» in virtù del quale la legge nelle ipotesi in cui non ha escluso la responsabilità del provider, ha invece inteso renderlo sempre e comunque responsabile. Tale conclusione finirebbe del resto per tradursi surrettiziamente in una regola di responsabilità oggettiva, che non trova fondamento né nella lettera della norma né negli scopi di politica del diritto perseguiti dal legislatore».

protetti dal diritto d'autore, relativamente ai quali l'applicabilità del safe harbour è espressamente esclusa[308].

Per concludere va ricordato che, a prescindere dalla sussistenza dei presupposti per l'obbligazione risarcitoria, il mere conduit provider potrà essere obbligato a intervenire per porre fine e impedire la reiterazione di un illecito qualora ciò gli venga ordinato dall'autorità giudiziaria o amministrativa nazionale competente[309].

Nell'ordinamento italiano il titolare del diritto d'autore che intenda esperire un rimedio di questo tipo potrà agire avanti all'autorità giudiziaria chiedendo la pronuncia di un provvedimento inibitorio ai sensi dell'art. 156 co. 1 l.a. o dell'art. 163 co. 1 l.a.[310].

In alternativa egli potrà adire l'autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM), instaurando uno dei procedimenti amministrativi disciplinati dal regolamento emanato con la delibera AGCOM 680/13/CONS e da ultimo aggiornato con la delibera AGCOM 189/23/CONS (di seguito il "regolamento AGCOM")[311]. Il regolamento AGCOM prevede che l'autorità possa

[308] Cfr. art. 17, par. 3, prima parte e par. 8, prima parte dir. DSM. Sul rilievo sistematico della previsione contenuta al par. 8 dell'art. 17 ora menzionato cfr. le considerazioni svolte *supra* nel paragrafo 2 del presente capitolo terzo.

[309] Cfr. art. 4 par. 3 DSA. Sul tema delle ingiunzioni esperibili nei confronti degli intermediari cfr. HUSOVEC, *Injunctions against intermediaries in the European Union. accountable but not liable?*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017; BERTANI, *L'ultima frontiera contro la pirateria online: ingiunzioni dinamiche ai gatekeepers della rete definite con procedure di notice and take down*, in nota a Trib. Milano, ord. 12 aprile 2018, in *AIDA* 2018, 875 ss. La giurisprudenza italiana è pacifica nel senso di ammettere l'esperibilità del rimedio inibitorio nei confronti del mere conduit provider a prescindere dalla sussistenza di una sua responsabilità aquiliana: cfr. *ex multis* Trib. Milano, 20 marzo 2025, inedita; Trib. Milano, ord. 4 novembre 2022; Trib. Milano, ord. 11 luglio 2022, in *AIDA* 2023, *II.*602; Trib. Milano, ord. 12 aprile 2018, ivi 2018, *1875*. In dottrina cfr. RICOLFI, *Le misure*, cit., 95.

[310] Entrambe le previsioni sanciscono infatti il diritto del titolare dello *ius excludendi* di agire, nell'ambito di un procedimento di cognizione ordinario (art. 156) o cautelare (art. 163), per ottenere un provvedimento inibitorio nei confronti dell'«intermediario» i cui servizi siano utilizzati per violare l'esclusiva. Non vi è dubbio che la figura dell'intermediario contemplata dalle due previsioni ricomprenda anche il prestatore di un servizio di mere conduit, come osservato da BERTANI, *L'ultima frontiera*, cit., 876.

[311] Il testo aggiornato del «Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70» è

ordinare al mere conduit provider di disabilitare l'accesso ai "siti-pirata" indicati dal titolare nella propria istanza, qualora essi siano ospitati su server ubicati al di fuori del territorio nazionale[312]. Una volta emanato il provvedimento, il mere conduit provider è poi tenuto a impedire la reiterazione dell'illecito accertato dall'autorità disabilitando l'accesso ai siti-pirata c.dd. *alias*[313] indicati in un apposito elenco messo a disposizione dall'AGCOM. È infine prevista una specifica procedura d'urgenza volta a provocare la disabilitazione tempestiva dei siti-pirata che ospitano illecitamente opere audiovisive aventi ad oggetto «manifestazioni sportive trasmesse in diretta e assimilate»[314].

Tra i mezzi di tutela del diritto d'autore esperibili nei confronti dei mere conduit provider non vi è dubbio che i rimedi di natura reale appena ricordati ricoprano un rilievo pratico molto maggiore rispetto a quello aquiliano[315].

---

contenuto nell'allegato B alla delibera AGCOM 189/23/CONS, reperibile al seguente URL: https://www.agcom.it/provvedimenti/delibera-189-23-cons. Le modifiche apportate dalla delibera ora menzionata sono state introdotte per dare attuazione alla legge n. 93 del 4 luglio 2023 recante «Disposizioni per la prevenzione e la repressione della diffusione illecita di contenuti tutelati dal diritto d'autore mediante le reti di comunicazione elettronica». Per un commento al regolamento nella sua versione originaria cfr. L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Il regolamento AGCOM sul diritto d'autore,* Giappichelli, Torino, 2014. Più in generale sul tema della tutela amministrativa del diritto d'autore cfr. BERTANI, *Internet e la «amministrativizzazione» della proprietà intellettuale*, in *AIDA* 2012, 129 ss.; MONTAGNANI, *Internet*, 131 ss.; COGO e RICOLFI, *Administrative enforcement of copyright infringement in Europe*, in Frosio (a cura di), *The Oxford*, cit., 586 ss.

[312] Cfr. art. 8 co. 4 regolamento AGCOM.

[313] Si tratta cioè dei medesimi siti-pirata bloccati dai mere conduit provider su ordine dell'AGCOM, i quali "ricompaiono" sul web utilizzando un nome di dominio diverso.

[314] Cfr. art. 9-bis, commi 4-bis e ss. regolamento AGCOM. La procedura cautelare prevede una innovativa forma di collaborazione tra titolari del diritto d'autore, AGCOM e mere conduit provider. Il base a tale meccanismo il titolare del diritto d'autore può segnalare all'autorità – successivamente alla presentazione di un'apposita istanza – gli indirizzi telematici dei siti che trasmettono illecitamente in diretta le manifestazioni sportive protette, cosicché l'AGCOM possa a sua volta comunicarli ai mere conduit provider. Questi ultimi sono tenuti a disabilitare l'accesso ai siti entro 30 minuti dal ricevimento della comunicazione. Lo scambio "triangolare" di informazioni ora illustrato avviene per il tramite di una apposita piattaforma informatica denominata *Piracy shield*, i cui requisiti tecnici e operativi sono stati stabiliti dall'AGCOM con la delibera 321/23/CONS, reperibile al seguente URL: https://www.agcom.it/provvedimenti/delibera-321-23-cons. La predisposizione della piattaforma *Piracy shield* quale strumento tecnico per consentire lo svolgimento della procedura cautelare ora ricordata è stata imposta dall'art. 6 co. 2 legge n. 93 del 4 luglio 2023.

[315] Come osservato da HUSOVEC, *Injunctions*, cit., e ID., *Remedies*, cit., dove l'autore mette però in luce i rischi derivanti da un impiego eccessivo del rimedio inibitorio nei confronti di intermediari non

Tipicamente infatti i prestatori dei servizi di mere conduit rispettano le condizioni per godere dell'esenzione da responsabilità e dunque sono destinatari di provvedimenti inibitori c.dd. "puri", privi di condanna al risarcimento del danno.

In questo scenario tipico resta allora da chiedersi se l'obbligazione risarcitoria possa sorgere a carico del provider *successivamente* alla pronuncia di un ordine dell'autorità giudiziaria o amministrativa, e precisamente nel caso in cui l'intermediario non vi ottemperi.

La disciplina previgente forniva una risposta inequivoca sancendo che «il prestatore è civilmente responsabile del contenuto di tali servizi nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non ha agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto […]»[316]. Questa disposizione è ora venuta meno, poiché a seguito dell'entrata in vigore del DSA il legislatore italiano ha abrogato gli artt. 14 – 17 decreto e-commerce nella loro interezza[317]. Tuttavia l'esperibilità del rimedio risarcitorio nei confronti del provider che non ottemperi all'ordine dell'autorità sembra ricavabile dalla disciplina prevista dall'art. 4 DSA anche a prescindere dall'esistenza di una previsione espressa come quella ora abrogata. Infatti letto nel suo complesso l'art. 4 DSA sembra esentare da responsabilità il prestatore che rispetti le condizioni previste dal par. 1 della disposizione, *fino al momento* in cui sorga a suo carico l'obbligo di intervenire per effetto di un ordine dell'autorità, espressamente contemplato al successivo par. 3[318]. Una volta sorto tale

responsabili in via aquiliana, sottolineando l'impatto potenzialmente dirompente che le ingiunzioni emesse dalle autorità possono determinare sull'organizzazione (e dunque sui costi) degli operatori.

[316] Cfr. art. 17 co. 3 decreto e-commerce.

[317] Cfr. *supra* nota n. 250.

[318] In questo senso cfr. già DELFINI, *La responsabilità*, cit., 66 e 67, secondo cui il mere conduit provider che rispetti le condizioni previste per l'esonero da responsabilità assume «una posizione di garanzia in ordine all'impedimento dell'evento, nel momento in cui l'autorità giudiziaria o quella amministrativa di vigilanza esigono in via d'urgenza che «impedisca o ponga fine alle violazioni commesse»». Su queste basi l'autore conclude per la configurabilità di una «responsabilità omissiva colposa del *provider*, che non si sia attivato nell'ipotesi di cui al terzo comma dell'art. 14 [decreto e-commerce]». La tesi

obbligo, l'inottemperanza del provider configurerà allora una condotta colposa non coperta dall'esonero da responsabilità che potrà dar luogo all'obbligazione risarcitoria.

A questo riguardo resta da sottolineare che la valutazione della diligenza osservata dal provider successivamente all'ordine impartito dall'autorità potrebbe non essere agevole[319]. Il problema sembra porsi soprattutto nel caso – sempre più frequente – in cui l'autorità giudiziaria emetta un'ingiunzione che configura a carico del provider un obbligo di monitoraggio dal contenuto ampio, che l'operatore è chiamato a soddisfare attraverso l'adozione di misure tecniche e organizzative anche complesse e costose, la cui individuazione viene rimessa alla sua discrezionalità[320]. In questi casi il delicato tema dei limiti del

---

ora riportata si fonda sull'esegesi dell'art. 14 decreto e-commerce – e non sul successivo art. 17 co. 3 – e sembra valida anche nel contesto normativo attuale, vista la sostanziale identità tra il testo dell'art. 4 DSA e quello dell'art. 14 decreto e-commerce. L'esperibilità del rimedio risarcitorio nei confronti del provider che non ottemperi al provvedimento inibitorio è sostenuta anche da PIRAINO, *Spunti*, cit., 487.

[319] Il problema è segnalato con riguardo alla fase esecutiva delle c.dd. ingiunzioni dinamiche da BERTANI, *L'ultima frontiera*, cit., 888, il quale osserva che «potrebbe essere auspicabile disciplinare un regime univoco ed esplicito di limitazione della responsabilità del carrier chiamato ad ottemperare all'ingiunzione, salvaguardandolo ogni volta che per stabilire quale sia priva di fondamento tra le pretese opposte del ricorrente/titolare dei diritti asseritamente lesi e rispettivamente dell'*uploader* dei contenuti pretesamente lesivi non risulti sufficiente l'impiego della misura di diligenza che si ritenga da essi esigibile, anch'essa da specificare in modo quanto più possibile inequivoco».

[320] Cfr. recentemente Trib. Milano, ord. 11 luglio 2022, cit., che ha ordinato alla società *Cloudflare* nella sua qualità di fornitore di servizi di mere conduit (si trattava in particolare del servizio di DNS pubblico denominato «1.1.1.1»: https://www.cloudflare.com/it-it/learning/dns/what-is-1.1.1.1/) di «adottare immediatamente le più opportune misure tecniche al fine di inibire a tutti i destinatari dei propri servizi l'accesso» ai siti-pirata indicati nel provvedimento, in particolare impedendo la risoluzione dei nomi di dominio espressamente individuati nel provvedimento giudiziale ma anche di qualsiasi variazione degli stessi (c.dd. *alias*), indipendentemente dal fatto che la variazione presentata dall'*alias* attenga al dominio di primo, secondo, terzo o quarto livello. L'ordinanza ha dunque configurato a carico del provider l'obbligo di identificare autonomamente ciascun *alias* e di verificare che esso sia «soggettivamente e oggettivamente» riferito ai siti-pirata oggetto del provvedimento. L'ordine ora considerato si distingue dalle c.dd. ingiunzioni dinamiche (su cui cfr. BERTANI, *L'ultima frontiera*, cit.). Queste ultime infatti si caratterizzano per il fatto di addossare al ricorrente/titolare dei diritti asseritamente lesi l'onere di individuare gli *alias* dei siti-pirata indicati dal provvedimento e di segnalarli al provider, così che questi possa procedere al loro blocco. Viceversa un provvedimento del tipo ora considerato obbliga l'intermediario ad adottare misure tecniche e organizzative di monitoraggio molto più onerose rispetto a quelle "reattive" che consistono nel mero *take down* degli alias segnalati dal titolare. L'ordinanza del Tribunale è stata confermata in sede di reclamo da Trib. Milano, ord. 4 novembre 2022 e in sede di ricorso *ex* art. 669 *duodecies* c.p.c. da Trib. Milano, ord. 28 marzo 2023. Provvedimenti dal

monitoraggio ammesso dall'art. 8 DSA si intreccia – e viene sostanzialmente a coincidere – con quello della diligenza esigibile dal provider rilevante sotto il profilo aquiliano. Ecco allora che, nel caso in cui il soggetto che abbia ottenuto il provvedimento ingiuntivo instauri un successivo procedimento di merito lamentando l'inadeguatezza delle misure di monitoraggio adottate dal provider e domandando la sua condanna al risarcimento del danno, la valutazione della colpa del prestatore ai sensi dell'art. 2043 c.c. potrà essere particolarmente delicata e dovrà necessariamente tener conto della *ratio* sottesa all'art. 8 DSA[321].

3.2. SERVIZI DI CACHING

Il regime di esenzione condizionata dalla responsabilità riservato al provider di un servizio di caching è previsto dall'art. 5 par. 1 DSA. La disposizione riproduce il testo dell'art. 13 par. 1 dir. e-commerce[322], salvo precisare che l'attività di caching oggetto della disciplina non è unicamente quella effettuata al solo scopo di rendere «più efficiente» l'inoltro delle informazioni memorizzate in via temporanea dal provider – come prevedeva il testo della dir. e-commerce – ma anche quella finalizzata a renderlo «più sicuro»[323].

Questa specificazione sembra confermare che anche la fattispecie astratta del caching dev'essere ricostruita secondo il criterio teleologico ricavabile dai considerando 28 e 29, rispetto al quale possono richiamarsi le considerazioni già svolte nel paragrafo che precede. In particolare andranno ricondotti alla categoria qui esaminata anche quei servizi comparsi

contenuto analogo sono poi stati emessi nei confronti della stessa *Cloudflare* da Trib. Roma, ord. 3 giugno 2024, inedita e Trib. Milano, ord. 17 ottobre 2024, inedita. Cfr. però la più recente sentenza Trib. Milano, 20 marzo 2025, inedita, che ha emanato nei confronti di *Cloudflare* un provvedimento inibitorio esteso anche ai siti *alias*, ponendo però a carico del titolare del diritto d'autore (nel caso di specie *R.T.I.*) l'onere di individuarli e segnalarli al provider.

[321] Sulla quale cfr. *supra* il paragrafo 2 del presente capitolo terzo.

[322] A sua volta il testo dell'art. 13 par. 1 dir. e-commerce era stato riprodotto senza alcuna variazione dal legislatore italiano nell'art. 15 decreto e-commerce, ora abrogato.

[323] Cfr. art. 5 par. 1 DSA. Al riguardo va segnalato un difetto di coordinamento tra la disposizione ora menzionata e l'art. 3 lett. g) DSA, che non contiene la locuzione «o più sicuro».

successivamente all'adozione della dir. e-commerce i quali, oltre a svolgere un'attività di memorizzazione automatica, intermedia temporanea delle informazioni finalizzata a garantirne una «trasmissione fluida ed efficiente»[324], effettuino anche operazioni ancillari volte a migliorare la sicurezza o la comodità della navigazione in Internet[325].

Un caso tipico è quello del servizio di CDN (content delivery network)[326], che ha come finalità principale quella di garantire una trasmissione rapida dei contenuti nelle varie zone geografiche, ma che normalmente ricomprende anche funzioni accessorie quali ad esempio la protezione da attacchi informatici[327].

La questione della responsabilità dei provider di servizi di CDN ha recentemente acquisito rilevanza nel campo del diritto d'autore perché tali servizi comportano tipicamente una sostanziale "anonimizzazione" dei titolari dei siti web che ne usufruiscono, nonché dei relativi web-hosting provider[328]. Questa

---

[324] Cfr. cons. 29 DSA, il quale riconosce che i servizi di caching e quelli di mere conduit «sono fondamentali per garantire una trasmissione fluida ed efficiente delle informazioni fornite su Internet».

[325] Cfr. ancora il cons. 29 DSA, dove si legge che i «servizi intermediari abbracciano una vasta gamma di attività economiche che si svolgono online e che evolvono costantemente per consentire una trasmissione di informazioni *rapida, sicura e protetta* nonché per garantire la *comodità* di tutti i partecipanti all'ecosistema online [enfasi aggiunta]».

[326] Cfr. *supra* il paragrafo 3.2.2 del capitolo secondo.

[327] Cfr. SCHWEMER, MAHLER e STYRI, *Liability*, cit., 20.

[328] In particolare il servizio di CDN implica tipicamente l'impiego di reverse proxy server e di DNS name server autoritativi forniti dal provider. I reverse proxy servers "si frappongono" tra il visitatore del sito e il server che ospita il sito stesso, creando una "barriera" grazie alla quale è possibile ottenere almeno due risultati: una trasmissione più rapida dei contenuti del sito e una sua protezione da attacchi informatici. In particolare il sito viene memorizzato temporaneamente e in modo costantemente aggiornato nei reverse proxy server che formano la rete distribuita del provider: in tal modo quando un utente della rete richiede l'accesso al sito, quest'ultimo potrà essere trasmesso dal reverse proxy server geograficamente più vicino all'internauta con conseguente velocizzazione del processo. Allo stesso tempo il sito rimane "schermato" dai reverse proxy servers del prestatore e per tale ragione può essere protetto da attacchi informatici. Perché l'infrastruttura dei reverse proxy servers possa operare nel modo ora descritto è necessario che il destinatario del servizio di CDN utilizzi i DNS name server autoritativi forniti dal provider. In questo modo infatti il provider può intervenire nel processo di risoluzione del nome di dominio del sito restituendo l'indirizzo IP dei propri reverse proxy server, anziché di quello che ospita stabilmente il sito. Una delle conseguenze tecniche del servizio ora descritto è che non è possibile rintracciare l'indirizzo IP del server che ospita il sito attraverso una ricerca nel database pubblico Whois, poiché tale indirizzo è sostituito da quello dei reverse proxy servers del CDN provider. Per conseguenza

conseguenza – tecnicamente necessitata[329] – può ostacolare l'enforcement del diritto d'autore nei casi in cui il servizio venga reso a favore (anche) di siti-pirata che se ne avvalgono per fini illeciti.

Un esempio significativo è quello della società americana *Cloudflare*, che pur svolgendo servizi indubbiamente leciti[330] è stata inserita nella *Counterfeit and piracy watch list* pubblicata nel 2018 dalla Commissione europea, proprio in ragione del fatto che i suoi servizi risultano utili ai titolari dei siti-pirata per agire "nell'anonimato"[331]. Anche per questa ragione *Cloudflare* è stata convenuta in vari procedimenti instaurati dai titolari del diritto d'autore, nei quali si è posto tra l'altro il problema di capire se il servizio di CDN offerto dall'operatore sia riconducibile alla fattispecie del caching oggetto del regime di esenzione dalla responsabilità ora esaminato[332].

---

chi intenda identificare il fornitore del servizio di web-hosting e il titolare del sito deve necessariamente rivolgersi al CDN provider. Sulle modalità di funzionamento del servizio CDN ora descritte cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Counterfeit and piracy watch list*, *SWD(2018) 492 final,* 2018, 19; SCHWEMER, MAHLER e STYRI, *Liability*, cit., 20. Sulla nozione di DNS name server autoritativo cfr. BELLON, *What is the difference between authorithative and recursive DNS nameservers?*, in *umbrella.cisco.com*.

[329] Cfr. la precedente nota n. 328.

[330] Come affermato espressamente anche in giurisprudenza: cfr. Trib. Milano, ord. 11 luglio 2022, cit., dove si legge che i servizi offerti da *Cloudflare* sono «in se stessi del tutto legittimi».

[331] Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Counterfeit*, cit., 21, dove si legge in particolare che «[a]ccording to the creative industries (film, music, book publishers, etc.) and other organisations, CloudFlare is used by approximately 40% of the pirate websites in the world. It operates as a front host between the user and the website's back host, routing and filtering all content through its network of servers. […] CloudFlare provides anonymity to the owners and operators of the websites that use its services, which is particularly useful also for the operators of pirate websites».

[332] Nella giurisprudenza italiana cfr. Trib. Roma, 12 maggio 2022, in *AIDA* 2023, *II.600* e Trib. Roma, 21 luglio 2022, *II.604*. Nelle due decisioni è stato preso in considerazione il problema della sussumibilità entro la fattispecie del caching del servizio di CDN prestato da *Cloudflare* e delle attività tecnicamente connesse a tale servizio, vale a dire quelle di reverse proxy e di fornitura di DNS name server autoritativi, su cui v. *supra* la nota n. 328. La questione non è stata però risolta dalle sentenze ora menzionate – né deferita alla Corte di giustizia come richiesto da *Cloudflare* – poiché ritenuta irrilevante ai fini della decisione. Diversamente la recente sentenza Trib. Milano, 20 marzo 2025, inedita ha preso posizione sul punto e ha qualificato il servizio CDN di *Cloudflare* come caching, ritenendo integrati nel caso di specie i presupposti per l'esenzione da responsabilità (cfr. la successiva nota n. 333). È opportuno sottolineare che il servizio di CDN (che implica tecnicamente la fornitura di DNS nameserver *autoritativi*, come illustrato *supra* alla nota n. 328) si distingue da quello di DNS pubblico *ricorsivo* denominato «1.1.1.1», offerto dalla stessa *Cloudflare* e oggetto delle ordinanze menzionate *supra* nella nota n. 320. Quest'ultimo consiste nella messa a disposizione degli internauti di un sistema pubblico di risoluzione

Il DSA sembra ora aver chiarito che la risposta dev'essere in linea generale affermativa[333]. Lo si evince dal già visto tenore dell'art. 5 par. 1 DSA, letto alla luce del criterio teleologico di cui si è detto e del considerando 29, che include espressamente le attività di CDN, reverse proxy e content adaptation proxy nell'elenco esemplificativo dei servizi di caching. Residuano però margini di dubbio, come risulta da una recente decisione dell'*Oberlandesgericht Köln*, che ha negato l'applicabilità del safe harbour riservato ai servizi di caching al provider *Cloudflare*[334]. In particolare la corte tedesca ha accertato che nel caso di specie il servizio CDN di *Cloudflare* comportava la memorizzazione dei siti-pirata nei server del prestatore per un tempo che poteva estendersi anche oltre l'anno, e ha ritenuto tale durata incompatibile con il requisito della "temporaneità" previsto dal safe harbour. Dal provvedimento emerge anche che la durata della memorizzazione poteva variare da cliente a cliente a seconda degli accordi contrattuali stipulati con ciascuno. Sulla base di questo

---

dei nomi di dominio, alternativo a quelli offerti dagli ISP normalmente preimpostati sui device degli utenti. Esso dunque viene utilizzato dai soggetti che intendono *visitare* i siti, e non dai siti per ottimizzare le proprie prestazioni (come invece il servizio di CDN). Cfr. al riguardo BELLON, *What is the difference*, cit.

[333] In questo senso cfr. Trib. Milano, 20 marzo 2025, cit. dove si legge che «i servizi di CDN (reti per la diffusione di contenuti basate su una struttura dei server di proxy rientranti nel novero delle "reti private virtuali") offerti da Cloudflare possono essere ricondotti nel novero dei servizi di caching, mentre la fornitura dei nomi di dominio costituisce attività di mere conduit». In senso contrario (ma con riferimento al quadro normativo anteriore all'emanazione del DSA) cfr. SCHWEMER, MAHLER e STYRI, *Liability*, cit., 19 ss., secondo cui «it is necessary to differentiate between the respective services and functions, which may fall under different liability exemption rules. […] A CDN provider can guarantee the availability of a website, even when a customer's website is temporarily inaccessible. This relates to hosting, which is covered under Article 14 ECD […]. The traditional caching aspects of CDNs (on behalf of IAPs) qualify for the liability exemption in Article 13 ECD. Only if a CDN performs content adaptation is the availability of a liability privilege uncertain. This uncertainty emerges because of the requirement not to modify the information».

[334] Cfr. OLG Köln 3 novembre 2023 – 6 U 149/22, in *GRUR-RR* 2024, 140, par. 50 ss. Va però osservato che la decisione ha applicato il diritto tedesco previgente rispetto al DSA. Il dato è valorizzato nella decisione al par. 68, dove l'*Oberlandesgericht* ha specificato che la locuzione «o più sicuro» introdotta dall'art. 5 par. 1 DSA non poteva avere alcun rilievo ai fini della soluzione della controversia in quanto si trattava di una novità normativa. La specificazione appare significativa poiché sembrerebbe indicare che secondo l'opinione del giudice l'art. 5 par. 1 DSA avrebbe ampliato il perimetro della fattispecie del caching rispetto alla dir. e-commerce.

dato il giudice ha osservato che la sussunzione del servizio entro la fattispecie del caching o rispettivamente dell'hosting deve essere effettuata avendo riguardo al caso specifico e non al servizio complessivamente considerato[335].

Per ragioni simili resta aperta la questione circa la riconducibilità alla categoria del caching del motore di ricerca, che come si è visto il DSA qualifica espressamente come «servizio intermediario» senza però inquadrarlo all'interno di una delle tre *species* che compongono il *genus*[336]. In assenza di indicazioni normative univoche il problema sembra inevitabilmente destinato ad essere risolto caso per caso, avendo riguardo alle caratteristiche specifiche del servizio di motore di ricerca di volta in volta oggetto di attenzione: le quali potranno a seconda dei casi essere sussunte entro la fattispecie del caching o in quella dell'hosting[337].

Per quanto attiene alle condizioni che il caching provider è tenuto a rispettare per godere dell'esenzione da responsabilità, queste ultime possono essere suddivise in due categorie.

---

[335] Ivi, par. 65 – 67.

[336] Cfr. art. 2 lett. g) e lett. j) DSA.

[337] In generale sul problema dell'incerta qualificazione del servizio di motore di ricerca come caching o hosting cfr. GIOVANELLA, *La responsabilità per linking a files audiovisivi contraffatti e l'incerta natura del motore di ricerca*, in nota a Trib. Roma, ord. 22 marzo 2011, in *Danno e resp.* 2011, 857 ss. e MONTAGNANI, *Internet*, cit., 78 (in particolare nota n. 25). Il tema è dibattuto e non ha mai trovato una soluzione univoca. A seguito dell'emanazione della direttiva e-commerce alcune voci avevano ritenuto che il motore di ricerca esulasse dalle fattispecie tracciate dalla direttiva e ciò anche alla luce del suo art. 21 par. 2: in questo senso cfr. RICCIO, *La responsabilità*, 214 ss.; DLA PIPER, *EU study*, cit., 24. Diversamente, nel senso che il servizio di motore di ricerca sarebbe riconducibile alla fattispecie del caching cfr. GIOVANELLA, *La responsabilità*, cit., 852 (seppur con specifico riferimento al caso oggetto della decisione commentata dall'autrice); RICOLFI, *Contraffazione*, cit., 239 (seppur in senso dubitativo); SANNA, *Civil liability of an ISP for infringement of IP rights. Some (almost) settled points*, in FRANZOSI, POLLICINO e CAMPUS (a cura di), *The Digital Single Market Copyright. Internet and copyright law in the European perspective*, Aracne, Roma, 2016, 226 ss.; e in giurisprudenza Cass. 19 marzo 2019 n. 7709, in *AIDA* 2019, *II.284*; Trib. Milano, 25 settembre 2014, ivi 2015, *1693*; Trib. Firenze, ord. 25 maggio 2012; Trib. Roma, ord. 22 marzo 2011, in *Danno e resp.* 2011, 753 (anche se, come osservato da GIOVANELLA, *La responsabilità*, cit., 860 nell'ultima decisione citata il Tribunale di Roma ha qualificato il motore di ricerca come servizio di caching ma ha poi ritenuto applicabile il regime di responsabilità previsto per l'hosting provider). Diversamente, nel senso che il servizio di motore di ricerca sarebbe qualificabile come hosting cfr. in dottrina RIORDAN, *The liability*, cit., 402 e in giurisprudenza (seppur incidentalmente) Trib. Milano, 24 gennaio 2020.

Quelle previste dalle lettere a), b), c) e d) dell'art. 5 DSA attengono al *design* del servizio e descrivono la condotta di un provider che non modifica le informazioni memorizzate (lett. a)) e che rispetta gli standard di diligenza tratteggiati dal legislatore avendo riguardo alle specifiche caratteristiche dell'attività qui esaminata (lett. b), c) e d))[338]. Per quanto concerne tali condizioni sembra valere un discorso analogo a quello svolto nel paragrafo precedente con riferimento alla disciplina riservata al mere conduit provider. In particolare, il mancato rispetto di una delle condizioni previste dalle lettere a) – d) dell'art. 5 DSA non sembra idoneo a far sorgere in automatico l'obbligazione risarcitoria nei confronti di tutti i soggetti lesi dalle informazioni memorizzate dal caching provider. Per giungere ad una statuizione condannatoria sarà necessario operare un giudizio di responsabilità avendo riguardo alla fattispecie concreta portata all'attenzione del giudice, la quale dovrà presentare tutti gli elementi previsti dall'art. 2043 c.c.[339]. Così ad esempio non sarebbe corretto affermare senz'altro la responsabilità aquiliana del caching provider per il solo fatto che per qualche ragione il suo servizio ha ostacolato «l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni»[340]. In questo ipotetico scenario l'intermediario non potrà avvalersi dell'esonero da responsabilità, ma ciò non esimerà il danneggiato dall'onere di provare gli elementi costitutivi dell'illecito nel caso

[338] In particolare le lettere b), c) e d) dell'art 5 DSA descrivono rispettivamente la condotta di un caching provider il quale: «b) si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni; c) si conformi alle norme sull'aggiornamento delle informazioni, indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore; d) non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni». Per un'esegesi approfondita delle condizioni ora menzionate cfr. RIORDAN, *The liability*, cit., 399 ss. e MONTAGNANI, *Internet*, cit., 92 ss.

[339] Cfr. ALBANESE, *Trasferimento*, cit., 357 e le considerazioni svolte *supra* nel paragrafo 3.1 del presente capitolo terzo.

[340] In tal modo venendo meno al requisito previsto dall'art. 5, par. 1, lett. d) DSA.

concreto, incluso il nesso di causalità tra la condotta tenuta dal provider e l'evento lesivo[341].

Diverso è il caso in cui il caching provider non rispetti la condizione prevista dalla lettera e) dell'art. 5 DSA: per quanto anch'essa sia formulata in termini negativi (e cioè come condizione per godere dell'irresponsabilità), quest'ultima tratteggia uno specifico obbligo di attivazione a carico dell'intermediario, la cui inottemperanza appare senza dubbio idonea a configurare una condotta omissiva colposa causalmente connessa al danno subito dal soggetto che viene leso dalla persistenza online del contenuto illecito[342]. Come osservato dalla dottrina civilistica, la disposizione disegna una fattispecie di concorso successivo nell'illecito del terzo[343] che si perfeziona a decorrere dal momento in cui si configura la condotta omissiva del provider: vale a dire quello in cui sorge il suo obbligo di agire prontamente per rimuovere o rendere inaccessibile il contenuto lesivo[344]. E tale obbligo sorge, per espressa disposizione dell'art. 5 lett. e) DSA, solo nel caso in cui il caching provider venga effettivamente a conoscenza del fatto che il contenuto illecito è stato rimosso o reso inaccessibile dal luogo ove era memorizzato stabilmente, oppure del fatto che la sua rimozione o disabilitazione è stata ordinata da un'autorità amministrativa o giudiziaria. Circoscrivendo i presupposti al ricorrere dei quali scatta l'obbligo di attivazione del caching provider, la previsione ora considerata ritaglia il perimetro della condotta omissiva allo stesso ascrivibile a titolo di dolo o colpa[345]:

---

[341] Cfr. ALBANESE, *Trasferimento*, cit., 357.

[342] Cfr. BOCCHINI, *La responsabilità civile*, cit., 147 e 157 ss.; DELFINI, *La responsabilità*, cit., 69 e 73; PIRAINO, *Spunti*, cit., 503 ss.

[343] Il terzo è il soggetto che ha caricato online l'informazione lesiva dei diritti altrui.

[344] Cfr. BOCCHINI, *La responsabilità civile*, cit., 147 e 157 ss.; PIRAINO, *Spunti*, cit., 503 ss.

[345] In generale sul concetto di omissione cfr. G. CIAN, *Antigiuridicità*, cit., 257 ss., il quale osserva che «se si guardasse al semplice aspetto negativo del concetto di omissione, infinita sarebbe la quantità delle omissioni che si potrebbero riferire a un individuo. Di qui l'esigenza che il concetto di omissione sia limitato in rapporto alle possibilità di attivarsi e all'esistenza di una pretesa del diritto che sia realizzato quel certo comportamento attivo». Considerazioni analoghe si leggono in TRIMARCHI, *La responsabilità*, cit., 36 ss., il quale osserva che il sistema degli atti illeciti «è caratterizzato da doveri di astensione e non da doveri di cooperazione e in esso la responsabilità per omissione costituisce perciò

e così delimita il "fatto proprio doloso o colposo" causalmente connesso al danno, idoneo a far scattare l'obbligazione risarcitoria ai sensi dell'art. 2043 c.c.[346].

Alla luce di quanto osservato si può allora svolgere qualche considerazione sul caso-tipo sopra ricordato del CDN provider convenuto in giudizio dal titolare del diritto d'autore per aver prestato la propria attività a favore di siti-pirata. Immaginando che il servizio sia qualificabile come caching e che rispetti – come tipicamente avviene[347] – le condizioni previste dalle lettere a) – d) dell'art. 5 DSA, il privilegio dell'irresponsabilità non verrà meno nel caso in cui il titolare della privativa si sia limitato a segnalare al provider l'esistenza e la natura illecita dei siti-pirata e il prestatore non li abbia immediatamente rimossi dai propri server. In questo scenario infatti non risulterebbero integrati i presupposti previsti dalla lett. e) dell'art. 5 DSA per il sorgere di tale obbligo a carico del prestatore[348]. Diverso è il caso in cui il titolare del diritto esclusivo abbia ottenuto un provvedimento dell'AGCOM che ha ordinato ai mere conduit provider di disabilitare l'accesso ai siti-pirata, i quali però proseguano la

un fattore eccezionale». L'autore osserva poi che vi sono situazioni «nelle quali la realizzazione dell'evento dannoso dovuto all'atto illecito altrui trova una condizione necessaria nell'attività lecita di un soggetto estraneo o in una situazione da questo lecitamente creata, esclusa ogni attiva cooperazione o interesse nell'atto illecito, e ci si può chiedere se l'estraneo abbia l'obbligo di accertare la possibilità in questione e di adoperarsi per impedirla»; riconduce a queste situazioni quella del provider che fornisce lecitamente un servizio intermediario all'utente che se ne avvale per commettere un atto illecito; e conclude che in queste situazioni un obbligo di accertamento e intervento richiede «un'espressa previsione di legge, poiché altrimenti l'obbligo graverebbe sull'esercizio dell'attività lecita dell'estraneo, senza che ciò sia effettivamente necessario al fine di un'efficace prevenzione dell'illecito».

[346] Sulla stretta interconnessione tra causalità e colpa nelle ipotesi di responsabilità omissiva cfr. SALVI, voce *Responsabilità*, cit., 1253.

[347] Cfr. BOCCHINI, *La responsabilità*, cit., 147 e 148.

[348] Sulla base di queste considerazioni Trib. Milano, 20 marzo 2025, cit. ha escluso la responsabilità di *Cloudflare*, osservando che «nessun ordine dell'autorità giudiziaria ovvero dell'autorità amministrativa, diretto alla società Cloudflare, è stato a questa comunicato prima dell'instaurazione del presente giudizio. La diffida stragiudiziale inviata da RTI a Cloudflare in data 13/06/2018 non contiene alcun riferimento ad ordini dell'autorità giudiziaria rivolti allo stesso ISP Cloudflare Inc. in relazione agli indirizzi IP indicati nella difesa stessa, né contiene puntuali elementi idonei ad ingenerare nel destinatario una effettiva conoscenza in ordine alla avvenuta rimozione delle informazioni "dal luogo ove si trovavano inizialmente sulla rete" ovvero in ordine alla disabilitazione dell'accesso a dette informazioni».

loro attività illecita usufruendo dei servizi offerti dal CDN provider. In uno scenario di questo tipo, qualora il titolare del diritto d'autore abbia comunicato al CDN provider la delibera emanata dall'AGCOM, il prestatore convenuto in giudizio sarà responsabile in via aquiliana ove abbia omesso di intervenire per rimuovere o comunque rendere inaccessibili i siti-pirata individuati nel provvedimento dell'autorità amministrativa. In tal caso infatti le condizioni tracciate dalla lett. e) dell'art. 5 DSA sarebbero integrate sicché il CDN provider che sia rimasto inerte sarà tenuto a risarcire il danno prodottosi a decorrere dal momento in cui si è configurato (l'obbligo d'intervento e così) il suo comportamento omissivo colposo.

Per concludere va ricordato che anche il prestatore di un servizio di caching potrà essere destinatario di ingiunzioni emesse dall'autorità giudiziaria o amministrativa volte a impedire o prevenire un illecito, a prescindere dalla sussistenza dei presupposti per l'obbligazione risarcitoria[349]. Sul punto si può ripetere quanto già osservato con riguardo ai prestatori di servizi di mere conduit.

3.3. SERVIZI DI HOSTING

Veniamo ora alla disciplina prevista per il caso in cui l'attività dell'intermediario sia qualificabile come hosting. Si tratta senza dubbio dell'ipotesi di maggior rilievo sotto il profilo qui esaminato della responsabilità aquiliana per violazione del diritto d'autore. Infatti diversamente dai servizi di mere conduit e caching l'attività di hosting implica una maggiore "prossimità" dell'intermediario rispetto ai contenuti caricati dagli utenti: i quali vengono memorizzati stabilmente dal provider e, a seconda dei casi, anche organizzati e diffusi attraverso sistemi algoritmici. Ciò aumenta vertiginosamente il novero delle situazioni concrete in cui si pone la questione di capire se il "coinvolgimento" del provider nell'attività illecita dell'utente sia o meno idoneo a renderlo

[349] Cfr. art. 5 par. 2 DSA.

corresponsabile in via aquiliana. La ricerca di una soluzione a questo problema passa anzitutto per una corretta ricostruzione del contenuto e del perimetro applicativo del safe harbour previsto dall'art. 6 DSA.

Per quanto riguarda il perimetro applicativo della disciplina ora menzionata il DSA ha chiarito definitivamente, come si è anticipato[350], che la fattispecie astratta dell'hosting ricomprende un insieme amplissimo di attività. Essa in particolare non si limita a designare i tradizionali servizi di web-hosting ma si estende fino ad abbracciare le piattaforme online[351]. Vi rientrano dunque tutti i servizi intermediari che ricomprendano – ma non necessariamente si limitino a – un'attività automatizzata di memorizzazione duratura delle informazioni fornite dagli utenti[352], quali ad esempio i blog (come *Medium*,

[350] Cfr. *supra* il paragrafo 4.2 del capitolo secondo.

[351] Cfr. HOFMANN, *Haftung*, cit., 164 e 173; RESTELLI, *Le piattaforme*, cit., 17; QUINTAIS e SCHWEMER, *The interplay between the Digital Services Act and sector regulation. How special is copyright?,* in *EU Journal of Risk Regulation* 2022, 14; M.A. ASTONE, *Digital services*, cit., 1061; SAAVEDRA SERVIDA, *La responsabilità*, cit., 145 ss.; COMMISSIONE EUROPEA, *Impact assessment, Part 2/2,* cit., 170 ss. L'inclusione delle piattaforme online nella fattispecie astratta dell'hosting emerge chiaramente da una serie di indici normativi. Anzitutto la «piattaforma online» è definita dall'art. 3 lett. i) DSA come un servizio di «hosting». Il par. 3 dell'art. 6 DSA prevede poi una specifica ipotesi nella quale il safe harbour di cui al par. 1 riservato all'hosting provider non è applicabile alla piattaforma di marketplace: e in tal modo statuisce implicitamente che quest'ultima rientra nel campo applicativo del par. 1. Il considerando 29 DSA fornisce a sua volta un elenco esemplificativo dei servizi di hosting e vi ricomprende anche quelli «che consentono la condivisione di informazioni e contenuti online, compresa la condivisione e memorizzazione di file». Infine l'ultima frase del considerando 22 chiarisce che il safe harbour riservato all'hosting provider non può venir meno per il solo fatto che il prestatore offra una funzione di ricerca dei contenuti, li indicizzi in modo automatico o li consigli in funzione delle preferenze dei destinatari: tutte attività tipicamente svolte dalle piattaforme, alle quali infatti si riferisce testualmente anche il considerando nella sua parte finale.

[352] Cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale SAUGMANDSGAARD ØE del 16 luglio 2020, in cause riunite C-682/18 e C-683/18, *Frank Peterson c. Google LLC, YouTube LLC, YouTube Inc., Google Germany GmbH* (C-682/18) e *Elsevier Inc. c. Cyando AG* (C-683/18) (d'ora in avanti "Conclusioni dell'Avvocato generale SAUGMANDSGAARD ØE in cause *YouTube e Uploaded*"), punto 145, dove si osserva che la definizione della fattispecie dell'hosting contenuta nella dir. e-commerce – e rimasta invariata nel DSA – è formulata in modo ampio e non prevede che la memorizzazione sia «l'unico oggetto, o addirittura l'oggetto principale» del servizio. Anche la Corte di giustizia ha finora seguito questo approccio, riconducendo alla fattispecie dell'hosting servizi quali il marketplace *eBay* (cfr. CGUE *eBay*, punto 110) i social network *Netlog* (cfr. CGUE *Netlog*, cit., par. 27) e *Facebook* (cfr. CGUE *Glawischnig*, cit., punto 22) e il servizio di video-sharing *YouTube* (cfr. CGUE 22 giugno 2021, in cause riunite C-682/18 e C-683/18, *Frank Peterson c. Google LLC, YouTube LLC, YouTube Inc., Google Germany GmbH* (C-682/18) e *Elsevier Inc. c. Cyando AG* (C-683/18), in *AIDA* 2022, *1955* (d'ora in avanti CGUE

Wordpress, etc.), i social network (*Facebook*, *Instagram*, *X,* etc.), i portali di condivisione di contenuti video (*YouTube*, *Vimeo,* etc.) o audio (*SoundCloud*, *Bandcamp,* etc.), i marketplace (*Amazon, eBay,* etc.), altri tipi di piattaforme che favoriscono l'incontro di domanda e offerta di servizi (*Booking.com*, *Airbnb, BlaBlaCar,* etc.), i c.dd. cyberlocker o sharehoster che permettono di archiviare file e in alcuni casi di condividerli tramite appositi download-link (*Dropbox, WeTransfer,* etc.)[353]. In linea generale, tutti i servizi ricompresi in questa ampia categoria sono esentati dalla responsabilità derivante dai contenuti illeciti caricati dagli utenti qualora rispettino le condizioni previste dall'art. 6 DSA.

Vanno tuttavia operate due precisazioni. Anzitutto, per quanto attiene alla responsabilità derivante dalla presenza di contenuti lesivi del diritto d'autore, il safe harbour ex art. 6 DSA non si applica qualora l'attività svolta dal prestatore sia qualificabile come «servizio di condivisione di contenuti online» ai sensi dell'art. 102-sexies l.a.[354]. Questa particolare tipologia di hosting è soggetta alla disciplina speciale – più gravosa – prevista dall'art. 102-*septies* l.a., che sarà analizzata nel quarto e ultimo capitolo del lavoro. Le pagine che seguono ricostruiscono dunque il regime di responsabilità da lesione del diritto d'autore applicabile agli hosting provider che non rientrano nella fattispecie ora detta. Più in generale va poi ricordato che il prestatore di un servizio intermediario non gode dell'esenzione da responsabilità con riguardo ai contenuti rispetto ai quali svolga un "ruolo attivo" idoneo a fargli perdere una posizione di neutralità[355]. Di questo problema si tratterà nei prossimi paragrafi.

YouTube-Uploaded) punto 117), salvo specificare che per godere, nel caso concreto, del regime agevolato di irresponsabilità il prestatore non deve aver svolto un «ruolo attivo idoneo a conferirgli una conoscenza o un controllo dei contenuti» (cfr. CGUE *YouTube-Uploaded*, cit., punti 105-109 e 117; CGUE *eBay*, cit., punti 110-117).

[353] Per una rassegna più dettagliata di servizi qualificabili come hosting cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Impact assessment*, *Part 2/2*, cit., 170 ss.

[354] Cfr. art. 102-sexies co. 5 l.a., che attua l'art. 17 par. 3 dir. DSM.

[355] Cfr. cons. 18 DSA.

Prima di affrontarlo è opportuno analizzare le condizioni previste dal legislatore per l'operare del regime di esenzione da responsabilità qui esaminato.

L'art. 6 par. 1 DSA riproduce in modo sostanzialmente invariato la disciplina già prevista dall'art. 14 par. 1 dir. e-commerce[356]. La previsione ha una struttura analoga a quella dell'art. 5 lett. e) DSA applicabile ai servizi di caching, sicché può ripetersi quanto già osservato nel paragrafo precedente: seppur formulata in termini negativi la disposizione disegna una fattispecie di concorso omissivo colposo del provider nell'illecito perpetrato dall'utente, che si perfeziona a condizione che (e a decorrere dal momento in cui) si configuri il presupposto che fa scattare l'obbligo di intervento del prestatore[357]. Tale presupposto consiste, per quanto attiene a domande risarcitorie, nello stato di *consapevolezza* del provider circa *«fatti o circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dei contenuti»*[358]. L'obbligo di intervento scatta «non appena» sorga lo stato di conoscenza ora detto e impone al provider di *agire immediatamente «per rimuovere i contenuti illegali o per disabilitare l'accesso agli stessi»*[359].

[356] In particolare l'art. 6 par. 1 DSA stabilisce che il prestatore di un servizio di hosting «non è responsabile delle informazioni memorizzate su richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: a) non sia effettivamente a conoscenza delle attività o dei contenuti illegali e, per quanto attiene a domande risarcitorie, non sia consapevole di fatti o circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dei contenuti; oppure b) non appena venga a conoscenza di tali attività o contenuti illegali o divenga consapevole di tali fatti o circostanze, agisca immediatamente per rimuovere i contenuti illegali o per disabilitare l'accesso agli stessi».

[357] Cfr. BOCCHINI, *La responsabilità*, cit., 157 ss.; DELFINI, *La responsabilità*, cit., 70 e 73; PIRAINO, *Spunti*, cit., 503 ss. In giurisprudenza cfr. Cass. 19 marzo 2019 n. 7708, in *AIDA* 2019, *1880*.

[358] Cfr. art. 6, par. 1, lett. a) DSA.

[359] Cfr. art. 6, par. 1, lett. b) DSA.

3.3.1. La consapevolezza di fatti o circostanze che rendono manifesta l'illegalità del contenuto

Molto si è discusso circa la portata del concetto di conoscenza/consapevolezza tratteggiato dal legislatore con riguardo alla fattispecie dell'hosting[360].

Volendo tentare di mettere alcuni punti fermi, va anzitutto osservato che il provider può acquisire la conoscenza dell'illecito ai sensi della disposizione ora esaminata anche a prescindere dalla ricezione di una comunicazione dell'autorità amministrativa o giudiziaria che individui il contenuto lesivo e ne ordini l'eliminazione. La questione circa la necessità di una comunicazione dell'autorità si era posta nel contesto italiano alla luce dell'abrogato art. 16, co. 1, lett. b) decreto e-commerce[361]; era stata già risolta in senso negativo dalla Corte di cassazione[362]; ed è ora definitivamente venuta meno con l'abrogazione dell'art. 16 decreto e-commerce.

Sotto altro profilo ci si è chiesti se il provider debba ritenersi "consapevole" delle informazioni illecite circolanti sul proprio servizio nel caso in cui ne sia *solo genericamente* a conoscenza: ad esempio perché gli utenti le mettono online regolarmente e i titolari dei diritti lesi provvedono altrettanto abitualmente a inviare segnalazioni per chiederne la rimozione[363]. La questione va risolta in senso negativo. Come chiarito dalla Corte di giustizia e dal considerando 22 DSA, per essere idonea a far perdere il beneficio dell'irresponsabilità la conoscenza dev'essere «specifica»[364]: essa deve cioè riferirsi a *singoli*

---

[360] Cfr. in argomento BOCCHINI, *La responsabilità*, cit., 163 ss.; TROIANO, *L'impresa*, cit., 372 ss.; RICOLFI, *Contraffazione*, cit., 242 ss.; RIORDAN, *The liability*, cit., 405 ss.; MONTAGNANI, *Internet*, cit., 96 ss.; PIRAINO, *Spunti*, cit., 513 ss.; J.B. NORDEMANN, *Liability*, cit., 11 ss.; HOFMANN, *Haftung*, cit., 164 ss.

[361] Cfr. al riguardo PIRAINO, *Spunti*, cit., 496 ss.; TESCARO, *Una proposta*, cit., 70 ss.

[362] Cfr. Cass. 19 marzo 2019 n. 7708, cit.

[363] Per una trattazione del problema cfr. le Conclusioni dell'Avvocato generale SAUGMANDSGAARD ØE in cause *YouTube e Uploaded*, cit., punti 177 ss.

[364] Cfr. cons. 22 DSA, che ha cristallizzato i *dicta* della sentenza CGUE *YouTube-Uploaded*, cit., punti 111-118. Nella versione inglese la decisione riporta le espressioni «specific knowledge» (cfr.

contenuti illeciti concretamente individuati. Il fatto che l'operatore sia consapevole *in generale* che gli utenti del suo servizio caricano informazioni illecite non è sufficiente a concludere che egli ne sia a conoscenza ai sensi dell'art. 6 DSA.

Sgombrato il campo da questi problemi, un'ulteriore questione è quella di capire se il provider debba considerarsi consapevole (ai fini dell'art. 6 DSA) di quei contenuti che egli non si limiti a memorizzare ma organizzi in vari modi, ad esempio suggerendoli in via algoritmica agli utenti sulla base delle loro preferenze[365]. Come osservato da attenta dottrina la questione sottende un tema filosofico: e cioè se la conoscenza del provider possa sia solo quella dell'essere umano o se viceversa possa consistere anche in una "conoscenza della macchina"[366]. Anche su questo punto la Corte di giustizia ha fornito un'indicazione dirimente, ora cristallizzata nel considerando 22 DSA: le attività automatizzate di indicizzazione, ricerca e suggerimento di contenuti in funzione del profilo o delle preferenze dei destinatari non sono sufficienti – né singolarmente né nel loro complesso – a configurare la conoscenza del provider ex art. 6 DSA[367].

Ne consegue che sarà tipicamente necessaria una segnalazione inviata dal soggetto asseritamente leso dall'informazione illecita affinché possa sorgere lo stato di consapevolezza del provider richiesto dal legislatore: e ciò anche nel caso in cui il servizio di hosting consista in una piattaforma munita di

ad esempio il punto 114) e «specific content» (cfr. ad esempio il punto 113). L'aggettivo «specific» è stato tradotto nella versione italiana della sentenza con il termine «concreto» («conoscenza concreta» e «contenuti concreti»). Questa divergenza non figura però nel considerando 22 DSA, la cui versione italiana riporta l'espressione «conoscenza specifica» e così si allinea alla locuzione inglese «specific knowledge».

[365] Il problema è messo in luce da RICOLFI, *Contraffazione*, cit., 243.

[366] Ibid.

[367] Cfr. CGUE *YouTube-Uploaded*, cit., punti 111-114. In dottrina cfr. HOFMANN, *Haftung*, cit., 170, secondo cui la "conoscenza specifica" contemplata dall'art. 6 par. 1 DSA consiste nella conoscenza di un essere umano e non in quella di un sistema informatico.

sofisticati sistemi di analisi e raccomandazione dei contenuti[368]. La questione nodale diviene allora quella di capire a quali condizioni e in che misura una segnalazione sia idonea a far venir meno il beneficio dell'irresponsabilità[369].

A questo riguardo va ricordato che il requisito della «consapevolezza di fatti o circostanze» previsto dall'art. 6 DSA non coincide con quello di "conoscenza effettiva" del contenuto illecito, ma sembra piuttosto indicare una situazione di "conoscibilità" o "ignoranza colpevole" del contenuto stesso[370]. In particolare la Corte di giustizia ha statuito che affinché il requisito ora detto possa dirsi integrato è sufficiente che l'hosting provider sia divenuto consapevole, in qualsiasi modo, di fatti o circostanze in base ai quali un «*operatore economico diligente* avrebbe dovuto constatare l'illiceità di cui trattasi [identify the illegality in question]» e agire immediatamente per rimuovere o rendere inaccessibile il materiale in questione[371]. Nello scenario tipico in cui il titolare del diritto d'autore abbia segnalato all'intermediario la presenza di un contenuto asseritamente lesivo della privativa, ai fini di valutare se possa sorgere la "consapevolezza" (e così l'obbligo di rimozione o disabilitazione) del prestatore è dunque necessario individuare il perimetro della diligenza esigibile da quest'ultimo. Più specificamente è necessario tracciare i confini dello sforzo esigibile rispettivamente dal provider e dal segnalatore sotto due profili: quello della *individuazione* all'interno del servizio del contenuto segnalato e quello della *valutazione* – e rispettivamente dimostrazione – circa la sua natura manifestamente illecita. Conviene partire dall'analisi del secondo profilo, che appare meno problematico.

---

[368] Ciò non esclude che la conoscenza possa essere acquisita dal provider anche in altro modo e precisamente tramite un'indagine effettuata di propria iniziativa, come si legge in CGUE *YouTube-Uploaded*, cit., punti 115 e nel cons. 22 DSA. Si tratta però di un caso che non appare problematico, sicché non sembra necessario soffermarvisi.

[369] La centralità di questo aspetto è sottolineata da PIRAINO, *Spunti*, cit., 495 e 508 ss.

[370] Cfr. RICOLFI, *Contraffazione*, cit., 242; MONTAGNANI, *Internet*, cit., 97 ss.; COMMISSIONE EUROPEA, *Impact assessment*, *Part 2*/2, cit., 157; J.B. NORDEMANN, *Liability*, cit., 11; HOFFMAN, *Haftung*, cit., 170.

[371] Cfr. CGUE *YouTube-Uploaded*, cit., punto 115; CGUE *eBay*, cit., punto 122.

3.3.2. *Segue.* L'accertamento della natura manifestamente illecita del contenuto segnalato

Per far decadere il provider dal beneficio dell'irresponsabilità la segnalazione deve contenere elementi sufficienti affinché il prestatore possa constatare, *senza dover svolgere un esame giuridico approfondito*, la natura manifestamente illecita del contenuto e la compatibilità di una sua eventuale rimozione con la libertà di espressione e informazione[372]. In altri termini la natura illecita del materiale deve emergere *ictu oculi* dalla segnalazione.

Nel caso in cui non sia possibile verificare agevolmente la fondatezza della segnalazione, la conoscenza richiesta dall'art. 6 DSA non si configurerà e così nemmeno l'obbligo di rimozione o disabilitazione[373]. Questo scenario potrà verificarsi sia nel caso in cui la comunicazione non contenga informazioni sufficienti a desumere il carattere *contra ius* del contenuto[374], sia nell'ipotesi in cui la diffida sia dettagliata ma il materiale segnalato presenti caratteristiche tali per cui l'accertamento della sua natura (lecita o) illecita richiederebbe un esame giuridico dall'esito non scontato[375].

---

[372] Cfr. CGUE *Repubblica di Polonia*, cit., punto 91; CGUE *YouTube-Uploaded*, cit., punto 116. Anche in questo caso le statuizioni della Corte di giustizia sono state recepite dal legislatore: cfr. art. 16 par. 2 e 3 DSA.

[373] Cfr. HOFFMAN, *Haftung*, cit., 172, il quale osserva che il DSA non lascia spazio a dubbi: nel caso in cui sussista incertezza circa la natura illecita del contenuto segnalato non può dirsi integrato il requisito della conoscenza previsto dall'art. 6. In questo senso cfr. già TROIANO, *L'impresa*, cit., 372 e 373.

[374] Come può accadere ad esempio nell'ipotesi in cui dalla segnalazione non sia possibile verificare agevolmente la qualità di titolare o licenziatario del diritto esclusivo azionato in capo al segnalante. Un caso di questo tipo ha formato oggetto della recente sentenza tedesca OLG Hamburg 12 gennaio 2023 – 5 U 22/19, in *GRUR-RR* 2023, che nel caso di specie ha escluso l'obbligo dell'operatore di una piattaforma di video-sharing di intervenire sui contenuti segnalati da un soggetto che non aveva fornito prove idonee a dimostrare la propria titolarità dei diritti d'autore azionati.

[375] Una situazione di questo tipo si può verificare ad esempio nel caso in cui il segnalatore richieda la rimozione di un materiale rispetto al quale sussista il dubbio circa l'applicabilità di un'eccezione o limitazione al diritto d'autore, come osservato da RICOLFI, *Contraffazione*, cit., 244.

In altri termini la responsabilità aquiliana può sorgere solo nel caso in cui il provider sia in dolo o colpa grave per non aver constatato il carattere illecito del contenuto individuato dal segnalatore[376].

Come osservato da attenta dottrina già anteriormente all'emanazione della dir. e-commerce, la *ratio* è quella di evitare di «attribuire al provider un ruolo che non gli appartiene; quello di giudice dei casi dubbi, con l'alternativa secca della censura o dell'assunzione di responsabilità patrimoniale»[377].

3.3.3. *Segue.* L'individuazione e la rimozione del contenuto segnalato: ovvero il problema della ripartizione dei costi di monitoraggio

Quando si tratta di rimuovere da un servizio di hosting contenuti lesivi del diritto d'autore, particolare rilievo assume la questione del riparto tra segnalatore e provider dei costi di individuazione dei materiali manifestamente illeciti[378]. Il problema si pone perché accade spesso che un servizio di hosting ospiti più esemplari di un medesimo contenuto evidentemente lesivo del diritto d'autore (ad esempio più esemplari di una fotografia, di un'opera musicale o di un'opera audiovisiva caricate illecitamente). In questi casi è indubbio che il provider sia tenuto a intervenire per rimuovere il singolo esemplare segnalato dal titolare che abbia fornito informazioni sufficienti a constatarne la natura manifestamente illecita. Il problema è capire se l'attività di individuazione degli ulteriori esemplari di quel contenuto costituisca un onere gravante sul segnalatore o viceversa rientri nella diligenza esigibile dal provider.

Prima di verificare quali siano le opzioni interpretative che si profilano *de iure condito* alla luce dell'art. 6 DSA è opportuno inquadrare il problema da una prospettiva più generale. I meccanismi di responsabilità che impongono la collaborazione tra titolare del diritto d'autore e intermediario al fine di

[376] Cfr. Cass. 19 marzo 2019 n. 7708, cit.

[377] Così TROIANO, *Gli illeciti*, cit., 414.

[378] Sull'argomento cfr. ampiamente HUSOVEC, *The promises of algorithmic copyright enforcement: takedown or staydown? Which is superior? And why?*, in *Columbia J.L. & Arts* 2018, 53 ss.

individuare e rimuovere i contenuti lesivi sono astrattamente riconducibili a tre modelli: *notice and take down*, *notice and stay down*, *upload filtering*[379]. I tre modelli si differenziano per il fatto di ripartire diversamente tra segnalatore e provider i costi di monitoraggio dei contenuti caricati dagli utenti.

Un sistema riconducibile al modello del *notice and take down* fa gravare i costi di monitoraggio interamente (o quasi) sul segnalatore e impone all'intermediario un obbligo di mero *take down*, vale a dire di eliminazione del solo materiale illecito specificamente individuato nella segnalazione (o seconda dei casi anche degli ulteriori esemplari dello stesso eventualmente *già presenti* sul servizio)[380]. Qualora un esemplare del medesimo contenuto venga ricaricato sul servizio in un momento successivo, sarà necessaria una nuova segnalazione affinché sorga l'obbligo di intervento del provider.

Diversamente, una disciplina riconducibile al modello del *notice and stay down* limita l'onere gravante sul segnalatore all'individuazione di un solo esemplare del contenuto protetto e configura a carico del provider un obbligo più gravoso del mero *take down.* Il prestatore è infatti tenuto non soltanto ad eliminare il contenuto segnalato, ma anche a prevenire il caricamento in futuro di altri esemplari del medesimo[381]. In un sistema di questo tipo i costi di monitoraggio sono dunque condivisi tra titolare e provider: più precisamente essi vengono traslati dal primo soggetto al secondo a decorrere dal momento della segnalazione e limitatamente al materiale protetto ivi individuato.

---

[379] Per uno studio approfondito dei modelli menzionati nel testo in una prospettiva di analisi economica del diritto cfr. HUSOVEC, *The promises*, cit., il quale però non individua nell'*upload filtering* un modello a sé stante e lo riconduce a quello del *notice and stay down*. Sui sistemi di *notice and take/stay down* cfr. anche KUCZERAWY, *From "notice and takedown" to "notice and staydown": risks and safeguards for freedom of expression*, in FROSIO (a cura di), *The Oxford Handbook*, cit., 2020, 525 ss.; PETRUSO, *Responsabilità*, cit., 451 ss.; MONTAGNANI, *Le procedure di notice and take down gestite dai prestatori di servizi*, in *AIDA* 2022, 68 ss.

[380] Sui meccanismi di *notice and take down* cfr. PETRUSO, *Responsabilità*, cit., 451 ss.; HUSOVEC, *The promises*, cit., 57 ss.; KUCZERAWY, *From "notice and takedown"*, cit., 528 ss.

[381] Sui sistemi di *notice and stay down* cfr. HUSOVEC, *The promises*, cit., 61 ss.; KUCZERAWY, *From "notice and takedown"*, cit., 538 ss.

Infine secondo il modello dell'*upload filtering* i costi di monitoraggio gravano interamente sul provider, il quale è tenuto a scandagliare i file caricati dagli utenti del proprio servizio per intercettare e bloccare quelli che corrispondano al contenuto protetto di titolarità del *rightholder*. In un sistema di questo tipo il titolare del diritto d'autore non ha l'onere di individuare e segnalare illeciti effettivamente presenti sul servizio, ma può limitarsi a comunicare al prestatore informazioni sufficientemente dettagliate relative al contenuto protetto di propria titolarità, cosicché l'intermediario possa prevenire la sua comparsa online[382].

I tre modelli ora brevemente tratteggiati configurano tre obblighi di ampiezza crescente a carico dell'intermediario, che possono essere presi come parametri di riferimento per valutare fino a che punto possa estendersi la diligenza esigibile dall'hosting provider ai sensi dell'art. 6 DSA.

A tal riguardo è indubbio che un obbligo di *upload filtering* sia incompatibile con il regime di esenzione da responsabilità ora considerato. Come si è visto infatti la «consapevolezza» del provider idonea a far venire meno il beneficio dell'irresponsabilità può sorgere solo con riguardo a contenuti illeciti *concretamente individuati* all'interno del servizio di hosting[383]. Pertanto una comunicazione generica inviata dal titolare del diritto d'autore che si limiti a riportare le informazioni necessarie affinché il prestatore possa verificare *se* un dato materiale protetto sia stato (o sarà) caricato sul servizio non è idonea a far sorgere l'ignoranza colpevole del provider che ometta di attivarsi. Alla luce dell'art. 6 DSA grava sul *rightholder* l'onere di individuare e segnalare

[382] Al modello ora descritto è riconducibile il regime di responsabilità introdotto dall'art. 17, par. 4, lett. b) dir. DSM, che sarà analizzato nel capitolo quarto di questo lavoro.

[383] Cfr. CGUE *YouTube-Uploaded*, cit., punti 111-113 e 118, dove la Corte ha statuito che per essere escluso dal beneficio dell'irresponsabilità previsto dall'art. 14 par. 1 dir. e-commerce l'hosting provider dev'essere consapevole di «atti illeciti concreti dei suoi utenti relativi a contenuti protetti che *sono stati caricati* sulla sua piattaforma [enfasi aggiunta]».

quantomeno un esemplare specifico del contenuto protetto che sia stato effettivamente caricato sul servizio[384].

Meno chiaro è se l'art. 6 DSA possa essere letto nel senso di configurare a carico dell'hosting provider un obbligo di *stay down* sanzionabile in via aquiliana. Sul punto si sono formate opinioni contrastanti durante la vigenza della dir. e-commerce e del decreto italiano di attuazione[385]. Nel contesto normativo attuale, un'interpretazione letterale e sistematica dell'art. 6 DSA porta a risolvere la questione in senso negativo. La lettera b) del paragrafo 1 dispone infatti che per godere del privilegio dell'irresponsabilità l'hosting provider è tenuto ad agire «immediatamente per rimuovere i contenuti illegali o per disabilitare l'accesso agli stessi» non appena abbia acquisito la consapevolezza ai sensi della lettera a) di fatti o circostanze da cui risulti la loro manifesta illiceità. Per come è formulata, la previsione sembra configurare a carico del provider soltanto un obbligo di (individuare con la dovuta diligenza ed) eliminare il contenuto illecito *già presente* sul servizio, e non anche di *prevenire* il caricamento *in futuro* di ulteriori esemplari dello stesso[386].

---

[384] Ibid.

[385] Nel senso che l'art. 16 decreto e-commerce configurerebbe un obbligo (seppur limitato) di *stay down* cfr. PIRAINO, *Spunti*, cit., 502, secondo cui l'hosting provider sarebbe tenuto ad adottare misure di vigilanza e precauzione proporzionate, non eccessivamente onerose e ragionevoli finalizzate a «scongiurare la reiterazione delle condotte lesive da parte del medesimo cliente». Nello stesso senso in giurisprudenza cfr. App. Torino, 18 novembre 2021, in *AIDA* 2022, *II.547*; Trib. Torino, 24 gennaio 2018, ivi 2018, *1865*; Trib. Torino, 7 aprile 2017, ivi 2017, *1824*, secondo le quali l'art. 16 decreto e-commerce imporrebbe all'hosting provider un obbligo di attivarsi con i mezzi tecnici a sua disposizione per impedire il nuovo caricamento di materiali corrispondenti a quelli di cui abbia acquisito conoscenza per il tramite di una segnalazione inviata dal titolare del diritto d'autore leso. Nello stesso senso (seppur senza esplicito riferimento all'art. 16 decreto e-commerce) cfr. Cass. 19 marzo 2019 n. 7708, cit. *Contra* nel senso che l'art. 14 dir. e-commerce configurerebbe a carico dell'hosting provider un più limitato obbligo di *take down* cfr. RICOLFI, *Contraffazione*, cit., 247 ss.; RIORDAN, *The liability*, cit., 408; FROSIO e MENDIS, *Monitoring and filtering: European reform or global trend?*, in FROSIO (a cura di), *The Oxford Handbook*, cit., 545 ss.; Conclusioni dell'Avvocato generale SAUGMANDSGAARD ØE in cause *YouTube e Uploaded*, cit., punto 194; in giurisprudenza tra le altre App. Milano, 7 gennaio 2015, in *AIDA* 2015, *1701*.

[386] Cfr. al riguardo RIORDAN, *The liability*, cit., 408.

Sul punto la dottrina ha già da tempo osservato che, a rigore, di conoscenza/consapevolezza di un illecito si può parlare solo per il passato e per il presente, ma non per il futuro[387]. È pur vero che, come si è visto, ai fini delle azioni risarcitorie l'art. 6 DSA sembra fare riferimento ad una situazione di conoscibilità o ignoranza colpevole del provider piuttosto che ad uno stato di conoscenza effettiva. Tuttavia appare difficile estendere tale nozione fino al punto da ritenere che essa implichi un obbligo dell'intermediario di attivarsi per monitorare il proprio servizio al fine di *acquisire conoscenza* di illeciti *futuri*[388].

La lettura qui proposta trova una conferma significativa sul piano sistematico nell'art. 17, par. 4, lett. c) dir. DSM. La previsione ora menzionata utilizza infatti un linguaggio analogo a quello della lett. b) dell'art. 6 DSA («*agi[re] tempestivamente […] per disabilitare l'accesso o rimuovere*») al fine di configurare a carico del provider un obbligo nettamente distinto da quello di *stay down*, previsto con diversa e apposita formulazione dalla seconda parte della disposizione («*compi[ere] i massimi sforzi per impedire il caricamento in futuro*»)[389]. Poiché l'art. 17 dir. DSM è stato emanato anteriormente al Digital Services Act, ragioni di coerenza sistematica portano a concludere che la scelta di formulare l'art. 6 DSA senza introdurre alcun riferimento ad attività di

[387] Così RICOLFI, *Contraffazione*, cit., 248, che sul punto condivide le osservazioni contenute nelle Conclusioni dell'Avvocato generale NIILO JÄÄSKINEN del 9 dicembre 2010, in causa C-324/09, *L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie., Laboratoire Garnier & Cie., L'Oréal (UK) Ltd. c. eBay International AG, eBay Europe SARL e eBay (UK) Ltd.*, (d'ora in avanti "Conclusioni dell'Avvocato generale NIILO JÄÄSKINEN in causa *eBay*"), punto 162.

[388] In questo senso cfr. RICOLFI, *Contraffazione*, cit., 248 ss.; RIORDAN, *The liability*, cit., 407 e 408.

[389] Cfr. art. 17, par. 4, lett c) dir. DSM, ai sensi del quale i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online sono tenuti a dimostrare di «aver agito tempestivamente, dopo aver ricevuto una segnalazione sufficientemente motivata dai titolari dei diritti, per disabilitare l'accesso o rimuovere dai loro siti le opere e altri materiali oggetto di segnalazione [obbligo di *take down*] e aver compiuto i massimi sforzi per impedirne il caricamento in futuro conformemente alla lettera b) [obbligo di *stay down*]». La distinzione è rimarcata nel successivo par. 6 dell'art. 17, che dispensa dall'obbligo di *stay down* (ma non da quello di *take down*) i «nuovi prestatori di servizi di condivisione di contenuti online», salvo che il numero medio di visitatori mensili del loro sito superi una certa soglia.

prevenzione di illeciti futuri rifletta una volontà legislativa ben precisa: quella di *non* introdurre un regime generalizzato di *notice and stay down* applicabile a tutti gli hosting provider[390].

Queste considerazioni portano quindi a concludere che, qualora l'hosting provider rispetti i requisiti per godere del safe harbour, l'obbligo di prevenire il caricamento futuro di un contenuto lesivo del diritto d'autore può sorgere solo per effetto di un provvedimento emesso dall'autorità giudiziaria (*ex* artt. 156 o 163 l.a.) o da quella amministrativa (*ex* artt. 8 co. 3 o 9-*bis* co. 1 regolamento AGCOM)[391].

Escluso dunque che l'art. 6 DSA preveda un regime di *notice and stay down*, lo standard di comportamento cui l'hosting provider è tenuto a conformarsi quando riceve la segnalazione di un contenuto manifestamente lesivo del diritto d'autore non sembra poter andare oltre lo svolgimento di un'attività di individuazione (ed eliminazione) degli esemplari di quel contenuto già presenti sul servizio. Più specificamente, a seconda dei mezzi di cui il provider dispone – o di cui dovrebbe disporre in base alla diligenza esigibile – l'attività di ricerca e rimozione potrà avere ad oggetto soltanto lo specifico episodio illecito indicato nella segnalazione o anche gli ulteriori esemplari del medesimo contenuto

[390] A questo riguardo FROSIO, *Platform responsibility*, cit., 13 sottolinea che il DSA esprime una posizione politico-legislativa chiara, vale a dire quella per cui «the ex-post knowledge-and-take-down mechanism of the ECD [e-commerce directive] should be preferred to *ex ante* proactive moderation as it provides better guarantees for the fundamental rights of users». Più specificamente l'autore osserva (p. 15) che il DSA non prevede alcun obbligo per l'hosting provider di utilizzare strumenti algoritmici per la moderazione dei contenuti, in ciò differenziandosi dall'art. 17 dir. DSM, che viceversa impone obblighi di natura preventiva realisticamente soddisfabili solo tramite l'impiego di tecnologie che operano in modo automatizzato. L'obiettivo del DSA non è dunque quello di imporre l'adozione di strumenti algoritmici di moderazione dei contenuti, ma semmai quello di assicurare che ove tali misure vengano *de facto* impiegate, queste ultime rispettino determinati standard di trasparenza e non interferiscano con i diritti fondamentali degli utenti del servizio.

[391] L'esperibilità di questo tipo di rimedi nei confronti dell'hosting provider è espressamente fatta salva dall'art. 6 par. 3 DSA, che ha tenore identico a quello degli artt. 4 par. 3 e 5 par. 2 DSA applicabili ai prestatori di servizi di mere conduit e rispettivamente di caching. Anche per l'hosting provider valgono quindi le considerazioni esposte *supra* nel paragrafo 3.1 del presente capitolo terzo, cui si rinvia.

protetto eventualmente già presenti sul servizio ma non individuati dal segnalatore. In questi termini sembra doversi leggere il concetto di "conoscibilità" o "ignoranza colpevole" di cui all'art. 6 DSA.

Questa conclusione porta ad affrontare un ultimo aspetto rilevante: e cioè quali informazioni debba contenere la segnalazione per poter presentare un livello di precisione sufficiente a far scattare l'obbligo di individuazione e rimozione a carico del provider[392]. La questione si è posta con grande rilevanza nel panorama giurisprudenziale italiano in varie controversie instaurate da titolari del diritto d'autore nei confronti di piattaforme di video-sharing che ospitavano notevoli quantità di contenuti audiovisivi manifestamente lesivi del copyright. Il problema era – ed è – quello di stabilire se il *rightholder* sia tenuto a indicare nella propria segnalazione l'ubicazione elettronica (indirizzo URL) del materiale di propria titolarità rinvenuto sul servizio di hosting o se sia sufficiente che la *notice* riporti il titolo commerciale dell'opera protetta caricata illecitamente.

La Corte di cassazione non ha preso una posizione netta al riguardo ed ha statuito che la soluzione a questo problema deve essere rinvenuta in base alle circostanze del caso concreto[393]. La giurisprudenza di merito è divisa tra due orientamenti opposti: uno che afferma la necessità della specificazione

[392] La necessità di un livello sufficiente di precisione della segnalazione al fine di far scattare in capo all'hosting provider la conoscenza dell'illecito (e dunque l'obbligo di rimozione) è sottolineata dal considerando 22 DSA, il quale chiarisce che «[i]l prestatore [di un servizio di hosting] può effettivamente acquisire tale conoscenza o consapevolezza della natura illegale del contenuto, tra l'altro, mediante indagini volontarie o mediante segnalazioni presentategli da persone o enti conformemente al presente regolamento, nella misura in cui tali segnalazioni sono così *sufficientemente precise* e adeguatamente motivate da consentire a un operatore economico diligente di *individuare ragionevolmente*, valutare e, se del caso, contrastare i presunti contenuti illegali [enfasi aggiunta]».

[393] Cfr. Cass. 19 marzo 2019 n. 7708, cit., che ha statuito il seguente principio di diritto: «Resta affidato al giudice del merito l'accertamento in fatto se, sotto il profilo tecnico-informatico, l'identificazione di video, diffusi in violazione dell'altrui diritto, sia possibile mediante l'indicazione del solo nome o titolo della trasmissione da cui sono tratti, od, invece, sia indispensabile, a tal fine, la comunicazione dell'indirizzo "URL", alla stregua delle condizioni esistenti all'epoca dei fatti». Questa posizione è stata successivamente confermata da Cass. ord. 13 dicembre 2021 n. 39763, in *AIDA* 2022, *1991*.

dell'URL[394] e l'altro che ritiene sufficiente l'indicazione del titolo commerciale dei brani audiovisivi[395].

La questione sembra da risolvere nel senso che l'indicazione del mero titolo commerciale del contenuto protetto di cui si chiede l'eliminazione *non* può essere idonea a far sorgere un obbligo di attivazione a carico del provider. La soluzione qui proposta si fonda sulle seguenti considerazioni di analisi economica del diritto.

Come si è visto qualsiasi meccanismo di responsabilità riconducibile al modello del *notice and take down* o a quello del *notice and stay down* fa gravare sul segnalatore l'onere di individuare almeno un esemplare del contenuto protetto illecitamente caricato online. Pertanto il soggetto che invia la segnalazione al provider ha già sostenuto i costi necessari a individuare detto esemplare e dispone dell'URL che ne identifica univocamente l'ubicazione all'interno del servizio. Stando così le cose, non sembrano sussistere valide ragioni per dispensare il segnalatore dall'onere di comunicare l'URL al provider: si tratterebbe di uno sforzo minimo che eviterebbe all'intermediario lo svolgimento delle operazioni di ricerca già effettuate dal segnalatore[396]. In altri termini la comunicazione dell'URL eviterebbe una duplicazione inutile di costi,

[394] In questo senso cfr. tra le altre App. Torino, 18 novembre 2021, in *AIDA* 2022, *II.547*; App. Milano, 7 gennaio 2015, ivi 2015, *1701*; Trib. Roma, 12 ottobre 2023, inedita; Trib. Roma, 7 aprile 2023, in *AIDA* 2023, *II.640*; Trib. Torino, 24 gennaio 2018, cit.; Trib. Torino, 7 aprile 2017, cit.

[395] Questo orientamento è sposato tra le altre da App. Roma, 12 ottobre 2023, inedita; App. Roma, 21 luglio 2022, in *AIDA* 2023, *II.607*; Trib. Roma, 18 ottobre 2022, ivi, *II.612*; Trib. Roma, 22 gennaio 2021, ivi 2021, *1972*; Trib. Roma, 12 luglio 2019, n. 14760, ivi 2020, *1933*; Trib. Roma, 10 gennaio 2019, ivi 2019, *II.335*; Trib. Roma, 27 aprile 2016, ivi, *II.161*; Trib. Milano, 9 settembre 2011, ivi, *1505*.

[396] Questo aspetto è stato sottolineato dalla recente sentenza Trib. Roma, 7 aprile 2023, cit., dove si legge che «l'obbligo di collaborare in buona fede col gestore della piattaforma per consentirgli anzitutto di identificare nel web i video contestati, di riscontrarne l'illiceità e di procedere quindi alla loro immediata rimozione, esigevano certamente che l'URL fosse fornito, tanto più che nella specie la RTI avendo incaricato allo scopo un proprio tecnico, già disponeva di tutti gli URL identificativi dei video e se non li ha subito forniti alla Vimeo lo ha fatto perché il suo interesse non era tanto quello della rimozione degli audiovisivi contestati, quanto quello di lucrare un cospicuo risarcimento danni ancorato alle difficoltà d'individuazione dei video da parte della Vimeo ed al tempo di permanenza di essi sulla piattaforma dopo la generica diffida iniziale […]».

già posti *ex lege* a carico del titolare del diritto. Va poi considerato che l'indicazione del solo titolo commerciale del contenuto protetto determina un ulteriore costo sociale. Esso è dato dal rischio di *overblocking* connaturato alle operazioni di ricerca ed eliminazione del contenuto illecito basate su parole-chiave (operazioni che il provider sarebbe costretto ad effettuare ove disponesse solo del titolo commerciale del materiale segnalato e non del relativo URL). Le ricerche basate su questo metodo scontano infatti un margine di errore dalla portata non trascurabile, poiché tipicamente portano ad intercettare ed eliminare un numero rilevante di "falsi positivi"[397]. L'indicazione dell'URL previene in radice questo rischio, poiché consente al provider di individuare agevolmente e senza margine di errore l'esemplare illecito già rinvenuto dal segnalatore.

Queste considerazioni portano a concludere che una segnalazione priva di URL non può essere idonea a far scattare un obbligo di intervento a carico del provider ai sensi dell'art. 6 DSA. E questa conclusione sembra valere anche

[397] Il fatto che le operazioni di ricerca dei contenuti illeciti basate su parole-chiave comportino un rilevante rischio di *overblocking* è stato accertato da varie decisioni, tra cui quelle riportate *supra* nella nota n. 394. Cfr. ad esempio Trib. Roma, 7 Aprile 2023, cit., che in una controversia instaurata da Reti Televisive Italiane S.p.a. – in qualità di titolare di diritti d'autore su contenuti audiovisivi – nei confronti di Vimeo LLC – operatore dell'omonima piattaforma di video-sharing – ha ritenuto non sufficientemente precisa una diffida priva degli URL identificativi dei video contestati anche in ragione del fatto che «la ricerca dei video contestati da RTI per parole testuali, effettuata col motore di ricerca della piattaforma Vimeo, tenendo conto del nome dei programmi dai quali gli audiovisivi sono stati tratti, complice il gran numero di falsi positivi e la circostanza che i nomi dati ai video in sede di caricamento dagli utenti (e non da Vimeo) non necessariamente rispecchiavano il titolo del programma televisivo dal quale erano stati abusivamente tratti, oltre a richiedere molto tempo, non ha consentito di individuare un numero percentuale significativo dei video contestati […]»; App. Torino, 18 novembre 2021, cit., dove si legge che «[s]e è, dunque, vero, da un lato […] che il contenuto illecito possa essere in astratto identificato attraverso varie modalità di precisione decrescente […] e cioè l'URL, l'URN e, infine, la indicazione del titolo dell'opera, è senz'altro vero come senza l'URL il processo di eliminazione resti inevitabilmente affidato a processi euristici, rischiando di caratterizzarsi per un margine di errore tale da non garantire la correttezza e la completezza del processo». Nella giurisprudenza tedesca cfr. la recente decisione OLG München 23 marzo 2023, – 29 U 3365/17, in *NJOZ* 2023, 1303, punto 71(2), che ha escluso l'esigibilità da parte del fornitore di una piattaforma di video-sharing di misure di filtraggio dei contenuti protetti da copyright basate su parole-chiave proprio in ragione del rischio di *overblocking* che sarebbe derivato dal loro impiego.

per l'obbligo di *take/stay down* previsto dall'art. 102-*septies*, co. 1, lett. c) l.a. Diversamente ritenendo si dovrebbe infatti presupporre che con le norme ora menzionate il legislatore avrebbe inteso allocare in modo inefficiente i costi generati dai meccanismi di *notice and take/stay down*.

La tesi ora illustrata sembra trovare sostegno anche sul piano legislativo nell'art. 16 DSA, che obbliga l'hosting provider a predisporre strumenti idonei ad agevolare l'invio di *notices* per via elettronica. In particolare il paragrafo 2 impone al prestatore di adottare le misure necessarie per consentire e facilitare la presentazione di segnalazioni contenenti tra l'altro «una chiara indicazione dell'ubicazione elettronica esatta» del contenuto asseritamente illecito «quali l'indirizzo o gli indirizzi URL esatti e, se necessario, informazioni supplementari che consentano di individuare il contenuto illegale adeguat[e] al tipo di contenuto e al tipo specifico di servizio di memorizzazione […]»[398]. Seppur la previsione sia formulata nel senso di configurare un obbligo a carico dell'hosting provider, essa sembra implicitamente porre a carico del segnalatore l'onere di comunicare all'intermediario l'ubicazione elettronica esatta del materiale di cui chiede la rimozione[399].

4. L'INCERTO PRESUPPOSTO PER L'APPLICABILITÀ DEI SAFE HARBOUR: LA NEUTRALITÀ DELL'ATTIVITÀ SVOLTA DAL PROVIDER

4.1. I TERMINI DEL PROBLEMA E LE POSIZIONI ESPRESSE DALLA GIURISPRUDENZA

Nei paragrafi precedenti si sono ricostruite le condizioni alle quali il DSA garantisce l'immunità dall'obbligazione risarcitoria a favore dei prestatori

[398] Cfr. art. 16, par. 2, lett. b) DSA.

[399] In questo senso sembrano esprimersi anche QUINTAIS e SCHWEMER, *The Interplay*, cit., 23 e PURPURA, *Osservazioni*, cit., 22, secondo cui l'art. 14 par. 2 della proposta di DSA (ora art. 16 par. 2 DSA) individuerebbe il contenuto minimo che una segnalazione deve presentare per poter far sorgere la "conoscenza specifica" del provider sensi dell'art. 6 DSA.

di servizi intermediari. Giunti a questo punto della trattazione è necessario affrontare la questione dei *presupposti applicativi* degli artt. 4, 5 e 6 DSA.

A questo riguardo va considerato che secondo costante giurisprudenza della Corte di giustizia – ora cristallizzata al considerando 18 DSA – i regimi di esenzione condizionata dalla responsabilità non trovano applicazione qualora il provider, anziché limitarsi a una fornitura «neutra» del proprio servizio mediante un «trattamento puramente tecnico e automatico» delle informazioni messe online dai suoi clienti, abbia svolto un «ruolo attivo» idoneo a conferirgli una «conoscenza o un controllo» di tali informazioni[400].

Il concetto di "neutralità" del provider è nebuloso e ha generato notevolissima incertezza[401]. Va osservato che nell'ambito della responsabilità per

[400] Cfr. CGUE 23 marzo 2010, in cause riunite C-236-238/08, Google France SARL e Google Inc. c. Louis Vuitton Mallettier SA (C-236/18), *Google France SARL c. Viaticum SA, Luteciel SARL* (C-237/08) e *Google France SARL c. CNRHH SARL, Pierre Alexis Thonet, Bruno Raboin, Tiger SARL* (C-238/18), punti 114-120; CGUE *eBay*, cit., punti 111-117; CGUE 11 settembre 2014, in causa C-291/13, *Sotiris Papasavvas c. O Fileleftheros Dimosia Etaireia Ltd, Takis Kounnafi, Giorgos Sertis, Papasavvas*, punti 39-46; CGUE 7 agosto 2018, in causa C-521/17, *Coöperatieve Vereniging SNB-REACT U.A. c. Deepak Mehta*, punti 46-52; CGUE *YouTube-Uploaded*, cit., punti 105-108. La formulazione utilizzata dalla Corte di giustizia per delineare il requisito della neutralità ricalca il tenore letterale del considerando 42 dir. e-commerce. Sebbene il considerando 42 si riferisca unicamente ai servizi di mere conduit e caching, nelle sentenze ora richiamate la Corte ha ritenuto che il criterio della neutralità ivi tratteggiato andasse esteso anche ai servizi di hosting sulla base di una lettura teleologicamente orientata dell'art. 14 dir. e-commerce. Questa posizione è stata criticata da chi ha osservato che il ragionamento della Corte di giustizia si sarebbe basato su una lettura errata del considerando 42 dir. e-commerce: in questo senso cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale NIILO JÄÄSKINEN in causa *eBay*, cit., punti 147 ss.; RICOLFI, *Contraffazione*, cit., 241; RIORDAN, *The liability*, cit., 402. La posizione della Corte è stata però definitivamente accolta dal legislatore euro-unitario con l'adozione del DSA: il cui considerando 18 DSA afferma ora che tutti e tre i regimi di esenzione condizionata da responsabilità previsti dal regolamento (incluso quello relativo all'hosting) sono applicabili solo a condizione che il provider abbia agito in modo «neutro». Tuttavia il concetto di neutralità non è stato meglio precisato dal legislatore, che ha lasciato aperte le incertezze generatesi durante la vigenza della direttiva e-commerce, come osservato criticamente da SPINDLER, *Der Vorschlag für ein neues Haftungsregime für Internetprovider – der EU-Digital Services Act (Teil 1)*, in *GRUR* 2021, IV, 548.

[401] Cfr. sul tema LEISTNER, *Structural*, cit., 77; RICOLFI, *Contraffazione*, cit., 241 ss.; RIORDAN, *The liability*, 402 ss.; PIRAINO, *Spunti*, cit., 513 ss.; HUSOVEC, *Injunctions*, cit., 54 ss.; MONTAGNANI, *Internet*, cit., 102 ss.; BOCCHINI, *La responsabilità plurisoggettiva*, cit., 2607 ss.; J.B. NORDEMANN, *Liability*, cit., 9; TOSI, *La disciplina*, cit., 233; Conclusioni dell'Avvocato generale SAUGMANDSGAARD ØE in cause *YouTube e Uploaded*, cit., punti 148-168; COMMISSIONE EUROPEA, *Impact assessment*, *Part 1/2*, cit., 31 ss.; ID., *Impact assessment*, *Part. 2/2*, cit., 159 ss.; SPINDLER, *Der Vorschlag*, cit., 548.

violazione del diritto d'autore il problema riveste oggi una rilevanza pratica minore rispetto al passato. La questione in particolare non si pone più per le piattaforme qualificabili come «servizi di condivisione di contenuti online» ai sensi dell'art. 102-sexies l.a. A decorrere dal 7 giugno 2021 infatti questa categoria di servizi è soggetta alla disciplina speciale introdotta dall'art. 17 dir. DSM e trasposta nell'ordinamento italiano nel titolo II-quater l.a., che sarà analizzata nel prossimo capitolo[402]. La nuova disciplina esclude espressamente il fornitore del servizio di condivisione di contenuti online dal campo applicativo del safe harbour riservato all'hosting provider per quanto attiene alla sua responsabilità da lesione del diritto d'autore, che viene regolata dal nuovo regime speciale[403]. Ciò rende superflua ogni valutazione circa la "neutralità" del provider di questo tipo di piattaforme nei casi in cui il giudizio di responsabilità verta in materia di copyright[404].

Nel campo del diritto d'autore la questione della neutralità del provider rileva quindi nei seguenti casi: quelli in cui l'attività svolta dal prestatore non sia qualificabile come servizio di condivisione di contenuti online ai sensi dell'art. 102-sexies l.a.; quelli in cui il servizio rientri nella categoria ora detta ma la violazione del diritto d'autore sia avvenuta in data anteriore al 7 giugno

[402] Il 7 giugno 2021 è la data prevista dall'art. 29 dir. DSM come termine finale concesso agli stati membri per dare attuazione alla direttiva, ed è indicata come *dies a quo* di applicazione della normativa di attuazione italiana dall'art. 3 co. 1 d. lgs. 177/2021.

[403] Cfr. art. 17 par. 3 dir. DSM e art. 102-sexies co. 5 l.a.

[404] Lo stesso non può dirsi per quanto riguarda la responsabilità del prestatore di questo tipo di servizi relativa a contenuti illeciti diversi da quelli lesivi del diritto d'autore. Infatti, come osservato da COGO, *Online content-sharing platforms as users of copyrighted contents*, in *AIDA* 2019, 77 ss., l'art. 17 dir. DSM non qualifica espressamente il prestatore di servizi di condivisione di contenuti online come un hosting provider "attivo" escluso dal beneficio del safe harbour con riguardo a *qualsiasi tipo* di contenuto illecito ospitato sul servizio. Quest'ultimo era l'approccio adottato dalla proposta iniziale della dir. DSM (cfr. in particolare il considerando 38) e dal successivo testo modificato dal Parlamento europeo (cfr. considerando 37a). Diversamente il testo definitivo dell'art. 17 par. 3 dir. DSM non esclude la possibilità che l'art. 14 par. 1 dir. e-commerce (ora art. 6 par. 1 DSA) trovi applicazione nei confronti del prestatore di servizi di condivisione di contenuti online con riguardo ai contenuti illeciti diversi da quelli lesivi del diritto d'autore. Sul punto cfr. anche le considerazioni svolte *infra* nella nota n. 510.

2021 ed esuli quindi *ratione temporis* dal perimetro applicativo della nuova disciplina.

Il tema della neutralità del provider ha acquisito una rilevanza centrale a partire dagli anni '10 del nuovo millennio, quando i titolari dei diritti d'autore hanno cominciato a instaurare un numero crescente di controversie nei confronti delle piattaforme del web 2.0, sostenendo che le stesse non potessero beneficiare del safe harbour riservato ai servizi di hosting. Un breve *excursus* delle posizioni espresse nel tempo dalla giurisprudenza italiana consentirà di mettere a fuoco i termini del problema.

I giudici di merito che per primi sono stati chiamati a pronunciarsi sul punto si sono divisi tra due orientamenti, che riflettono due diverse interpretazioni del concetto di neutralità delineato dalla Corte di giustizia.

Secondo una prima posizione – maggioritaria – sarebbe sufficiente che il provider svolga attività (anche automatizzate) di indicizzazione, catalogazione o suggerimento mirato dei contenuti caricati dagli utenti affinché esso perda la propria neutralità e sia qualificabile come "hosting provider attivo" (o secondo alcune decisioni come "content provider" escluso *tout court* dalla categoria dei prestatori intermediari)[405].

A questo orientamento si contrappone la posizione – minoritaria – secondo cui il gestore di una piattaforma beneficia del safe harbour anche se pone in essere operazioni come quelle sopra menzionate, poiché solo un intervento volto a selezionare o manipolare il *contenuto* delle informazioni caricate dagli utenti sarebbe idoneo a far venir meno il carattere della neutralità[406].

[405] In questo senso cfr. Trib. Roma, ord. 16 dicembre 2009, in *Dir. inf.* 2010, 258; Trib. Milano 20 gennaio 2011, in *Dir. ind.* 2012, 243; Trib. Roma, ord. 20 ottobre 2011, in *AIDA* 2012, *1510*; Trib. Milano, 7 giugno 2011, ivi 2013, *1538*; Trib. Milano, 9 settembre 2011, cit.; Trib. Roma, 15 luglio 2016, in *AIDA* 2016, *II.1135*; App. Roma, 29 aprile 2017, ivi 2017, *II.1194*; Trib. Roma, 10 gennaio 2019, cit.

[406] In questo senso cfr. App. Milano, 7 gennaio 2015, cit.; Trib. Torino, 7 aprile 2017, cit.; Trib. Torino, 24 gennaio 2018, cit.

Con la sentenza n. 7708 del 19 marzo 2019 la Corte di cassazione ha statuito che il prestatore dev'essere qualificato come «hosting provider attivo» – sottratto al regime agevolato e soggetto alle regole previste dagli artt. 2043 ss. c.c. – qualora il suo servizio presenti sufficienti «indici di interferenza» idonei a configurare una condotta illecita di *azione* del provider in concorso con l'atto lesivo realizzato dall'utente[407]. Tra gli indici di interferenza indicati in via esemplificativa dalla Corte figurano non solo attività di «uso, modifica, estrazione o promozione dei contenuti», ma anche operazioni di «indicizzazione, organizzazione, catalogazione, aggregazione» degli stessi, nonché «l'adozione di tecniche di valutazione comportamentale degli utenti per aumentarne la fidelizzazione». Più in generale la decisione ha osservato che si deve trattare di attività realizzate mediante una gestione imprenditoriale del servizio che abbiano l'effetto di «completare e arricchire in modo non passivo la fruizione dei contenuti».

Le indicazioni fornite dalla Corte di cassazione lasciano spazio a diverse letture. In particolare la decisione non ha specificato quante tra le attività elencate debbano essere concretamente svolte dal provider perché il suo servizio assuma una connotazione attiva: il giudice si è limitato ad osservare che esse non devono essere necessariamente tutte compresenti. Inoltre la Corte non ha chiarito se le attività ora dette debbano considerarsi svolte «in modo non passivo» anche qualora siano realizzate in maniera completamente automatizzata[408]. A questo riguardo va osservato che nel caso di specie la Corte ha

[407] Più specificamente la Corte di cassazione ha statuito che «[l]a distinzione tra hosting provider attivo e passivo può, a ben vedere, agevolmente inquadrarsi nella tradizionale teoria della condotta illecita, la quale può consistere in un'azione o in un'omissione, in tale ultimo caso con illecito omissivo in senso proprio, in mancanza dell'evento, oppure, qualora ne derivi un evento, in senso improprio; a sua volta, ove l'evento sia costituito dal fatto illecito altrui, si configura l'illecito commissivo mediante omissione in concorso con l'autore principale. / La figura dell'hosting provider attivo va ricondotta alla fattispecie della condotta illecita attiva di concorso». Sulla distinzione tra condotta colposa rispettivamente omissiva e commissiva cfr. le considerazioni e gli autori citati *supra* nella nota n. 345.

[408] Il problema non è passato inosservato in dottrina. Sul punto cfr. tra gli altri TOSI, *La disciplina*, cit., 263 ss., secondo cui la sentenza della Corte di cassazione andrebbe letta nel senso che il

escluso che la piattaforma *Yahoo! Video* fosse qualificabile come hosting attivo, nonostante fosse pacifico che il provider impiegasse sofisticati strumenti tecnologici di indicizzazione e suggerimento automatico dei contenuti, che miglioravano l'esperienza dell'utente e ad un tempo massimizzavano i profitti dell'operatore derivanti dalla vendita di spazi pubblicitari associati ai contenuti stessi[409]. Più specificamente la Corte ha escluso che siffatte caratteristiche fossero idonee a mutare la natura del servizio da passivo ad attivo, in quanto esse non comportavano una «manipolazione dei dati immessi»[410]. La decisione presenta dunque "due facce": sul piano astratto la Corte ha tratteggiato una nozione ampia di "hosting attivo" simile a quella elaborata dall'orientamento maggioritario della giurisprudenza di merito; la valutazione operata sul piano concreto riflette invece un approccio più vicino alla posizione minoritaria e suggerisce particolare cautela nell'escludere l'applicabilità del safe harbour.

Successivamente alla sentenza ora esaminata sono state emesse alcune decisioni del Tribunale di Roma che hanno dato continuità all'orientamento maggioritario già sposato in precedenza dal medesimo ufficio giudiziario[411]. In particolare si è ritenuto che l'impiego di strumenti automatizzati di profilazione degli utenti e suggerimento mirato dei contenuti *user-generated,* eventualmente abbinati a messaggi pubblicitari, costituisca un indice sufficiente a

provider perde il beneficio dell'irresponsabilità soltanto qualora ponga in essere una condotta imprenditoriale attiva e consapevole, non meramente automatica, di indicizzazione e organizzazione dei contenuti al fine di ottenere utili d'impresa. L'autore sottolinea che è necessario adottare particolare prudenza nel valutare l'esclusione dell'esimente e l'applicazione del regime di responsabilità per fatto illecito comune, onde evitare di svuotare di significato la disciplina di favore riservata all'hosting provider. Diversamente, secondo la lettura di RESTELLI, *Le piattaforme*, cit., 80 e 81 la Corte di cassazione avrebbe inteso tratteggiare una figura di hosting provider attivo molto ampia e tale da ricomprendere qualsiasi piattaforma che utilizzi strumenti algoritmici di organizzazione dei contenuti ospitati.

[409] Cfr. Trib. Milano, 9 settembre 2011, cit., che nel primo grado del giudizio conclusosi con la sentenza ora commentata aveva accertato che il provider della piattaforma *Yahoo! Video* si serviva di appositi software per organizzare i contenuti caricati dagli utenti e abbinarli a spazi pubblicitari, secondo uno schema complessivamente volto a ottenere profitti e non soltanto a coprire i costi del servizio.

[410] Per una critica a questo passaggio della sentenza cfr. TOSI, *La disciplina*, cit., 236.

[411] Cfr. *supra* le decisioni citate alla nota n. 405.

desumere il ruolo attivo del prestatore[412]. La stessa Corte di cassazione, in una ordinanza successiva alla sentenza n. 7708 del 2019, ha osservato che le attività automatizzate di «cernita e riordino» dei contenuti basate su tecniche di profilazione dell'utenza sarebbero idonee a far venir meno la neutralità dell'hosting provider[413].

Nel contesto ora descritto è intervenuta la sentenza della Grande Sezione della Corte di giustizia del 22 giugno 2021 nelle cause riunite C-682/18 e C-683/18 (d'ora in avanti "sentenza *YouTube-Uploaded*")[414]. Questa decisione ha reso statuizioni parzialmente in contrasto con l'orientamento maggioritario della giurisprudenza di merito italiana sopra ricordato.

In particolare la Corte si è espressa nel senso che lo svolgimento di attività automatizzate di indicizzazione, ricerca e suggerimento di contenuti in funzione del profilo o delle preferenze dei destinatari non è sufficiente a conferire un ruolo attivo al provider[415]. La statuizione della Corte è ora

---

[412] Cfr. Trib. Roma, 22 gennaio 2021, cit.; Trib. Roma, 2 ottobre 2019, in *IDA* 2019, 722; Trib. Roma, 12 luglio 2019, n. 14760, cit.; Trib. Roma, 12 luglio 2019, n. 14757, in *AIDA* 2020, *II.386*, dove si legge che «anche l'organizzazione dell'archiviazione e della catalogazione preventiva mediante la predisposizione di Cookies p[uò] costituire un elemento di manipolazione, o di assenza di neutralità, almeno nella misura in cui la predisposizione di cookies tarati ad un determinato risultato, effettuati da tecnici informatici (per esempio per la fornitura di pubblicità mirata) e la catalogazione dei contenuti, alterino la naturale collocazione dei documenti stoccati e ne determinino differente visibilità e ricorrenza nelle ricerche. / Si tratta quindi di un'archiviazione forse automatica […] ma sicuramente non "neutra" nel senso inteso dalla direttiva ed interpretato dalle Corti, perché finalizzata ad una gestione dei dati ad esclusivo profitto della società convenuta e che presuppone un vaglio dei contenuti memorizzati».

[413] Cfr. Cass. 13 dicembre 2021, cit., dove si legge che «[l]e attività elencate […] non possono nemmeno essere declassate fino a considerarle condotte neutre e di mera intermediazione […]. Al riguardo, va rammentato che i servizi prestati on line e, segnatamente, l'attività di hosting hanno subito nel corso degli ultimi anni un'evoluzione radicale. La cernita ed il riordino dei contenuti, lungi dall'essere assorbiti dalla nozione di mera memorizzazione, sono invece oggigiorno il cuore dell'attività economica di un hosting provider. Grazie a sistemi di data mining […] e di elaborazione massiva di big data, questi prestatori di servizi sono in grado di trarre enormi guadagni dalla loro attività di hosting. Attraverso complessi sistemi di profilazione dell'utenza, gli operatori hanno la capacità di intercettare le preferenze dell'utenza, in modo da variare l'offerta dei contenuti a seconda dei destinatari e di aumentare a dismisura le visualizzazioni, di fatto contribuendo, in modo causalmente determinante, alla diffusione o meno di prodotti illeciti».

[414] CGUE *YouTube-Uploaded*, cit.

[415] Ivi, punto 114. Come osservato da RESTELLI, *Le piattaforme*, cit., 82, è bene precisare che nel passaggio ora menzionato la Corte di giustizia non si riferisce espressamente alla nozione di "ruolo

cristallizzata sul piano legislativo al considerando 22 DSA[416]. La *ratio* di questa soluzione è espressa nell'*impact assessment* relativo alla proposta di Digital Services Act pubblicato dalla Commissione europea. Il documento evidenzia che attività automatizzate di questo tipo sono indispensabili per consentire agli utenti di fruire comodamente della mole immensa di contenuti circolanti sulle piattaforme, pertanto esse non dovrebbero rilevare quali indici da cui desumere un ruolo attivo del prestatore: pena un disincentivo allo sviluppo di funzioni tecniche socialmente desiderabili[417].

Per ragioni simili la sentenza *YouTube-Uploaded* ha formulato anche la cosiddetta "regola del buon Samaritano" ora codificata all'art. 7 DSA[418]: in base alla quale il provider che effettui con buona fede e diligenza un controllo sui contenuti pubblicati dagli utenti al fine di rimuovere quelli illeciti non perde per ciò solo la neutralità necessaria a beneficiare del safe harbour[419].

---

attivo", ma a quella di "conoscenza specifica" prevista dall'art. 14 par. 1 dir. e-commerce (ora art. 6 par. 1 DSA). Tuttavia l'affermazione per cui le attività automatizzate di indicizzazione, ricerca e suggerimento di contenuti non sono sufficienti a configurare la "conoscenza specifica" del provider ai sensi dell'art. 14 par. 1 dir. e-commerce implica che l'art. 14 par. 1 dir. e-commerce *possa* trovare applicazione nei confronti prestatore che svolge operazioni di questo tipo, e quindi che il provider possa rivestire un ruolo "passivo" nonostante esso svolga queste operazioni. Del resto, nel caso deciso dalla sentenza ora esaminata era pacifico che la piattaforma *YouTube* includesse funzioni di indicizzazione, catalogazione e suggerimento automatico di contenuti in base ai gusti degli utenti (cfr. punto 30 della decisione). Se la Corte avesse ritenuto sufficiente lo svolgimento di queste attività per escludere l'applicabilità del safe harbour lo avrebbe statuito. Al contrario, la Corte ha contemplato espressamente la possibilità che la piattaforma *YouTube* benefici dell'esenzione da responsabilità prevista dall'art. 14 dir. e-commerce (cfr. punti 109 ss. della decisione). Sul punto si tornerà nel prossimo paragrafo.

[416] Rispetto al quale valgono le osservazioni svolte nella precedente nota n. 415.

[417] Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Impact assessment*, *Part 1*, cit., 32; ID., *Impact assessment, Part 2*, cit., 159. In questo senso in dottrina cfr. già SARTOR, *Social networks*, cit., 55, secondo cui «la neutralità del provider consiste nel fornire un ambiente per la distribuzione e la propagazione di contenuti di un certo tipo da parte dell'utenza, secondo le condizioni indicate nel contratto, funzione che rimane tale anche quando il provider non sia completamente passivo (limitandosi a fornire lo spazio Web) ma faciliti l'accesso ai contenuti (indicizzandoli e ordinandoli), e rimuova i contenuti che a suo giudizio non rispettino le condizioni indicate nel contratto (salva la possibilità di reazione giuridica dell'autore che ritenga che il provider abbia operato tale esclusione in modo scorretto o discriminatorio)».

[418] Sul quale cfr. le osservazioni svolte *supra* nel paragrafo 3.1 di questo capitolo terzo.

[419] Cfr. CGUE *YouTube-Uploaded*, cit., punto 109, nonché l'art. 7 e il cons. 26 DSA. In dottrina sul tema cfr. gli autori citati *supra* nella nota n. 299. Alla luce della regola del «buon samaritano» ora introdotta anche sul piano legislativo deve dunque considerarsi definitivamente superata la posizione

Al contempo però la Corte ha stabilito che il provider non svolge un ruolo neutro qualora realizzi, ai sensi dell'art. 3 dir. UE 2001/29 (d'ora in avanti "dir. Infosoc"), atti illeciti di "comunicazione al pubblico" di contenuti protetti dal diritto d'autore caricati dai propri utenti[420]. Questo aspetto della decisione merita di essere approfondito poiché contribuisce a definire la nozione di neutralità del provider e impatta in modo rilevante sul sistema di responsabilità dei prestatori di servizi intermediari in materia di diritto d'autore.

4.2. LA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA NEL CASO *YOUTUBE-UPLOADED*

Per apprezzare la rilevanza della sentenza *YouTube-Uploaded* nella ricostruzione del sistema della responsabilità degli intermediari da lesione del diritto d'autore è opportuno svolgere una breve premessa relativa all'art. 3 dir. Infosoc. La disposizione armonizza il contenuto del diritto patrimoniale d'autore di comunicazione al pubblico[421]. La Corte di giustizia è stata chiamata varie volte a fornire chiarimenti circa il perimetro del concetto di "comunicazione al pubblico" tratteggiato dalla norma. Una ricognizione della copiosa giurisprudenza formatasi in materia esula dagli scopi del presente lavoro[422].

---

espressa in passato da alcune sentenze di merito italiane, tra cui Trib. Milano, 9 settembre 2011, cit., secondo cui «assumendosi direttamente un autonomo onere di controllo […] sulla liceità del materiale pubblicato, [il provider] si pon[e] su di un piano diverso da quello del semplice fornitore di *hosting*».

[420] Cfr. CGUE *YouTube-Uploaded*, cit., punti 107-108.

[421] Sul diritto esclusivo di comunicazione al pubblico cfr. RICOLFI, *Comunicazione al pubblico e distribuzione*, in *AIDA* 2002, 48 ss.; G. GUGLIELMETTI, *Il diritto di comunicazione e messa a disposizione del pubblico*, ivi 2010, 147 ss.; BERTANI, *Diritto d'autore europeo,* Giappichelli, Torino, 2011, 167 ss.; COGO, *Linking e framing al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in *Giur it.* 2014, 2201 ss.; ID., *L'armonizzazione comunitaria del diritto patrimoniale d'autore*, in *AIDA* 2016, 433 ss.; SPEDICATO, *Il diritto di comunicazione e di messa a disposizione del pubblico*, ivi 2017, 264 ss.; OHLY, *The broad concept of "communication to the public" in recent CJEU judgments and the liability of intermediaries: primary, secondary or unitary liability?*, in *GRUR Int*. 2018, 517 ss.; P. GALLI, in commento all'art. 16 l.a., in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, VII ed., Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2019, 1720 ss.; COGO, *Diritti d'autore e connessi*, in BERTANI, COGO, FABBIO, GENOVESE e OTTOLIA, *Lineamenti di diritto industriale. Concorrenza e proprietà intellettuale*, Wolters Kluwer, Milano, 2024, 562 ss.

[422] Per una ricognizione cfr. ROSATI, *Copyright and the Court of Justice of the European Union*, II ed., Oxford University Press, Oxford, 2019, 94 ss.; KOO, *The EU right of communication to the public*

Quel che è importante osservare ai fini di questa trattazione è che secondo l'interpretazione della Corte l'art. 3 dir. Infosoc non si limita a definire l'estensione oggettiva dell'attività riservata di comunicazione al pubblico, ma armonizza anche i criteri soggettivi di imputazione della responsabilità risarcitoria derivante dalla sua violazione[423].

In particolare, con una serie di decisioni rese a partire dal caso *Svensson*[424] la Corte ha stabilito che a determinate condizioni possono rientrare nella nozione di "comunicazione al pubblico" anche attività che sul piano fenomenico non includono una trasmissione della risorsa protetta[425], ma contribuiscono a renderla accessibile al pubblico inserendosi "a valle" di una comunicazione illecita già effettuata da terzi tramite la rete internet. Più specificamente la Corte ha ritenuto potenzialmente qualificabili come "comunicazione al pubblico" le seguenti attività: la pubblicazione online di un collegamento ipertestuale a un sito che mette illecitamente a disposizione contenuti protetti[426]; la vendita di un lettore multimediale al cui interno sono preinstallate estensioni, disponibili su Internet, le quali contengono collegamenti ipertestuali a siti che pubblicano illecitamente contenuti protetti[427]; la gestione di un portale online che indicizza *file torrent* o altri metadati i quali consentono di

– *still looking for a good link*, in ROSATI (a cura di), *The Routledge handbook of EU copyright law*, Routledge, Abingdon, 2021, 173 ss.

[423] Cfr. J.B. NORDEMANN, *Neu: Täterschaftliche Haftung von Hostprovidern im Urheberrecht bei (Verkehrs-)Pflichtverletzungen im Internet*, in *ZUM* 2022, 810.

[424] Cfr. CGUE 13 febbraio 2014, in causa C-466/12, *Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd c. Retriever Sverige AB*, in *AIDA* 2014, *1586* (d'ora in avanti "CGUE *Svensson*").

[425] Trasmissione che, in base al considerando 23 dir. Infosoc, dovrebbe costituire un elemento necessario affinché un'attività possa essere qualificata come "comunicazione al pubblico": «detto diritto dovrebbe comprendere qualsiasi trasmissione o ritrasmissione di un'opera al pubblico, su filo o senza filo, inclusa la radiodiffusione, e non altri atti». Questo aspetto è sottolineato in EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, *Opinion on the reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson*, in *europeancopyrightsociety.org*.

[426] Cfr. CGUE *Svensson*, cit., punti 14-32; CGUE 8 settembre 2016, in causa C-160/15, *GS Media BV c. Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker,* in *AIDA* 2017, *1773* (d'ora in avanti "CGUE *GS Media*"), punti 25-55.

[427] Cfr. CGUE 27 aprile 2017, in causa C-527/15, *Stichting Brein c. Jack Frederik Wullems*, in *AIDA* 2017, *1784* (d'ora in avanti "CGUE *Filmspeler*"), punti 23-53.

scaricare risorse protette tramite una rete *peer-to-peer*[428]. Secondo l'interpretazione del giudice di Lussemburgo, le attività ora menzionate sono qualificabili come "comunicazione al pubblico" ai sensi dell'art. 3 dir. Infosoc solo se sussistono una serie di condizioni. Tra queste la Corte ha annoverato anche lo stato soggettivo di conoscenza o ignoranza colpevole circa il fatto che il contenuto protetto cui si contribuisce a dare accesso sia stato originariamente comunicato al pubblico senza l'autorizzazione del titolare del diritto[429]. È quindi chiaro che nelle sentenze ora richiamate la Corte ha utilizzato la nozione di "comunicazione al pubblico" non tanto (o non solo) per ricostruire l'ampiezza oggettiva dell'attività riservata al titolare dell'esclusiva, ma anche e soprattutto per armonizzare la disciplina della *responsabilità* da (concorso colposo nella) lesione di tale diritto[430].

Con la decisione *YouTube-Uploaded* la Grande Sezione della Corte ha dato continuità all'approccio adottato con le decisioni sopra richiamate. Essa in particolare ha ricavato in via interpretativa dall'art. 3 dir. Infosoc i criteri attraverso cui imputare la responsabilità da lesione del diritto d'autore a carico dei fornitori di determinati servizi di hosting[431]. La sentenza si è poi

---

[428] Cfr. CGUE 14 giugno 2017, in causa C-610/15, *Stichting Brein c. Ziggo BV, XS4ALL Internet BV*, in *AIDA* 2017, *1785* (d'ora in avanti "CGUE *The Pirate Bay*"), punti 18-48.

[429] Cfr. CGUE *GS Media*, cit., punti 47-55; CGUE *Filmspeler,* cit., punti 49-51; CGUE *The Pirate Bay*, cit., punti 45-46. Il rilievo conferito dalla Corte di giustizia a elementi di natura soggettiva al fine di valutare la sussistenza di un atto di comunicazione al pubblico è sottolineato criticamente da SPEDICATO, *Il diritto*, cit., 292 ss.

[430] Cfr. J.B. NORDEMANN, *Neu: Täterschaftliche*, cit., 809, il quale osserva che secondo l'interpretazione della Corte di giustizia la disciplina prevista dall'art. 3 dir. Infosoc presenta due dimensioni: da un lato essa armonizza l'ampiezza del diritto patrimoniale d'autore di comunicazione al pubblico, dall'altro disciplina il profilo della responsabilità aquiliana. Vari autori hanno osservato che adottando questo approccio la Corte ha confuso i confini tra le categorie di diritto anglossone della *primary liability* e della *secondary liability*: cfr. GINSBURG, *The Court of Justice of the European Union Creates an EU Law of Liability for Facilitation of Copyright Infringement: Observations on Brein v. Filmspeler [C-527/15] (2017) and Brein v. Ziggo [C-610/15] (2017)*, *Columbia Law & Economics Working Paper No. 572*; OHLY, *The broad concept,* cit., 529; ANGELOPOULOS, *Harmonising Intermediary Copyright Liability in the EU: a Summary,* in FROSIO (a cura di), *The Oxford Handbook,* cit., 317.

[431] Così facendo la Corte ha rigettato la soluzione proposta dall'Avvocato Generale SAUGMANDSGAARD ØE, che nelle proprie conclusioni aveva invitato il giudice a riconsiderare l'approccio adottato con le decisioni precedenti e così a "epurare" il concetto di comunicazione al pubblico da elementi

pronunciata sul rapporto tra il regime di responsabilità ricavabile dall'art. 3 dir. Infosoc e quello (di irresponsabilità) previsto dall'art. 14 dir. e-commerce (ora art. 6 DSA).

I servizi di hosting oggetto della decisione erano la piattaforma di video-sharing *YouTube*[432] e il servizio c.dd. di cyber-locking o share-hosting *Uploaded*[433]. I due servizi presentavano caratteristiche notevolmente diverse, come emerge dalle descrizioni fornite dai giudici del rinvio con riferimento al tempo in cui si svolsero i fatti di causa.

Più specificamente, la piattaforma *YouTube* consentiva ai propri utenti di condividere contenuti audiovisivi che la piattaforma ospitava, diffondeva e organizzava in via algoritmica attraverso funzioni di indicizzazione, catalogazione e suggerimento mirato ai singoli user. Gli introiti per il provider derivavano principalmente dalla messa a disposizione di spazi pubblicitari a inserzionisti terzi[434].

Uploaded consentiva ai propri utenti di caricare file digitali di vario tipo, che il servizio memorizzava "in cloud". Per ogni file caricato il servizio generava e inviava automaticamente all'utente un collegamento ipertestuale (c.d. download link) che consentiva di scaricare il contenuto. A differenza di *YouTube* i file caricati dagli utenti non erano organizzati, catalogati né suggeriti da *Uploaded*, che si limitava a ospitarli e a fornire i relativi download link. Tuttavia, una volta ricevuto un download link l'utente poteva liberamente condividerlo sulla rete e chiunque fosse munito di un account *Uploaded* poteva cliccare su un qualsiasi download link e scaricare gratuitamente i relativi contenuti. Per chi fosse munito di un account gratuito le possibilità di download

---

di natura soggettiva quali la conoscenza o la negligenza: cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale SAUGMANDSGAARD ØE in cause *YouTube e Uploaded*, punti 64 e 94-106.

[432] Oggetto della causa C-682/18.

[433] Oggetto della causa C-683/18.

[434] Cfr. la descrizione contenuta nelle Conclusioni dell'Avvocato generale SAUGMANDSGAARD ØE in cause *YouTube e Uploaded*, punti 14 ss.

erano limitate per quantità e rapidità, mentre acquistando un abbonamento era possibile scaricare un volume maggiore di contenuti a velocità superiore. Il modello economico di *Uploaded* era fondato sulla vendita di tali abbonamenti. *Uploaded* prevedeva poi un programma di partnership in base al quale taluni utenti potevano ricevere una remunerazione in base al numero di download dei propri file[435].

Come si vedrà nel prossimo capitolo, *YouTube* è qualificabile come "servizio di condivisione di contenuti online" ai sensi dell'art. 102-sexies l.a., mentre lo stesso non vale per *Uploaded*[436]. Con la sentenza ora esaminata la Corte ha espressamente chiarito che la disciplina introdotta dall'art. 17 dir. DSM (attuata dagli artt. 102-sexies ss. l.a.) non è applicabile alle attività svolte dagli hosting provider prima dell'entrata in vigore della riforma (7 giugno 2021)[437]. In tal modo la Corte ha riconosciuto la portata innovativa e non meramente ricognitiva del regime di responsabilità previsto dall'art. 17 dir. DSM. Quest'ultimo ha dunque natura speciale rispetto a quello ricavabile dall'art. 3 dir. Infosoc che forma oggetto della decisione qui esaminata[438]. Ne consegue che il regime di responsabilità delineato dalla Corte con la sentenza *YouTube-Uploaded* si applica: (i) agli hosting provider oggi qualificabili come «prestatori di servizi di condivisione di contenuti online» con riguardo alle violazioni del diritto d'autore avvenute anteriormente al 7 giugno 2021; (ii) senza

[435] Ibid., punti 30 ss.

[436] Come si è visto infatti il servizio *Uploaded* non include un'attività di organizzazione dei contenuti caricati dagli utenti, che è un elemento costitutivo della fattispecie prevista dall'art. 2 dir. DSM e dall'art. 102-sexies l.a. Si rinvia sul punto all'analisi svolta nel prossimo capitolo quarto.

[437] Cfr. CGUE *YouTube-Uploaded*, cit., punto 59.

[438] Cfr. QUINTAIS e ANGELOPOULOS, *YouTube and Cyando, Joined Cases C-682/18 and C-683/18 (22 June 2021): Case Comment*, in *Auteursrecht, Issue 1, No. 1* (2022), 46 ss.; LAVAGNINI, *La responsabilità civile delle piattaforme online: il ruolo del fine di profitto*, in nota a Trib. Milano, 8 settembre 2022, *2006*, in *AIDA* 2023, 764.

limitazioni temporali ai fornitori di servizi di hosting che, come *Uploaded*, esulano dal regime speciale disciplinato dagli artt. 102-sexies ss. l.a.[439].

Venendo ora al contenuto della decisione, essa ha stabilito che il fornitore di un servizio di hosting come *YouTube* o *Uploaded* «non effettua una comunicazione al pubblico» (leggasi non è responsabile in via aquiliana) dei contenuti protetti caricati illecitamente dai propri utenti, salvo che il prestatore contribuisca in modo «intenzionale», al di là della mera fornitura del proprio servizio, a dare accesso al pubblico a siffatti materiali lesivi[440]. La valutazione circa la sussistenza di un «intervento intenzionale» del provider dev'essere effettuata alla luce di tutti gli elementi che caratterizzano la fattispecie concreta[441]. A questo riguardo la Corte ha individuato tre tipologie di situazioni in cui la condotta del provider va certamente qualificata come illecita ai sensi dell'art. 3 dir. Infosoc[442]:

a) la prima è quella in cui il provider sia «concretamente al corrente» («*has specific knowledge*») della presenza non autorizzata di un contenuto protetto sul proprio servizio e si astenga dal rimuoverlo o bloccarne l'accesso tempestivamente[443];

b) la seconda è quella in cui il provider «sa o dovrebbe sapere che, in generale», contenuti protetti vengono illecitamente caricati dai propri utenti e si astenga dall'adottare «le opportune misure tecniche che ci si può attendere da un operatore normalmente diligente nella sua situazione per contrastare in modo credibile ed efficace violazioni del diritto d'autore»[444];

---

[439] Cfr. LAVAGNINI, *La responsabilità civile,* cit., la quale osserva che con la sentenza ora esaminata «la Corte di giustizia ha definito le condizioni di responsabilità degli hosting provider in tutti i casi in cui questi non siano qualificabili come OCSSP (anche *ratione temporis*)».

[440] Cfr. CGUE *YouTube-Uploaded*, cit., punti 83-102.

[441] Ivi, punto 83.

[442] Ivi, punto 102.

[443] Ibid.

[444] Ibid. Al riguardo NORDEMANN, *Neu: Täterschaftliche*, cit., 809, ha osservato che l'aggettivo «intenzionale» utilizzato dalla Corte è fuorviante perché sembrerebbe fare riferimento a una condotta di

c) la terza è quella in cui il provider contribuisca dolosamente alla diffusione di contenuti lesivi del diritto d'autore, ad esempio partecipando alla loro selezione, fornendo strumenti specificamente destinati a tale scopo, o adottando un modello economico che incentiva gli utenti ad agire in questo modo [445].

Così definiti gli indici da cui desumere un «contributo intenzionale» del provider, la Corte ha chiarito che nel caso in cui si verifichi una delle situazioni sopra elencate il ruolo svolto dal prestatore non può definirsi neutro, e per conseguenza non può trovare applicazione il regime di esenzione condizionata dalla responsabilità previsto dall'art. 14 dir. e-commerce (ora art. 6 DSA)[446]. Viceversa, la Corte ha espressamente ricondotto entro il perimetro applicativo del safe harbour il provider che fornisca il proprio servizio nel rispetto degli standard di condotta imposti dall'art. 3 dir. Infosoc – e ciò anche nell'ipotesi in cui il prestatore svolga attività di organizzazione e suggerimento mirato dei contenuti, come nel caso di *YouTube*[447].

Dai passaggi ora riportati si evince che, nell'ottica della Corte, il fatto che un hosting provider svolga attività automatiche di organizzazione e suggerimento dei contenuti non costituisce un indice necessario né sufficiente a qualificare come "attiva" la sua condotta. Determinante a questo proposito è invece il fatto che il servizio generi un rischio rilevante di violazione del diritto d'autore[448] e che il provider, pur conoscendo o dovendo conoscere tale rischio,

---

carattere doloso, mentre dal passaggio ora menzionato della sentenza emerge che la responsabilità del provider può sorgere anche da un comportamento negligente.

[445] CGUE *YouTube-Uploaded*, cit., punto 102.

[446] Ivi, punti 107 e 108.

[447] Ivi, punti 109-118.

[448] In questo senso sembra da leggere la condizione descritta dalla Corte secondo cui il provider «sa o dovrebbe sapere che, in generale, contenuti protetti sono illecitamente messi a disposizione del pubblico tramite la sua piattaforma» (cfr. CGUE *YouTube-Uploaded*, cit., punto 102). Questa situazione, al ricorrere della quale la Corte subordina la sussistenza dell'obbligo di adottare misure tecniche di mitigazione del rischio, non sembra ravvisabile nei casi in cui le violazioni del diritto d'autore costituiscano un'evenienza sporadica all'interno di un servizio di hosting. Va infatti tenuto a mente che la sentenza qui esaminata riguarda due servizi (*YouTube* e *Uploaded*) caratterizzati da un elevato rischio

ometta di adottare secondo la normale diligenza misure tecniche idonee a mitigarlo. La Corte ha infatti statuito che questa condotta negligente è idonea a configurare un ruolo attivo anche in capo al provider di un servizio di hosting (come *Uploaded*) che non operi alcun tipo di organizzazione dei contenuti ospitati. D'altra parte, dalla sentenza emerge che la predisposizione diligente di misure di contrasto alle violazioni del diritto d'autore consente l'applicabilità del safe harbour anche al provider di un servizio come *YouTube*, che organizza e suggerisce i contenuti tramite complessi sistemi algoritmici.

4.3. LA GIURISPRUDENZA ITALIANA E QUELLA TEDESCA SUCCESSIVE ALLA SENTENZA *YOUTUBE-UPLOADED*

La sentenza *YouTube-Uploaded* ha generato notevolissima incertezza nella giurisprudenza italiana. È significativo a questo riguardo il caso della piattaforma di video-sharing *Vimeo*, la quale è stata oggetto di decisioni che hanno espresso tre orientamenti diversi in giudizi relativi a fattispecie concrete sostanzialmente analoghe. Le decisioni hanno applicato *ratione temporis* la disciplina armonizzata dall'art. 3 dir. Infosoc, sulla quale si è pronunciata la Corte di giustizia con la sentenza sopra esaminata. Esse però sono giunte a conclusioni differenti proprio con riguardo al profilo sopra evidenziato, vale a dire quello delle misure tecniche di contrasto alle violazioni del diritto d'autore che devono ritenersi esigibili da parte dell'hosting provider.

In particolare, una decisione ha stabilito che *Vimeo* fosse tenuta ad adottare un sistema di filtraggio preventivo e automatizzato dei contenuti protetti dal diritto d'autore; ha ritenuto che la mancata adozione di questa misura fosse di per sé idonea a configurare una condotta colposa del provider; e ha

di violazione del diritto d'autore. Per quanto riguarda *YouTube*, il rischio è noto e ha portato il provider a sviluppare il sistema *Content ID* (cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale SAUGMANDSGAARD ØE in cause *YouTube e Uploaded*, punto 22). Per quanto riguarda *Uploaded*, nella sentenza qui esaminata si legge che «la Cyando è stata informata del fatto che sono state caricate sulla sua piattaforma più di 9500 opere, relativamente alle quali, in violazione del diritto d'autore, i link per il download sono stati condivisi su Internet su circa 800 siti diversi (raccolte di link, blog, forum)».

condannato il prestatore a risarcire il danno prodottosi a partire dal momento in cui i contenuti lesivi erano stati caricati sulla piattaforma, nonostante il titolare della privativa avesse segnalato e chiesto la rimozione di tali contenuti solo in un momento successivo[449].

Adottando un approccio meno severo, due sentenze hanno stabilito che *Vimeo* fosse tenuta a impiegare tecnologie di riconoscimento automatico dei contenuti lesivi del diritto d'autore volte a prevenire il loro caricamento sul servizio; tuttavia hanno specificato che una condotta colposa del provider potesse sorgere solo a seguito e per effetto di una segnalazione del titolare della privativa, la quale doveva indicare quantomeno il titolo dei brani audiovisivi da rimuovere e bloccare in futuro; e pertanto hanno condannato *Vimeo* a risarcire unicamente il danno prodottosi successivamente alla ricezione della segnalazione[450].

Infine, un terzo e ultimo orientamento ha ritenuto che *Vimeo* non fosse tenuta ad adottare sistemi automatizzati volti a prevenire il caricamento di contenuti audiovisivi protetti dal diritto d'autore; ha escluso la sussistenza di un ruolo attivo del provider alla luce dei criteri individuati nella sentenza *YouTube-Uploaded*, valorizzando tra l'altro il fatto che il servizio includesse una funzione che consentiva di segnalare agevolmente i contenuti lesivi; e ha rigettato la domanda di condanna al risarcimento del danno, applicando il safe harbour riservato all'hosting provider e specificando che l'obbligo di *take down* sorge solo con riguardo ai materiali segnalati tramite l'indicazione del relativo indirizzo URL[451]. Una pronuncia di identico contenuto è stata resa nei confronti della piattaforma di video-sharing *V Kontakte*[452].

---

[449] Cfr. App. Roma, 12 ottobre 2023, inedita, che ha confermato Trib. Roma, 12 luglio 2019, n. 14760, cit.

[450] Cfr. App. Roma, 21 luglio 2022, in *AIDA* 2023, *II.607*, che ha confermato Trib. Roma, 10 gennaio 2019, cit.; Trib. Roma, 18 ottobre 2022, in *AIDA* 2023, *II.612*.

[451] Cfr. Trib. Roma, 7 aprile 2023, in *AIDA* 2023, *II.640*.

[452] Cfr. Trib. Roma, 12 ottobre 2023, inedita.

Lo scenario appare notevolmente diverso nella giurisprudenza tedesca. Qui infatti il *Bundesgerichtshof* ha chiaramente statuito che alla luce della sentenza *YouTube-Uploaded* l'hosting provider che sia o dovrebbe essere a conoscenza del fatto che sul proprio servizio vengono pubblicati contenuti lesivi del diritto d'autore è tenuto ad adottare misure tecniche «proattive» (*«proaktive»*), vale a dire idonee a prevenire il caricamento dei materiali protetti indipendentemente dalla ricezione di specifiche segnalazioni[453]. Secondo la suprema corte tedesca non è quindi sufficiente mettere a disposizione sull'interfaccia grafica della piattaforma strumenti che agevolino la segnalazione di contenuti lesivi, poiché si tratta di una misura meramente «reattiva» (*«reaktiv»*). Inoltre il BGH ha chiarito che le misure «proattive» devono essere in grado di riconoscere i contenuti lesivi con un certo livello di efficacia: e sotto questo profilo ha ritenuto insufficiente l'impiego da parte di *Uploaded* di sistemi di filtraggio basati su parole-chiave e su tecnologia *hashing*[454]. Per quanto riguarda invece il sistema *Content ID* impiegato da *YouTube*, il BGH ha affidato al giudice del merito il compito di verificarne l'efficacia, confermando un approccio particolarmente esigente[455].

La posizione del BGH appare condivisibile, poiché le «opportune misure tecniche volte a contrastare in modo credibile ed efficace le violazioni del diritto d'autore» menzionate nella sentenza *YouTube-Uploaded* sembrano ragionevolmente da intendersi come misure di carattere anche preventivo[456]. Ciò però non deve portare a concludere che qualsiasi hosting provider sia tenuto ad adottare misure di questo tipo. La decisione della Corte di giustizia riguarda

[453] Cfr. BGH 22 giugno 2022, I ZR 140/15, YouTube II, punto 88; BGH 2 giugno 2022, I ZR 53/17, uploaded II, punto 33.

[454] Cfr. BGH 2 giugno 2022, I ZR 53/17, uploaded II, punto 34, dove viene precisato che i filtri basati su tecnologia *hashing* non sono idonei a soddisfare lo standard esigibile perché riconoscono solo file digitali identici a quelli dai quali è stato creato il codice *hash*.

[455] Cfr. BGH 22 giugno 2022, I ZR 140/15, YouTube II, punto 88.

[456] In questo senso sembrano deporre in particolare i punti 94 e 102 della sentenza CGUE *YouTube-Uploaded*, cit.

infatti due servizi di hosting (*YouTube* e *Uploaded*) caratterizzati da un elevato rischio di violazione del diritto d'autore. Ed è precisamente l'esistenza di un rischio tipico e costante il presupposto su cui la Corte sembra aver fondato l'obbligo di adottare misure tecniche di natura preventiva[457]. Non sembrerebbe quindi corretto estendere questo obbligo ai servizi di hosting nei quali le violazioni del diritto d'autore si verificano solo occasionalmente.

Per questa ragione non appare condivisibile l'orientamento sposato da una sentenza dell'*Oberlandesgericht Nürnberg*, la quale ha condannato al risarcimento del danno il fornitore di una piattaforma di marketplace per non aver impedito il ricaricamento sul servizio di una fotografia protetta dal diritto d'autore, la cui presenza all'interno di un annuncio di vendita era già stata segnalata dal relativo titolare[458]. La sentenza ha ritenuto che in base ai criteri individuati dalla Corte di giustizia nel caso *YouTube-Uploaded* il fornitore della piattaforma di marketplace fosse tenuto ad adoperarsi, dopo aver rimosso la fotografia segnalata, per prevenire il suo caricamento futuro da parte di altri utenti del servizio. In altri termini la decisione ha ritenuto applicabile alla piattaforma di marketplace un regime di *notice and stay down.* Questa lettura non sembra condivisibile, poiché in una piattaforma di marketplace le violazioni del diritto d'autore costituiscono un'evenienza sporadica e pertanto l'imposizione di un obbligo di *stay down* non sembra giustificato né alla luce dell'art. 3 dir. Infosoc, né alla luce dell'art. 6 DSA, che in base alla tesi qui proposta configura un regime meno gravoso di *notice and take down.*

Ricostruito fino a qui il sottosistema della responsabilità da lesione del diritto d'autore dei prestatori di servizi intermediari, così come ricavabile dagli artt. 4 – 8 DSA e dall'art. 3 dir. Infosoc, nel prossimo e ultimo capitolo ci si concentrerà sulla disciplina ulteriormente speciale riservata ai prestatori di servizi (intermediari) di condivisione di contenuti online.

---

[457] Cfr. le considerazioni svolte *supra* nella nota n. 448.

[458] Cfr. OLG Nürnberg, 1° agosto 2023 – 3 U 2910/22, in *GRUR* 2023, 1453.

CAPITOLO QUARTO

LA RESPONSABILITÀ DEI PRESTATORI DI SERVIZI DI CONDIVISIONE DI CONTENUTI ONLINE

1. LINEAMENTI DELLA DISCIPLINA INTRODOTTA DALL'ART. 17 DIR. DSM (E ALCUNE CONSIDERAZIONI SUL RAPPORTO TRA SOTTOSISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ DELLE PIATTAFORME DI CONDIVISIONE E SISTEMA GENERALE DELLA RESPONSABILITÀ DA LESIONE DEL DIRITTO D'AUTORE)

Con l'art. 17 dir. DSM il legislatore euro-unitario ha introdotto un regime armonizzato di responsabilità applicabile in materia di diritto d'autore a una particolare fattispecie di servizio intermediario: il «servizio di condivisione di contenuti online» (d'ora in avanti anche "piattaforma di condivisione")[459].

[459] Tra i numerosi contributi sulla disciplina prevista dall'art. 17 dir. DSM cfr. COGO, *Online content-sharing platforms as users of copyrighted contents*, in *AIDA* 2019, 68 ss.; SPINDLER, *The liability system of Art. 17 DSMD and national implementation – contravening prohibition of general monitoring duties?*, in *JIPITEC* 2019, 344 ss.; LEISTNER, *European copyright licensing and infringement liability under Art. 17 DSM-Directive compared to secondary liability of content platforms in the U.S. – can we make the new European system a global opportunity instead of a local challenge?*, in *papers.ssrn.com* e in *Zeitschrift für Geistiges Eigentum/Intellectual Property Journal (ZGE/IPJ)* 2020, 123 ss.; FROSIO, *Reforming the C-DSM reform. A user-based approach*, in *IIC* 2020, 709 ss.; 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* 2020, 1008 ss.; J.B. NORDEMANN, *Art. 17 DSMCD a class of its own? How to implement Art. 17 into the existing national copyright acts – also a comment on the recent German discussion draft*, in *papers.ssrn.com* e in lingua tedesca in *GRUR* 2020, 569 ss.; METZGER e SENFTLEBEN, *Comment of the European Copyright Society. Selected aspects of implementing Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market into national law*, in *europeancopyrightsociety.org* e in *JIPITEC* 2020, 115 ss.; SPINDLER, *Copyright law and Internet intermediaries liability,* in SYNODINOU, JOUGLEUX, MARKOU, PRASTITOU (a cura di), *EU Internet law in the digital era. Regulation and enforcement*, Springer, 2020, 3 ss.; ROSATI, *The legal nature of Article 17 of the Copyright DSM Directive, the (lack of) freedom of Member States and why the German implementation proposal is not compatible with EU law*, in *JIPLP* 2020, 874 ss.; BELLI, *La responsabilità dei «prestatori di servizi di condivisione di contenuti online» ai sensi della dir. 2019/790/UE»*, in *NLCC* 2020, 2, 551 ss.; FALCE e FARAONE, *Spunti di diritto*

Prima di ricostruire i contorni di questa figura conviene dedicare uno sguardo complessivo alla disciplina prevista dall'art. 17. Essa si compone di un insieme articolato di norme che regolano sotto vari profili – non solo quello della responsabilità – il fenomeno della diffusione di contenuti protetti da copyright all'interno delle piattaforme di condivisione. Il testo definitivo della previsione è stato approvato all'esito di un travagliato *iter* legislativo, durante il quale sono emerse tutte le difficoltà legate all'individuazione di un assetto in grado di contemperare in modo equilibrato gli interessi facenti capo alle tre categorie di soggetti coinvolti: i titolari del diritto d'autore, i provider delle piattaforme e gli utenti che caricano i contenuti[460].

L'art. 17 disciplina anzitutto la portata del diritto esclusivo di comunicazione al pubblico, già armonizzato dall'art. 3 dir. Infosoc[461]. In particolare l'art. 17 par. 1 dir. DSM stabilisce che il fornitore della piattaforma di condivisione effettua atti riservati di comunicazione al pubblico quando concede accesso al pubblico a risorse protette dal diritto d'autore o da diritti connessi

positivo sull'art. 17 della Direttiva Copyright, in *Riv. dir. ind.* 2021, 12 ss.; F. ASTONE, *Direttiva sul diritto di autore e clausole generali. A proposito della condivisione non autorizzata di contenuti*, in *AIDA* 2021, 141 ss.; HUSOVEC e QUINTAIS, *How to license Article 17? Exploring the implementation options for the new EU rules on content-sharing platforms*, in *GRUR Int.* 2021, 325 ss.; ROSATI, *Copyright in the Digital Single Market. Article-by-Article commentary to the provisions of Directive 2019/790*, Oxford University Press, Oxford, 2021, 308 ss.; ID., *Five considerations for the transposition and application of Article 17 of the DSM Directive,* in *JIPLP* 2021, 265 ss.; LAVAGNINI, *La responsabilità degli Internet Service Provider e la nuova figura dei prestatori di servizi di condivisione online (art. 17)*, in ID. (a cura di), *Il diritto d'autore nel mercato unico digitale. Direttiva (UE) 2019/790 e d.lgs. n. 177/2021 di recepimento*, Giappichelli, Torino, 2022, 207 ss.; ANGELOPOULOS, *Articles 15 & 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market – Comparative national implementation report*, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 29/2024, 22 ss.

[460] Sull'iter legislativo che ha portato all'approvazione dell'art. 17 cfr. LAVAGNINI, *La direttiva digital copyright: evoluzione normativa e interessi in campo*, in *AIDA* 2019, 208 ss.; COGO, *Online*, cit., 76 ss.; SPINDLER, *Copyright law*, cit., 4 ss.; FALCE e FARAONE, *Spunti*, cit., 13 ss.

[461] Sul rapporto tra il diritto di comunicazione al pubblico previsto dall'art. 17 dir. DSM e quello disciplinato dall'art. 3 dir. Infosoc, nel senso che il primo costituirebbe un diritto *sui generis* rispetto al secondo cfr. HUSOVEC e QUINTAIS, *How to license*, cit. 325 ss.; in senso contrario cfr. LEISTNER, *European copyright*, cit., 9 ss.; J.B. NORDEMANN, *Art. 17*, cit., 569 ss.; ROSATI, *The legal nature*, cit., 874 ss.

caricate dai propri utenti[462]. La previsione prosegue specificando che il provider è dunque tenuto a ottenere un'autorizzazione dai titolari del diritto esclusivo[463]. Il legislatore ha così inteso «chiarire»[464] l'ampiezza dello *ius excludendi alios* armonizzato a livello euro-unitario con il duplice obiettivo di garantire il buon funzionamento del mercato unico digitale e di incentivare la conclusione di accordi di licenza tra titolari della privativa e piattaforme[465]. Il par. 2 dispone poi che l'autorizzazione eventualmente ottenuta dal provider si estende anche agli atti di comunicazione al pubblico effettuati dagli utenti della piattaforma, purché si tratti di *user* che operano senza finalità commerciali o che comunque generano ricavi di scarsa entità[466]. Se ne deduce che, viceversa, l'utente che produca introiti significativi è in ogni caso tenuto a munirsi di un'autorizzazione per poter condividere sulla piattaforma materiali protetti di titolarità

[462] Di seguito espressioni quali "contenuto protetto dal diritto d'autore" e analoghe verranno utilizzate convenzionalmente in senso ampio per indicare tanto le opere protette dal diritto d'autore quanto i materiali protetti da diritti connessi, per le ragioni indicate *supra* nella nota n. 2.

[463] Come osservato da COGO, *Online*, cit., 82 ss., la seconda frase dell'art. 17 par. 1 contiene una previsione priva di valore precettivo autonomo, poiché nella misura in cui il provider pone in essere un'attività riservata al titolare del diritto di comunicazione al pubblico, la necessità di ottenere un'autorizzazione dal *rightholder* deriva *ex se* dalla natura esclusiva del diritto.

[464] Cfr. cons. 64 dir. DSM.

[465] Cfr. cons. 61 dir. DSM. Si può a buon diritto ritenere che l'obiettivo principale dell'art. 17 dir. DSM sia quello di redistribuire tra i fornitori delle piattaforme e i titolari del diritto d'autore la ricchezza ottenuta dai primi sfruttando i contenuti di titolarità dei secondi. In questo senso cfr. LEISTNER, *European copyright*, cit., 12; FROSIO, *Reforming*, cit., 718; HUSOVEC e QUINTAIS, *How to license*, cit., 326. Questo obiettivo emerge dal tenore dell'art. 17, parr. 1 e 4, lett a) dir. DSM, dal considerando 61 dir. DSM, nonché dalla proposta legislativa originariamente pubblicata dalla Commissione europea nel 2016, dove si legge che «[l]'evoluzione delle tecnologie digitali ha fatto emergere nuovi modelli di business e ha rafforzato il ruolo di Internet quale principale mercato per la distribuzione e l'accesso ai contenuti protetti dal diritto d'autore. Nel nuovo contesto i titolari di diritti incontrano difficoltà nel momento in cui cercano di concedere una licenza e di essere remunerati per la diffusione online delle loro opere, il che potrebbe mettere a rischio lo sviluppo della creatività europea e la produzione di contenuti creativi. Occorre perciò garantire che gli autori e i titolari di diritti ricevano una quota equa del valore generato dall'utilizzo delle loro opere e di altro materiale. In quest'ottica la presente proposta prevede misure volte a migliorare la posizione dei titolari di diritti all'atto della negoziazione e della remunerazione per lo sfruttamento dei contenuti di loro proprietà da parte di servizi online che danno accesso a contenuti caricati dagli utenti».

[466] La disposizione è commentata con favore da LEISTNER, *European copyright,* cit., 21, secondo cui l'art. 17 par. 2 dir. DSM garantirebbe che le licenze concluse da titolari e provider rispecchino le aspettative legittime degli utenti delle piattaforme.

altrui, a prescindere dal fatto che essi siano o meno oggetto di una licenza ottenuta dal provider. Dai primi due paragrafi dell'art. 17 si evince dunque che quando una risorsa protetta dal diritto d'autore viene caricata su una piattaforma di condivisione, l'utente che effettua l'upload e il fornitore della piattaforma realizzano due atti di comunicazione al pubblico distinti del medesimo contenuto[467]; tuttavia il titolare dell'esclusiva ha il diritto di pretendere l'ottenimento di due autorizzazioni – una dal provider e una dall'utente – solo nel caso in cui lo user che ha effettuato l'upload ottenga ricavi significativi grazie alla propria attività sul servizio[468].

L'art. 17 contiene poi disposizioni volte a disciplinare la responsabilità del provider nei casi in cui quest'ultimo comunichi al pubblico contenuti protetti dal diritto d'autore senza aver ottenuto l'autorizzazione dai relativi titolari[469]. A tal riguardo l'art. 17 par. 3 prevede anzitutto che nei casi ora detti non si applica la limitazione di responsabilità riservata all'hosting provider[470], la quale è sostituita da un regime più stringente disciplinato al successivo paragrafo 4. Quest'ultimo sancisce che il gestore della piattaforma di condivisione è responsabile in caso di comunicazione al pubblico non autorizzata di materiali protetti, salvo che dimostri di aver adempiuto cumulativamente i seguenti obblighi. In primo luogo il provider è tenuto a compiere i *best efforts* («massimi sforzi» nella traduzione italiana) per ottenere un'autorizzazione dai *rightholders*[471]. In secondo luogo il gestore deve compiere i *best efforts* secondo

[467] Più precisamente l'utente compie un *atto* – il caricamento online del contenuto – mentre il provider realizza un'*attività* di comunicazione al pubblico, che consiste nell'organizzazione e nella promozione di quel contenuto all'interno della piattaforma per scopo di profitto (v. *infra*). Sulla distinzione tra atto e attività cfr. SALVI, voce *Responsabilità*, cit., 1232; TRIMARCHI, *La responsabilità*, cit., 309.

[468] Sul punto cfr. COGO, *Online*, cit., 83.

[469] La struttura dell'art. 17 dir. DSM dimostra che il piano della responsabilità da lesione della privativa va tenuto distinto da quello relativo all'ampiezza dello *ius excludendi alios*, come osservato da J.B. NORDEMANN, *Art. 17*, cit., 13 ss.

[470] Cfr. art. 17, par. 3, prima parte dir. DSM, che menziona l'art. 14 par. 1 dir. e-commerce, ora sostituito dall'art. 6 par. 1 DSA.

[471] Cfr. art. 17, par. 4, lett. a) dir. DSM.

elevati standard di diligenza professionale di settore per evitare che sulla piattaforma siano disponibili contenuti protetti rispetto ai quali abbia ricevuto le informazioni pertinenti e necessarie dai titolari del diritto esclusivo[472]. Infine, nel caso in cui il titolare abbia inviato una segnalazione sufficientemente motivata che individua un materiale protetto caricato sulla piattaforma, il provider è tenuto ad agire tempestivamente per rimuoverlo o renderlo inaccessibile, nonché a compiere i *best efforts* secondo elevati standard di diligenza professionale per impedirne il caricamento in futuro[473]. Letto nel suo complesso l'art. 17 par. 4 configura dunque tre obblighi a carico del provider:

i) il primo è l'obbligo di adoperarsi al meglio per ottenere un'autorizzazione dai titolari dell'esclusiva;

ii) il secondo è l'obbligo di adoperarsi al meglio in collaborazione con i titolari per svolgere un'attività di filtraggio dei contenuti protetti caricati senza autorizzazione (di seguito "obbligo di filtraggio" o "obbligo di *upload filtering*")[474]. L'obbligo di filtraggio ha portata più ampia di un obbligo di *stay down*, poiché impone al provider di bloccare non soltanto i contenuti analoghi a quelli già rimossi dalla piattaforma a seguito di specifiche segnalazioni inviate

[472] Cfr. art. 17, par. 4, lett. b) dir. DSM.

[473] Cfr. art. 17, par. 4, lett. c) dir. DSM.

[474] In particolare l'obbligo di filtraggio preventivo è previsto dall'art. 17, par. 4, lett. b) e lett. c) *in fine* dir. DSM. Al riguardo osservo che apparirebbe ridondante affermare che il provider sarebbe gravato da un obbligo di *upload filtering* ai sensi della lett. b) *e* da un obbligo di *stay down* ai sensi della lett. c) *in fine*. L'obbligo di *stay down* è infatti ricompreso in quello di *upload filtering*, poiché ha ad oggetto la medesima prestazione di filtraggio dei contenuti: la differenza è che l'obbligo di *stay down* ha portata più limitata, poiché impone di bloccare soltanto i contenuti analoghi agli esemplari già individuati dai *rightholders* tramite specifiche segnalazioni e già rimossi dal provider. In altri termini, lo *stay down* presuppone vi sia già stato un *take down* su segnalazione del titolare, mentre l'*upload filtering* dispensa il *rightholder* dall'onere di individuare e segnalare gli esemplari illeciti. Si rinvia sul punto alle considerazioni svolte *supra* nel paragrafo 3.3.3 del capitolo terzo. Per le ragioni ora dette si può quindi immaginare il caso di un provider gravato dall'obbligo di *stay down* e non da quello di *upload filtering* (come prevede l'art. 17 par. 6, seconda parte, dir. DSM per il prestatore di dimensioni ridotte che operi da meno di tre anni ma superi la soglia di visitatori ivi prevista); mentre non si può dare lo scenario inverso, cioè quello di un provider gravato dall'obbligo di *upload filtering* e non da quello di *stay down*.

dagli aventi diritto, ma anche quelli intercettabili sulla base di mere informazioni fornite in via preventiva dai titolari;

iii) il terzo è l'obbligo di *take down*, il cui contenuto è analogo a quello previsto a carico di tutti gli hosting provider dall'art. 6 par. 1 DSA.

Il regime di responsabilità delineato dal paragrafo 4 è poi completato da ulteriori disposizioni, che contribuiscono a definire la colpa specifica del provider. Anzitutto il paragrafo 5 prevede che la valutazione circa il rispetto degli obblighi di *best efforts* debba essere condotta secondo il principio di proporzionalità, tenendo conto delle circostanze del caso concreto (quali ad esempio la dimensione della piattaforma, la tipologia di contenuti ospitati, la disponibilità di strumenti adeguati e il relativo costo)[475]. È poi fatto divieto di interpretare l'art. 17 nel senso di configurare a carico del provider un obbligo di sorveglianza generale dei contenuti messi online dagli utenti[476].

Queste previsioni sembrano esprimere una chiara scelta politico-legislativa: quella di mantenere la responsabilità dell'intermediario per violazione del diritto d'autore entro i confini della colpa[477]. Infatti, nonostante l'inversione

[475] Cfr. art. 17 par. 5 dir. DSM.

[476] Cfr. art. 17, par. 8, prima parte dir. DSM. Sulla rilevanza sistematica di questa previsione cfr. le considerazioni svolte *supra* al paragrafo 2 del capitolo terzo.

[477] La dottrina appare concorde nell'escludere la natura oggettiva del regime di responsabilità previsto dall'art. 17 par. 4 dir. DSM. Nette in questo senso appaiono le posizioni di BELLI, *La responsabilità*, cit., 561; F. ASTONE, *Direttiva*, cit., 156 ss.; ONZA, *Responsabilità "da condivisione on line" e diritti (d'autore e connessi) altrui (Osservazioni preliminari su regole legali e regole giurisprudenziali)*, in *AIDA* 2022, 93; AMIDEI, *La tutela del diritto d'autore online tra responsabilità e libertà di espressione*, in *Giur. it.* 2024, 486. Alcuni autori hanno osservato che la disciplina qui esaminata contemplerebbe una responsabilità che si avvicina a quella oggettiva ma non vi coincide e l'hanno qualificata in termini di responsabilità «per colpa presunta anche solo lievissima»: così TESCARO, *Una proposta,* cit., 103; FALCE e FARAONE, *Spunti*, cit., 39. In senso sostanzialmente analogo cfr. PIRAINO, *La responsabilità dei prestatori di servizi di condivisione di contenuti online*, in *NLCC* 2023, I, 169. L'intenzione legislativa di configurare una responsabilità colposa e non oggettiva emerge anche dal regime agevolato riservato ai "piccoli" fornitori di piattaforme di condivisione (cfr. art. 17 par. 6). Al riguardo va però osservato che la limitazione temporale del regime ora detto costituisce un fattore di forte irrigidimento della responsabilità a carico delle piccole e medie imprese: le quali si trovano ad essere gravate dai medesimi obblighi imposti ai grandi operatori del mercato a partire dall'inizio del quarto anno di attività, a prescindere dal fatto che nei primi tre anni l'impresa sia cresciuta o meno. Come osservato da FROSIO, *Platform*, cit., 16, sotto questo profilo l'art. 17 par. 6 si pone in netto contrasto con l'approccio adottato dal DSA: il quale

dell'onere probatorio a carico dell'intermediario e la gravosità degli obblighi di *best efforts*, dal paragrafo 5 si evince che in nessun caso il provider può essere tenuto a impiegare misure che vadano oltre quanto ragionevolmente esigibile[478]. Il divieto di cui al paragrafo 8 implica poi che anche nell'eventualità in cui il prestatore disponesse di mezzi per poter sorvegliare in via generale i contenuti ospitati sulla piattaforma, un'attività di questo tipo non potrebbe essergli imposta: e ciò al fine di salvaguardare la libertà di espressione e di comunicazione in ambiente telematico[479]. Sul punto si tornerà ampiamente nei prossimi paragrafi. Per il momento vale la pena osservare che dal coordinamento normativo dei paragrafi 4, 5 e 8 dell'art. 17 si ricava un'indicazione rilevante sul piano sistematico, anche relativamente al rapporto tra il sottosistema della responsabilità degli intermediari e il sistema generale di responsabilità da lesione del diritto d'autore descritto nel capitolo primo. Segnatamente, per un verso le disposizioni contenute nei paragrafi ora considerati confermano che il sottosistema della responsabilità dei prestatori di servizi intermediari da lesione del diritto d'autore si caratterizza per il fatto di contemplare la colpa quale unico criterio di imputazione, ripudiando modelli di responsabilità oggettiva. Come si è osservato poco sopra, infatti, la colpa è stata individuata quale criterio di imputazione anche per le piattaforme di condivisione, vale a dire una categoria di servizio intermediario che senza dubbio si presterebbe sul piano teorico ad essere assoggettata a modelli di responsabilità di natura oggettiva, poiché si caratterizza – come vedremo – per l'esercizio in forma imprenditoriale di un'attività di organizzazione e promozione per fini di profitto di contenuti protetti dal diritto d'autore. La scelta legislativa di limitare entro i confini della colpa la responsabilità (anche) di questo tipo di servizio intermediario sembra quindi confermare la centralità, in questo settore, della *ratio* sottesa al

modula gli obblighi di diligenza gravanti sui fornitori di piattaforme sulla base delle dimensioni dell'impresa e del servizio, senza limiti di carattere temporale.

[478] Così F. ASTONE, *Direttiva*, cit., 159.

[479] Cfr. le considerazioni svolte *supra* al paragrafo 2 del capitolo terzo.

divieto di imporre obblighi generali di sorveglianza: vale a dire quella di garantire il giusto equilibrio tra interessi tipicamente confliggenti nell'ecosistema digitale e, in particolare, quella di salvaguardare la libertà di espressione e comunicazione[480]. Per altro verso, proprio le caratteristiche ora ricordate che contraddistinguono le piattaforme di condivisione rispetto ad altri servizi intermediari appaiono giustificare la scelta legislativa di innalzare lo standard di comportamento richiesto al provider attraverso la previsione della formula dei *best efforts* «secondo elevati standard di diligenza professionale di settore», nonché quella di prevedere l'inversione dell'onere probatorio a carico del prestatore. In effetti queste scelte convergono con quelle che la giurisprudenza nazionale tipicamente opera – come si è visto nel capitolo primo – nel valutare la responsabilità degli imprenditori che sfruttano gli *intangibles* protetti da diritto d'autore quali fattori produttivi[481]. Se, quindi, da un lato la disciplina di cui all'art. 17 dir. DSM si colloca senz'altro all'interno del – e in continuità con il – sottosistema della responsabilità dei prestatori intermediari delineato dal Digital Services Act poiché mantiene la responsabilità del provider entro i confini della colpa, dall'altro lato essa presenta elementi di affinità con il sistema generale di cui agli artt. 158 l.a. e 2043 ss. c.c., così come applicato dalla giurisprudenza maggioritaria. Questo non consente tuttavia di inferire, dalla disciplina settoriale di cui all'art. 17 dir. DSM, conclusioni di carattere generale sulla natura della responsabilità da lesione del diritto d'autore, per le ragioni già esposte nel capitolo terzo[482].

Proseguendo nella disamina dell'art. 17, va poi considerata la previsione di cui alla prima parte del paragrafo 7: la quale stabilisce che la collaborazione tra titolari del diritto d'autore e provider non deve impedire la disponibilità sulla piattaforma di contenuti leciti, inclusi quelli che ricadono nel perimetro

[480] Ibid.
[481] Cfr. la ricognizione giurisprudenziale svolta nei paragrafi 3.3 e 3.4 del capitolo primo.
[482] Cfr. le considerazioni svolte nella parte finale del paragrafo 2 del capitolo terzo.

applicativo di eccezioni o limitazioni al diritto d'autore[483]. Come vedremo anche questa previsione ha un impatto notevole sulla portata dei *best efforts* imposti all'intermediario, e specificamente sull'obbligo di filtraggio dei contenuti.

Infine vi è l'obbligo di trasparenza imposto al provider nei confronti dei titolari del diritto d'autore: in forza del quale il primo è tenuto a fornire ai secondi, qualora ne facciano richiesta, informazioni adeguate sull'utilizzo dei contenuti oggetto degli accordi di licenza eventualmente stipulati e/o sulle misure adottate dal prestatore per impedire la disponibilità dei materiali protetti[484].

L'art. 17 par. 7 interviene poi nel campo delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore, imponendo agli stati membri di liberalizzare gli utilizzi di contenuti protetti realizzati dagli utenti per scopi di citazione, critica, rassegna, caricatura, parodia o *pastiche*[485]. La disposizione innova dunque – quantomeno nello specifico settore delle piattaforme di condivisione – la disciplina prevista dall'art. 5, par. 2, lett. d) e k) dir. Infosoc, che lasciava agli stati membri la facoltà di decidere se attuare meno le utilizzazioni libere ora menzionate[486]. Questa scelta persegue il duplice obiettivo di salvaguardare la libertà di espressione degli utenti delle piattaforme di condivisione e di garantire che la tutela riservata agli user sia uniforme nel contesto euro-unitario[487].

---

[483] Cfr. art. 17, par. 7, prima parte dir. DSM.

[484] Cfr. art. 17, par. 8, seconda parte dir. DSM.

[485] Cfr. art. 17, par. 7, seconda parte dir. DSM.

[486] Sul sistema delle utilizzazioni libere previsto dalla dir. Infosoc cfr. BERTANI, *Diritto,* cit., 214 ss.; MEZZANOTTE, *Le «eccezioni e limitazioni» al diritto d'autore UE*, in *AIDA* 2016, 480 ss.; ID., *Le «eccezioni e limitazioni» al diritto d'autore UE (parte II: Le libere utilizzazioni nell'ambiente digitale)*, *ivi* 2017, 300 ss.; SGANGA, *Le mille sorti e progressive delle eccezioni nel diritto d'autore europeo tra obbligatorietà, discrezionalità e flessibilità*, *ivi* 2021, 449 ss. Specificamente sull'eccezione di *pastiche* cfr. MEZEI, SENFTLEBEN, SGANGA e GEIGER, *Opinion of the European Copyright Society on the CG and YN v Pelham GmbH and Others, Case C-590/23 (Pelham II)*, in *europeancopyrightsociety.org*.; MEZEI, JÜTTE, SGANGA e PASCAULT, *Oops, I sampled again … the meaning of "pastiche" as an autonomous concept under EU copyright law*, in *IIC* 2024, 1225 ss.

[487] Cfr. cons. 70 dir. DSM.

Per assicurare effettività alla tutela riservata agli user l'art. 17 par. 9 impone poi al provider di mettere a disposizione degli utenti meccanismi di reclamo attraverso cui poter contestare in modo celere ed efficace le decisioni di blocco o rimozione dei contenuti caricati[488]. A ulteriore tutela degli utenti è infine previsto che i termini contrattuali di utilizzo della piattaforma includano informazioni circa le eccezioni e limitazioni al diritto d'autore potenzialmente applicabili agli atti di condivisione dei materiali protetti[489].

Già da questo primo sguardo emergono chiaramente le incertezze interpretative generate dalla disciplina qui esaminata, soprattutto per quanto attiene al contenuto dell'obbligo di filtraggio imposto al provider. Il prestatore è infatti tenuto a collaborare con l'industria culturale secondo elevati standard di diligenza professionale al fine di prevenire il caricamento dei contenuti protetti ma, al contempo, a non impedire agli utenti il pieno esercizio della libertà di espressione e così tra l'altro la condivisione di materiali coperti da eccezioni o limitazioni al diritto d'autore. Evidentemente consapevole di queste incertezze e del loro possibile impatto negativo sulla creazione del mercato unico digitale, con l'art. 17 par. 10 il legislatore euro-unitario ha incaricato la Commissione europea di organizzare dialoghi tra le parti interessate e di emettere «orientamenti sull'applicazione del presente articolo, in particolare per quanto concerne la cooperazione di cui al paragrafo 4»[490]. La Commissione ha ottemperato all'incarico pubblicando in data 4 giugno 2021– all'esito dei dialoghi organizzati con le parti interessate – una comunicazione non vincolante[491].

Così ricostruiti i lineamenti della disciplina introdotta dall'art. 17, nei prossimi paragrafi si analizzerà la normativa di attuazione italiana focalizzando

[488] Cfr. art. 17, par. 9, prima parte dir. DSM.

[489] Cfr. art. 17, par. 9, ultima parte dir. DSM.

[490] Cfr. art. 17 par. 10 dir. DSM.

[491] Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *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*, 4 giugno 2021, COM(2021) 288 final (d'ora in avanti "COMMISSIONE EUROPEA, *Orientamenti relativi all'art. 17*").

l'attenzione sul profilo che interessa ai fini di questa indagine, vale a dire quello della responsabilità aquiliana del provider nei confronti dei titolari del diritto d'autore.

2. LA NORMATIVA ITALIANA DI ATTUAZIONE: INQUADRAMENTO E CENNI COMPARATISTICI

L'art. 17 dir. DSM è stato trasposto nell'ordinamento italiano con il d. lgs. 177/2021, che ha introdotto nella l.a. il titolo II-quater, rubricato «Utilizzo di contenuti protetti da parte dei prestatori di servizi di condivisione di contenuti online» e composto dagli artt. 102-sexies – 102-decies l.a.[492].

Gli artt. 102-sexies – 102-novies l.a. riproducono in modo pedissequo o con variazioni di mero stile il testo degli artt. 2 n. 6) e 17, parr. 1 – 8 e 9, seconda parte dir. DSM, salvo introdurre alcune disposizioni di dettaglio che però sembrano esplicitare regole già desumibili dalle previsioni euro-unitarie[493].

Diversamente l'art. 102-decies l.a. traspone l'art. 17, par. 9, prima parte dir. DSM discostandosi dal suo tenore letterale e introducendo disposizioni che esprimono scelte discrezionali del legislatore italiano, sulle quali si tornerà più avanti[494].

---

[492] Sulla disciplina italiana di attuazione dell'art. 17 dir. DSM cfr. FROSIO, *L'art. 17, Dir. 790/2019: i diritti fondamentali restano sospesi*, in *Giur. it.* 2022, V, 1288 ss.; LAVAGNINI, *The Italian implementation of Article 17 of Directive 2019/790: complaints, appeals and the new power of AGCOM,* in *JIPLP* 2022, 443 ss.; ID., *La responsabilità degli Internet*, cit., 263 ss.; 207 ss. MONTAGNANI, *Le procedure*, cit., 78 ss.; ONZA, *Responsabilità*, cit., 84 ss.; RICCIO, *Responsabilità delle piattaforme e sistemi di filtraggio: quale destino per la normativa italiana sul diritto d'autore?*, in *NGCC* 2022, 1032 ss.; PIRAINO, *La responsabilità*, cit., 146 ss.; AMIDEI, *La tutela*, cit., 483 ss.

[493] In questo senso cfr. FROSIO, *L'art. 17*, cit.; MONTAGNANI, *Le procedure*, cit., 78.

[494] In particolare l'art. 102-decies co. 1 l.a. impone al fornitore della piattaforma gli obblighi – non previsti dall'art. 17 dir. DSM – di sottoporre a verifica umana la decisione sulle richieste di rimozione o disabilitazione dei contenuti e, rispettivamente, di informare immediatamente l'utente nel caso in cui il contenuto che egli o ella ha caricato sia stato bloccato o rimosso dal provider. Il legislatore italiano ha poi deciso di regolamentare sul piano nazionale (anziché lasciare alla discrezionalità del provider) il meccanismo di reclamo previsto dall'art. 17 par. 9, prima parte dir. DSM. In particolare l'art. 102-decies co. 2 l.a. ha demandato all'AGCOM il compito di adottare apposite linee guida, le quali sono state emanate con la delibera AGCOM 115/23/CONS (cfr. in particolare l'allegato A alla delibera). Vi

La normativa italiana non individua in modo puntuale le condotte che il provider è obbligato a tenere per andare esente da responsabilità nei confronti dei titolari del diritto d'autore. In particolare l'art. 102-septies l.a. non specifica il contenuto degli obblighi di *best effort* gravanti sull'intermediario e riproduce in modo sostanzialmente identico il testo dell'art. 17, parr. 4, 5 e 8 dir. DSM. Questa tecnica di recepimento è stata adottata dalla maggior parte degli stati membri, che al pari del nostro legislatore hanno trasposto *verbatim* (o quasi) le previsioni della direttiva appena ricordate[495].

All'estremo opposto si colloca la normativa di recepimento tedesca, che disciplina in modo particolarmente dettagliato – *inter alia* – l'obbligo di *upload filtering* al fine di garantire una tutela adeguata alla libertà di espressione degli utenti[496]. In particolare, come meglio si vedrà la disciplina tedesca vieta al provider di bloccare modo automatizzato il caricamento di contenuti generati dagli utenti che combinino due o più materiali e che rispettino determinate soglie quantitative specificamente individuate *ex lege*[497]. Il modello tedesco è stato seguito dal legislatore austriaco, che ha previsto meccanismi molto simili di tutela *ex ante* delle libertà fondamentali degli utenti[498].

In una posizione mediana si collocano le discipline di recepimento adottate negli ordinamenti ceco, svedese e bulgaro, che limitano espressamente la

è poi la regola introdotta al comma 3 dell'art. 102-decies l.a., anch'essa non prevista dal testo eurounitario, sulla quale cfr. le osservazioni svolte nel testo.

[495] Cfr. NOBRE, *The post-DSM copyright report: Article 17*, in *communia-association.org*; ANGELOPOLOUS, *Articles 15 & 17*, cit., 31.

[496] La disciplina di recepimento tedesca è prevista nella *Gesetz über die urheberrechtliche Verantwortlichkeit von Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten (Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz - UrhDaG)*, emanata in data 31 maggio 2024 (di seguito anche "UrhDaG"), reperibile in lingua tedesca al seguente URL: https://www.gesetze-im-internet.de/urhdag/UrhDaG.pdf e in lingua inglese al seguente URL: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_urhdag/englisch_urhdag.html.

[497] Cfr. artt. 9 e 10 UrhDaG, sui quali si tornerà nel seguito del lavoro.

[498] Cfr. ANGELOPOULOS, *Articles 15 & 17*, cit., 31.

portata dell'obbligo di filtraggio senza però prevedere criteri tecnici rigidi, ma ricorrendo a formule ampie ed elastiche[499].

Nel contesto ora sommariamente descritto la normativa italiana presenta un aspetto problematico che merita di essere affrontato preliminarmente all'analisi puntuale delle sue singole previsioni. Mi riferisco al fatto che il legislatore interno ha recepito la formula «*best efforts*» prevista dall'art. 17 attraverso la locuzione «massimi sforzi», già contenuta nella versione italiana della direttiva[500]. Come osservato da vari autori, l'espressione «massimi sforzi» non traduce in modo esatto il concetto di «*best efforts*»[501]. La prima evoca infatti una valutazione di natura rigorosa vicina ad una soglia di impossibilità oggettivamente valutata, mentre il secondo ha un significato meno estremo e viene normalmente inteso come equivalente di *«reasonable efforts»*[502].

Occorre allora chiedersi se l'espressione «massimi sforzi» contenuta nell'art. 102-septies l.a. determini nell'ordinamento italiano un innalzamento dello standard – già di per sé elevato – previsto sul piano euro-unitario[503]. In particolare ci si deve domandare se il legislatore italiano abbia inteso disegnare un regime di responsabilità modellato sulla scorta dell'art. 2050 c.c., in base al quale gli sforzi richiesti al provider ricomprenderebbero l'adozione di misure anche più gravose di quelle ragionevolmente esigibili alla luce delle circostanze del caso concreto[504].

---

[499] Cfr. NOBRE, *The Post-DSM*, cit., da cui si apprende che la disciplina di recepimento della Repubblica Ceca consente il filtraggio automatico dei soli contenuti «identici o equivalenti» a quelli forniti *ex ante* dai titolari del diritto d'autore; quella svedese lo permette nei soli casi in cui vi sia una elevata probabilità che il contenuto caricato dall'utente leda il copyright; infine la normativa bulgara vieta al provider di bloccare o rimuovere contenuti che non violino il diritto d'autore o i diritti connessi.

[500] Lo stesso è avvenuto negli ordinamenti spagnolo e austriaco, che hanno recepito la formula *«best efforts»* rispettivamente con le espressioni *«mayores esfuerzos»* e *«alle Anstrennungen»*: cfr. ANGELOPOULOS, *Articles 15 & 17*, cit., 35.

[501] Cfr. F. ASTONE, *Direttiva*, cit. 158; ANGELOPOULOS, *Articles 15 & 17*, cit., 35; PIRAINO, *La responsabilità*, cit., 169.

[502] Così F. ASTONE, *Direttiva*, cit. 158.

[503] Il problema è evidenziato da ANGELOPOULOS, *Articles 15 & 17*, cit., 35.

[504] Sull'art. 2050 c.c. si rinvia alle osservazioni svolte *supra* nel paragrafo 3.2. del capitolo primo.

La domanda sembra meritare una risposta negativa in ragione del tenore complessivo dell'art. 102-septies l.a. Infatti il comma 2 della previsione impone di valutare i «massimi sforzi» del provider secondo il principio di proporzionalità, mediante un'analisi caso per caso che tenga conto delle specifiche circostanze concrete, descritte dalla norma con un elenco che appare avere carattere esemplificativo[505]. Vi è poi il comma 4, che preclude di interpretare i «massimi sforzi» nel senso di imporre al provider un obbligo di sorveglianza generale[506]. Entrambe le previsioni – che recepiscono i paragrafi 5 e 8 dell'art. 17 dir. DSM – sembrano indicare che anche legislatore nazionale, così come quello euro-unitario, abbia inteso circoscrivere la responsabilità del provider entro i limiti della colpa. La formula «massimi sforzi» sembra quindi da interpretare non in senso strettamente letterale ma alla luce dei criteri teleologico e sistematico, i quali portano a concludere che gli sforzi richiesti al provider devono essere conformi a *elevati* standard di diligenza professionale di settore, ma comunque proporzionati, nel senso di ragionevoli rispetto alle circostanze del caso[507].

[505] La natura esemplificativa dell'elenco si evince dalla locuzione «anche» contenuta nell'art. 102-septies co. 2 l.a., che sembra da leggere nello stesso senso dell'espressione «tra gli altri» utilizzata dall'art. 17 par. 5 dir. DSM. In questo senso si esprime anche ONZA, *Responsabilità*, cit., 96.

[506] Al riguardo si rinvia alle considerazioni svolte *supra* nel paragrafo 2 del capitolo terzo.

[507] Così F. ASTONE, *Direttiva*, cit., 159, le cui considerazioni relative alla formula dei «massimi sforzi» prevista dall'art. 17, par. 4, lett. a) dir. DSM appaiono estensibili alla disciplina di recepimento italiana. Cfr. anche PIRAINO, *La responsabilità*, cit., 169 e 170, che con riguardo alla disciplina di recepimento italiana osserva che «[l]'automatismo sotteso al modello della responsabilità oggettiva in effetti mal si concilia con il temperamento contenuto nel comma 2° dell'art. 102-septies l.d.a.». Nello stesso senso AMIDEI, *La tutela*, cit., 486, che qualifica la responsabilità prevista dall'art. 102-septies l.a. come colposa (e per fatto proprio) e specifica che il riferimento agli «elevati standard» costituisce il parametro che modifica in senso accrescitivo il grado di diligenza esigibile dal prestatore.

3. CAMPO DI APPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA: IL «PRESTATORE DI SERVIZI DI CONDIVISIONE DI CONTENUTI ONLINE»

L'art. 102-sexies co. 1 l.a. delinea il campo di applicazione soggettivo e oggettivo della disciplina qui esaminata definendo la figura del «prestatore di servizi di condivisione di contenuti online»[508].

Dalla definizione emerge anzitutto che da un punto di vista sistematico il servizio di condivisione di contenuti online rientra nella categoria dell'hosting prevista dal Digital Services Act e più precisamente nella sottocategoria della piattaforma online[509]. L'art. 102-sexies co. 1 l.a. è pertanto una norma speciale, che individua le caratteristiche che una piattaforma online deve presentare per essere qualificabile come servizio di condivisione di contenuti online e soggiacere al regime di responsabilità previsto dall'art. 102-septies l.a. per quanto riguarda la diffusione non autorizzata di contenuti protetti dal diritto d'autore[510]. Se i requisiti previsti dall'art. 102-sexies l.a. non ricorrono, la

[508] La definizione contenuta all'art. 102-sexies l.a. recita come segue: «Ai fini del presente Titolo si intende per prestatore di servizi di condivisione di contenuti online un prestatore di servizi della società dell'informazione che presenta cumulativamente i seguenti requisiti: / a) ha come scopo principale, o tra i principali scopi, di memorizzare e dare accesso al pubblico a grandi quantità di opere o di altri materiali protetti dal diritto d'autore; / b) le opere o gli altri materiali protetti sono caricati dai suoi utenti; / c) le opere o gli altri materiali protetti sono organizzati e promossi allo scopo di trarne profitto direttamente o indirettamente».

[509] Cfr. PEUKERT, HUSOVEC, KRETSCHMER, MEZEI e QUINTAIS, *European Copyright*, cit., 360; LEISTNER, *The implementation*, cit., 4.

[510] Per quanto riguarda la diffusione di contenuti illegali diversi da quelli lesivi del diritto d'autore il provider dovrebbe invece beneficiare del safe harbour previsto dall'art. 6 par. 1 DSA (a condizione che ne sussistano i presupposti applicativi). Lo si evince dall'art. 17 par. 3 dir. DSM, ai sensi del quale «[i]l primo comma del presente paragrafo [che esclude l'applicabilità al prestatore di servizi di condivisione di contenuti online dell'art. 14 par. 1 dir. e-commerce, ora art. 6 par. 1 DSA,] non pregiudica la possibile applicazione dell'art. 14, paragrafo 1, della direttiva 2000/31/CE a tali prestatori di servizi per finalità che non rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva». Poiché «l'ambito di applicazione» della dir. DSM è la materia del diritto d'autore, la previsione ora richiamata sembra chiaramente riferirsi ai contenuti illegali ospitati sulla piattaforma di condivisione diversi da quelli che ledono il copyright (e così ad esempio contenuti diffamatori, pedopornografici, etc.): in questo senso QUINTAIS e SCHWEMER, *The interplay,* cit., 14. Sul punto COGO, *Online*, cit., 78 osserva che la soluzione adottata con l'art. 17 par. 3 dir. DSM crea una frattura nel regime di responsabilità "orizzontale" disegnato dalla dir. e-commerce (e confermato dal DSA), poiché esclude l'applicabilità del safe harbour nei confronti dei fornitori di piattaforme di condivisione solo con riguardo ai contenuti lesivi del diritto d'autore (e non a quelli che violano altre posizioni giuridiche soggettive). L'autore osserva però che la frattura è destinata

responsabilità da lesione del diritto d'autore del fornitore della piattaforma è regolata dalla disciplina "generale" prevista dal DSA e dall'art. 3 dir. Infosoc così come interpretato dalla Corte di giustizia[511].

I requisiti che una piattaforma deve presentare per essere qualificabile come servizio di condivisione di contenuti online sono i seguenti: essa deve avere come *scopo principale, o tra gli scopi principali*, quello di memorizzare e diffondere al pubblico *grandi quantità di opere o altri materiali protetti dal diritto d'autore* caricati dagli utenti del servizio; è poi necessario che le risorse protette siano *organizzate e promosse* dal provider allo scopo di *trarne profitto direttamente o indirettamente*.

Da una lettura complessiva dei requisiti emerge che per rientrare nel perimetro applicativo della disciplina qui esaminata il servizio deve inserirsi nell'ambito di un'attività imprenditoriale, specificamente volta a sfruttare per fini di profitto l'attrattiva esercitata nei confronti degli utenti dalle risorse protette dal diritto d'autore condivise dagli (altri) utenti. Queste ultime devono costituire un vero e proprio fattore produttivo, nel senso che la generazione di ricchezza per l'imprenditore deve essere connessa alla fruizione delle risorse protette da parte degli user, stimolata dall'attività di organizzazione e promozione svolta dal provider. Qualora la piattaforma ospiti rilevanti quantità di

---

a rimanere solo "sulla carta" se i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online saranno qualificati dalla giurisprudenza come provider "attivi" *tout court* (e così esclusi dall'ambito applicativo del safe harbour anche con riguardo a contenuti illegali diversi da quelli lesivi del copyright). Allo stato la questione appare incerta, poiché incerta è la nozione di "neutralità" del provider (cfr. le considerazioni svolte *supra* nel paragrafo 4 del capitolo terzo).

[511] Cfr. PEUKERT, HUSOVEC, KRETSCHMER, MEZEI e QUINTAIS, *European Copyright*, cit., 360; LEISTNER, *The implementation*, cit., 4, il quale osserva che alla luce dell'interpretazione dell'art. 3 dir. Infosoc da ultimo fornita dalla CGUE con la sentenza *YouTube-Uploaded*, anche i fornitori di piattaforme non qualificabili come servizi di condivisione di contenuti online sono ragionevolmente tenuti ad adottare tecnologie di filtraggio simili a quelle imposte dall'art. 17 par. 4 DSM, poiché tali tecnologie rappresentano in linea generale le «opportune misure tecniche che ci si può attendere da un operatore normalmente diligente». Secondo la prospettiva di LEISTNER, dunque, la principale differenza tra i regimi di responsabilità applicabili alle piattaforme che rispettivamente rientrino ed esulino dalla fattispecie del «servizio di condivisione di contenuti online» consiste nella sussistenza solo in capo alle prime dell'obbligo di compiere i massimi sforzi per ottenere licenze dai titolari del diritto d'autore.

materiali tutelati dal diritto d'autore ma il profitto generato dal servizio non sia connesso alla loro organizzazione e promozione, la fattispecie prevista dall'art. 102-sexies l.a. non si configura[512].

Analizzando più nel dettaglio gli elementi della fattispecie va anzitutto osservato che lo scopo del servizio dev'essere quello di memorizzare e diffondere *grandi quantità* di contenuti protetti. Questo requisito genera incertezza sotto due profili: da un lato il concetto di «grandi quantità» è vago[513]; dall'altro non è chiaro se un numero ingente di materiali protetti debba essere *effettivamente* presente sulla piattaforma o se sia sufficiente che questo sia *lo scopo* del servizio per come esso è concretamente progettato[514]. Naturalmente l'incertezza non sussiste nel caso delle grandi piattaforme quali *YouTube*, *Dailymotion*, *Instagram*, *TikTok,* etc.: queste ultime appaiono senza dubbio soddisfare i requisiti imposti dalla normativa (incluso quello ora esaminato)[515]. La questione si pone per i servizi di dimensione minore.

Un chiarimento sul punto può essere ricavato dal considerando 63 della direttiva, secondo cui il requisito qui analizzato dovrebbe essere valutato caso per caso tenendo conto di «una combinazione di elementi, come l'utenza del servizio e il numero di file di contenuti protetti dal diritto d'autore caricati dagli

---

[512] Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Orientamenti relativi all'art. 17*, cit., 6, dove viene specificato che «la finalità lucrativa dev'essere collegata ai profitti derivanti dall'organizzazione e dalla promozione dei contenuti caricati dagli utenti per attirare un pubblico più vasto, ad esempio, ma non esclusivamente, mediante la collocazione di annunci pubblicitari accanto ai contenuti caricati dagli utenti».

[513] Come osservato da FROSIO, *To filter or not to filter – That is the question in EU copyright reform*, *36(2) Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 2018, 341 e F. ASTONE, *La responsabilità*, cit., 164.

[514] Così COGO, *Online,* cit., 82.

[515] In questo senso cfr. SPINDLER, *Copyright law*, cit., 13; LEISTNER, *European,* cit., 20; HUSOVEC e QUINTAIS, *How to license,* cit., 326. In senso parzialmente contrario cfr. DUSOLLIER, *The 2019 Directive*, cit., 1012, secondo cui servizi come *YouTube* e *Dailymotion* sarebbero certamente inclusi nell'ambito applicativo della disciplina, mentre lo stesso non potrebbe dirsi per *Instagram* e gli altri social network in quanto nell'ottica dell'autrice questi ultimi non svolgerebbero attività di organizzazione e promozione dei contenuti e non opererebbero in concorrenza con i servizi di streaming quali ad esempio *Netflix* o *Spotify*. Sollevano dubbi circa l'inclusione dei social media nella definizione di prestatore di servizi di condivisione online anche METZGER e SENFTLEBEN, *Comment*, cit., 3.

utilizzatori del servizio»[516]. Dal considerando si deduce che il concetto di «grandi quantità» deve essere inteso in termini relativi e non assoluti: e così ad esempio lo stesso numero di contenuti protetti potrebbe rappresentare una grande quantità ai sensi dell'art. 102-sexies l.a. per un servizio di nicchia utilizzato da una platea limitata di soggetti, e non invece per una piattaforma con un bacino di utenza molto maggiore[517].

Il fattore "bacino di utenza" sembra però da valorizzare anche sotto un altro profilo e precisamente alla luce dei requisiti della «organizzazione e promozione» dei contenuti per scopo di lucro. A tal riguardo va osservato che per poter generare profitto attraverso l'organizzazione e la promozione di contenuti protetti dal diritto d'autore, il servizio necessita non solo di una quantità rilevante di contenuti, ma anche di un numero sufficiente di utenti. Una piattaforma ricca di materiali protetti ma utilizzata da un numero esiguo di soggetti non potrebbe generare profitto nelle forme richieste dall'art. 102-sexies l.a. Le attività di organizzazione e promozione dei contenuti sono infatti strumentali a catturare l'attenzione del maggior numero possibile di utenti[518], così da "monetizzarla" tipicamente attraverso la vendita di spazi pubblicitari. In assenza di un numero sufficiente di utilizzatori questo modello imprenditoriale non può funzionare: in altri termini non può essere generata ricchezza nelle forme indicate dalla fattispecie legislativa. Poiché l'obiettivo principale della disciplina ora esaminata è proprio quello di redistribuire la ricchezza generata grazie all'organizzazione e alla promozione dei contenuti protetti[519], è

[516] Come osservato da COGO, *Online,* cit., 82, il considerando 63 è stato inserito proprio al fine di ridurre l'incertezza generata dal requisito della «grande quantità», la cui problematicità era emersa nel corso del procedimento legislativo di adozione della direttiva.

[517] Così J.B. NORDEMANN, *Art. 17*, cit., 9.

[518] Come si legge anche nel considerando 62 dir. DSM, il quale afferma che «la presente direttiva riguarda i servizi che hanno come scopo principale o come uno degli scopi principali quello di memorizzare e consentire agli utenti di caricare e condividere un gran numero di contenuti, al fine di trarne profitto, direttamente o indirettamente, organizzandoli e promuovendoli *per attirare un pubblico più vasto*, anche classificandoli e ricorrendo a promozioni mirate al loro interno [enfasi aggiunta]».

[519] Cfr. le considerazioni svolte *supra* nella nota n. 465.

ragionevole circoscrivere la sua portata applicativa ai casi in cui le attività ora dette possano effettivamente generare profitto per il fornitore della piattaforma.

Alla luce di queste considerazioni, la definizione legislativa sembra allora da leggere nel senso di limitare il perimetro applicativo della disciplina a quei servizi che presentino quantomeno un numero di contenuti protetti *e* una quantità di utenti tali da rendere *possibile* la generazione di profitto nelle modalità previste dall'art. 102-sexies l.a. Se queste condizioni non sono soddisfatte, la fattispecie qui esaminata non può configurarsi, e ciò anche nel caso in cui il servizio risulti chiaramente progettato per – e dunque persegua lo «scopo principale» di – memorizzare e dare accesso a grandi quantità di contenuti protetti[520].

Veniamo ora più specificamente ai requisiti della «organizzazione» e della «promozione» dei contenuti. L'elemento della «organizzazione» sembra richiedere lo svolgimento da parte del provider di attività volte ad agevolare il reperimento dei materiali da parte degli utenti, quali ad esempio l'indicizzazione, la catalogazione o il raggruppamento per categorie dei contenuti[521]. Il requisito della «promozione» sembra d'altra parte richiedere un intervento del provider volto ad ampliare la platea dei potenziali fruitori dei contenuti caricati, ad esempio suggerendoli o facendoli comparire sulla *home page* degli altri utenti senza che questi ultimi debbano attivarsi per ricercarli[522].

---

[520] Sembra possibile immaginare almeno due scenari in cui la fattispecie legislativa potrebbe non configurarsi per i motivi esposti nel testo: il primo è quello di una piattaforma che non abbia *ancora* raggiunto un numero sufficiente di contenuti protetti e/o di utenti; il secondo è quello di una piattaforma che veda *ridursi* il proprio bacino di utenza al punto da perdere la possibilità di trarre profitto dall'organizzazione e promozione dei materiali protetti ospitati. In questo secondo scenario la piattaforma cesserebbe di essere qualificabile come servizio di condivisione di contenuti online a decorrere dal momento in cui le grandi quantità di contenuti protetti memorizzate nel corso del tempo non possano più produrre profitti in ragione dell'assenza di un numero sufficiente di fruitori.

[521] Cfr. SPINDLER, *The liability*, cit., 346; J.B. NORDEMANN, *Art. 17*, cit., 19; METZGER e SENTLEBEN, *Comment,* cit., 3; DUSOLLIER, *The 2019 Directive*, cit., 1011.

[522] In questo senso cfr. J.B. NORDEMANN, *Art. 17*, cit., 10; COGO, *Online*, cit., 85 secondo cui «platforms operators should not be regarded as users of all the works and other protected content shared

I due requisiti sembrano quindi limitare il perimetro applicativo della disciplina alle situazioni in cui il provider intervenga al fine di aumentare il potenziale bacino di utenza dei contenuti condivisi sulla piattaforma, organizzandoli e promuovendoli «per attirare un pubblico più vasto»[523]. Non rientrerebbe pertanto nella definizione qui esaminata una piattaforma che si limitasse a fornire agli utilizzatori gli strumenti per accedere "in autonomia" ai contenuti pubblicati dagli altri utenti, senza influire sul relativo grado di diffusione: in uno scenario di questo tipo i materiali protetti, quand'anche memorizzati in grandi quantità, pubblicamente accessibili e in certa misura organizzati dal provider, non sarebbero «promossi» dal prestatore.

Alla luce di queste considerazioni sembra possibile immaginare anche situazioni ibride in cui il provider «organizzi e promuova» solo una parte dei materiali caricati dagli utenti, limitandosi a memorizzare e rendere pubblicamente accessibile la restante parte senza incentivarne la fruizione[524]. In tali casi sembra corretto ritenere che la disciplina prevista dagli artt. 102-sexies ss. l.a. si applichi solo ai contenuti organizzati e promossi dal provider; e che la responsabilità del prestatore relativa ai materiali protetti non organizzati o promossi resti regolata dal regime "generale" previsto dal DSA e dall'art. 3 dir. Infosoc così come interpretato dalla Corte di giustizia[525]. Sul punto va

---

by their clients but only of the content that they have processed with a view to reaching a larger public. […] Content that the provider abstains from promoting is simply hosted, not communicated to the public»; METZGER e SENFTLEBEN, *Comment*, cit., 3, i quali tuttavia pongono il dubbio se sia necessario che il provider promuova specifici contenuti o se sia sufficiente che venga fornito un ambiente interattivo che consenta agli utenti di condividere contenuti. *Contra* cfr. SPINDLER, *The liability,* cit., 346, secondo cui il requisito della «promozione» non sarebbe riferito ai contenuti pubblicati dagli utenti, ma agli annunci pubblicitari che il provider associa ai contenuti.

[523] Così il considerando 62 dir. DSM.

[524] Questa ipotesi è ben descritta da COGO, *Online content,* cit., 76, che anzi la ritiene una situazione tipica.

[525] Ivi, 76 e 85. Una delle ipotesi in cui potrebbe darsi la situazione descritta nel testo sembra quella dei social network come *Instagram* o *Facebook-Meta*. L'utente che scorra la *home page* dei social network ora menzionati visualizza infatti sia contenuti selezionati e suggeriti dal provider (e caricati sulla piattaforma da soggetti sconosciuti all'utilizzatore), sia materiali condivisi da persone che rientrano nella cerchia di contatti dell'utente stesso. La prima categoria di contenuti è senz'altro «organizzata e

osservato che alla luce della sentenza *YouTube-Uploaded* è ragionevole ritenere che nello scenario "ibrido" ora ipotizzato il provider sia tenuto ad applicare le misure tecnologiche di filtraggio imposte dall'art. 102-septies, co. 1, lett. b) l.a. anche ai contenuti protetti non organizzati o promossi[526]. Pertanto, la conseguenza principale dell'inapplicabilità dell'art. 102-septies l.a. ai materiali non organizzati o promossi consisterebbe nel fatto che, con riguardo a questi ultimi, il provider non sarebbe obbligato a compiere i massimi sforzi per ottenere una licenza ai sensi della lettera a)[527].

La fattispecie disegnata dall'art. 102-sexies l.a. richiede infine che le attività di organizzazione e promozione dei contenuti protetti siano svolte con il *fine di trarne profitto direttamente o indirettamente*[528]. Dal tenore della disposizione si evince che la finalità di profitto deve essere specificamente connessa alle attività di organizzazione e promozione dei contenuti protetti dal

promossa» dal provider. È invece dubbio che lo stesso possa dirsi per la seconda categoria. Questo sembra vero in particolare per i contenuti pubblicati dagli utenti che abbiano impostato il proprio "profilo" come "chiuso": e cioè come visibile soltanto alla propria cerchia di contatti. I contenuti condivisi dall'utente munito di "profilo chiuso" vengono diffusi dalla piattaforma unicamente ai contatti dell'utilizzatore. È quindi dubbio che tali contenuti siano oggetto di un'attività di «organizzazione e promozione» svolta dal provider al fine di «attirare un pubblico più vasto» (così il cons. 62 dir. DSM), poiché in questi casi il potenziale bacino di fruitori è determinato unicamente dall'utente (attraverso la scelta dei propri contatti) e non dalla piattaforma. Le considerazioni ora svolte sembrano condivise dagli autori che hanno sollevato dubbi circa l'applicabilità dell'art. 17 dir. DSM ai servizi di social network: cfr. DUSOLLIER, *The 2019*, cit., 1012; METZGER e SENFTLEBEN, *Comment*, cit., 3.

[526] Cfr. sul punto le considerazioni riportate *supra* nella nota n. 511.

[527] In questo senso sembra esprimersi (già anteriormente alla sentenza CGUE *YouTube-Uploaded*) anche COGO, *Online,* cit., 85, secondo cui la disciplina qui esaminata consentirebbe ai fornitori delle piattaforme di mettere in atto strategie volte ad attenuare l'obbligo di ottenere licenze dai titolari dei diritti, astenendosi dal promuovere una parte dei contenuti ospitati sul servizio.

[528] La specificazione «direttamente o indirettamente» non è inclusa nel testo dell'art. 17 dir. DSM, ma appare comunque desumibile dalla *ratio* della disciplina ed è infatti contenuta nel considerando 62 dir. DSM, secondo cui «la presente direttiva riguarda i servizi che hanno come scopo principale o come uno degli scopi principali quello di memorizzare e consentire agli utenti di caricare e condividere un gran numero di contenuti, al fine di trarne profitto, *direttamente o indirettamente*, organizzandoli e promuovendoli per attirare un pubblico più vasto, anche classificandoli e ricorrendo a promozioni mirate al loro interno [enfasi aggiunta]». In generale sul fine di profitto nel contesto della responsabilità delle piattaforme online cfr. LAVAGNINI, *La responsabilità civile*, cit., 759 ss.

diritto d'autore[529]. La modalità tipica attraverso cui i gestori delle piattaforme perseguono lo scopo di profitto attraverso le attività ora dette è la messa a disposizione di spazi pubblicitari all'interno del servizio[530]. Il requisito ora esaminato non sembra però richiedere che gli spazi promozionali offerti dal provider siano visivamente associati ai materiali protetti condivisi dagli user[531]. Alla luce dell'avverbio «indirettamente» contenuto nell'enunciato normativo, appare sufficiente che il provider organizzi e promuova i contenuti con l'obiettivo di catturare l'attenzione degli utenti, massimizzare l'utilizzo della piattaforma e trarre profitto da tale utilizzo. A ben vedere non appare quindi nemmeno necessario che il provider metta a disposizione spazi pubblicitari: lo scopo di profitto potrebbe anche essere perseguito in altri modi, purché connessi all'incremento del livello di fruizione della piattaforma ottenuto grazie all'organizzazione e alla promozione dei contenuti protetti da copyright[532].

Così ricostruita la figura del prestatore di servizi di condivisione di contenuti online, nei prossimi paragrafi sarà analizzato il regime di responsabilità delineato dall'art. 102-septies l.a. Più specificamente si tenterà di ricostruire il contenuto degli obblighi che il provider è tenuto a soddisfare per evitare di incorrere in responsabilità nei confronti dei *rightholders* i cui contenuti vengano comunicati al pubblico senza autorizzazione.

---

[529] Come specificato anche in COMMISSIONE EUROPEA, *Orientamenti relativi all'art. 17,* cit., 6, dove viene anche osservato che lo scopo di lucro non dovrebbe essere presunto in base al mero fatto che il provider operi come imprenditore, né dal fatto che l'operatore richieda il pagamento di somme a copertura dei costi operativi di hosting dei contenuti.

[530] Ibid.; COGO, *Online*, cit., 76.

[531] Così ad esempio non appare necessario che gli annunci promozionali siano inseriti in modalità *pre-roll* o *in-roll* (vale "all'interno" di un contenuto audiovisivo), in sovra-impressione rispetto al contenuto o in banner posizionati nelle immediate vicinanze.

[532] Il maggior utilizzo della piattaforma da parte degli utenti potrebbe per esempio generare (indirettamente) profitti per il provider consentendogli di raccogliere un numero maggiore di dati da sfruttare commercialmente.

4. L'OBBLIGO DI COMPIERE I *BEST EFFORTS* PER OTTENERE AUTORIZZAZIONI DAI TITOLARI DEI DIRITTI

L'art. 102-septies, co. 1, lett. a) l.a. stabilisce che per andare esente da responsabilità il provider è tenuto anzitutto a dimostrare di aver compiuto i «massimi sforzi per ottenere un'autorizzazione secondo elevati standard di diligenza professionale di settore». La previsione è strettamente connessa con quella contenuta all'art. 102-sexies co. 3 l.a., in base alla quale l'attività di diffusione di risorse protette svolta dai fornitori di piattaforme di condivisione rientra nel perimetro del diritto esclusivo di comunicazione al pubblico riservato ai titolari, con la conseguenza che i primi «devono ottenere un'autorizzazione» dai secondi[533]. Dal combinato disposto delle due previsioni si evince che la condotta del provider che comunichi al pubblico un contenuto protetto senza il preventivo consenso del titolare è obiettivamente antigiuridica[534]; tuttavia il mancato ottenimento dell'autorizzazione rileva sul piano aquiliano solo se imputabile al prestatore a titolo di colpa, secondo il criterio dei *best efforts* stabilito dalla lettera a) dell'art. 102-septies[535].

Per soddisfare l'obbligo di *best efforts* ora esaminato il provider è anzitutto tenuto a svolgere un'attività preliminare di analisi dei contenuti condivisi dagli utenti del proprio servizio[536]. In assenza di una verifica di questo tipo non sarebbe infatti possibile per il prestatore determinare se, quanti e quali tra i

[533] Con riferimento al rapporto tra i paragrafi 1, parte 2 e 4, lett. a) dell'art. 17 dir. DSM (che corrispondono alle due previsioni della l.a. ora analizzate), LEISTNER, *European*, cit., 8 osserva che il legislatore avrebbe disegnato un assetto «stranamente ibrido», che da un lato prevede la *necessità* dell'autorizzazione per evitare la violazione del diritto esclusivo, ma dall'altro esenta da responsabilità il provider che abbia compiuto i *best efforts* per ottenerla; METZGER e SENFTLEBEN, *Comment*, cit., 4 osservano che il contrasto tra le due previsioni è solo apparente poiché entrambe sarebbero espressione di un medesimo obbligo a carico del provider: quello di ottenere l'autorizzazione dei titolari; in senso sostanzialmente analogo SPINDLER, *The liability*, cit., 348.

[534] L'espressione "antigiuridicità obiettiva" è utilizzata in questo lavoro per ragioni di semplicità e non necessariamente in senso tecnico, come da osservazioni svolte *supra* nella nota n. 117 cui si rinvia.

[535] Come osservato da J.B. NORDEMANN, *Art. 17*, cit., 13 ss., la disciplina qui esaminata distingue chiaramente tra due piani: quello dell'ampiezza oggettiva del diritto esclusivo e quello della responsabilità aquiliana da sua violazione.

[536] Cfr. SPINDLER, *The liability*, cit., 348; LEISTNER, *European*, cit., 24.

materiali ospitati siano protetti dal diritto d'autore e richiedano l'ottenimento di autorizzazioni. Sotto questo profilo l'obbligo di *best efforts* ora esaminato si differenzia da quelli di filtraggio e di *take down* previsti dalle lettere b) e c) dell'art. 102-septies l.a. Questi ultimi sorgono infatti solo a condizione che il *rightholder* invii al provider informazioni pertinenti e necessarie o una segnalazione sufficientemente motivata. Diversamente, la lettera a) dell'art. 102-septies l.a. non contempla alcuna forma di collaborazione preventiva dei titolari e impone al fornitore uno sforzo proattivo[537].

Ci si deve allora domandare quanto dettagliata debba essere l'analisi preliminare che il provider è tenuto a svolgere. A questo proposito il divieto di imporre un obbligo generale di sorveglianza[538] e il principio di proporzionalità[539] sembrano precludere un'interpretazione eccessivamente rigorosa della formula dei *best efforts*. In particolare lo sforzo richiesto al provider non sembra poter andare oltre lo svolgimento di un controllo volto ad appurare quali *tipologie* di contenuti protetti siano effettivamente presenti sul servizio o saranno verosimilmente condivise dagli utenti[540]. Una diversa lettura che richieda al prestatore di verificare la potenziale natura protetta di ogni singolo materiale diffuso sulla piattaforma sembra da escludere, in quanto comporterebbe l'imposizione di un obbligo di sorveglianza generale e sproporzionato.

Qualora il provider svolga la verifica ora descritta e da essa risulti che sulla piattaforma circolano determinate tipologie di risorse protette, per

---

[537] Questo aspetto è sottolineato da SPINDLER, *The liability*, cit., 348 ss., il quale osserva che la proposizione che si legge nel cons. 66 dir. DSM, secondo cui il provider è tenuto a intervenire solo dopo aver ricevuto informazioni dai titolari dei diritti, si riferisce chiaramente solo all'obbligo di filtraggio. Pertanto l'obbligo di compiere i *best efforts* per ottenere autorizzazioni sorge indipendentemente dall'invio di informazioni da parte dei titolari dei diritti.

[538] Previsto dal comma 4 dell'art. 102-septies l.a.

[539] Richiamato dal comma 2 dell'art. 102-septies l.a.

[540] In questo senso cfr. DUSOLLIER, *The 2019 Directive,* cit., 1115 e 1116; METZGER e SENFTLEBEN, *Comment*, cit., 5; LEISTNER, *European* cit., 24. *Contra* cfr. SPINDLER, *The liability,* cit., 349, secondo cui il provider sarebbe tenuto a controllare tutti i contenuti ospitati sul servizio al fine di verificare quali tra essi siano protetti e richiedano l'ottenimento di licenze, sicché «un semplice controllo casuale» non sarebbe sufficiente.

soddisfare l'obbligo di *best efforts* il prestatore sarà poi tenuto ad avviare un dialogo con i titolari dei diritti o i relativi mandatari ai fini negoziare accordi di licenza. Anche in questo caso lo sforzo richiesto al provider dovrà essere proporzionato, sicché appare sufficiente che il prestatore individui e contatti gli aventi diritto agevolmente identificabili, i cui repertori siano sufficientemente ampi da ricomprendere con verosimiglianza contenuti che rientrano nelle tipologie individuate dal prestatore[541]. Gli organismi di gestione collettiva che operino nei settori interessati dall'attività del provider dovranno certamente essere contattati, così come i maggiori titolari di diritti che amministrino in via diretta repertori di vasta entità[542]. Per il resto la valutazione non potrà che essere operata caso per caso alla luce di tutti gli elementi della fattispecie concreta, come disposto dall'art. 102-septies co. 2 l.a.

Uno scenario problematico potrebbe essere quello in cui il fornitore della piattaforma venga contattato da titolari di medie o piccole dimensioni, i quali intendano negoziare accordi di licenza. In casi di questo tipo ci si deve chiedere se l'obbligo di *best efforts* imponga al provider di avviare le trattative o se viceversa il prestatore possa lecitamente opporre un rifiuto in ragione degli elevati costi di transazione che la prima soluzione genererebbe[543]. La risposta non può che dipendere, anche in questo caso, da una valutazione delle circostanze della fattispecie concreta[544]. In linea generale si può però osservare che

---

[541] In questo senso COGO, *Online content*, cit., 84; SPINDLER, *The Liability*, cit., 349, secondo cui alla luce del principio di proporzionalità il provider non può essere tenuto a identificare e contattare i titolari di *tutti* i contenuti protetti previamente individuati dallo stesso prestatore; ONZA, *Responsabilità*, cit., 94, secondo cui il requisito minimo per soddisfare l'obbligo qui esaminato è quello di contattare proattivamente gli organismi di gestione collettiva; COMMISSIONE EUROPEA, *Orientamenti relativi all'art. 17*, cit., 10.

[542] In questo senso cfr. COGO, *Online*, cit., 84; DUSOLLIER, *The 2019 Directive,* cit., 1115; LEISTNER, *European*, cit., 25 ss.; COMMISSIONE EUROPEA, *Orientamenti relativi all'art. 17*, cit., 10.

[543] Il problema è messo in luce da LEISTNER, *European*, cit., 29.

[544] Così, ad esempio, un rifiuto da parte del provider dovrà ragionevolmente considerarsi lecito nel caso in cui appaia inverosimile che i contenuti di titolarità del soggetto medio-piccolo possano essere condivisi dagli utenti della piattaforma alla luce della tipologia di materiali prevalentemente ospitati sul servizio. Meno agevole sarebbe la valutazione nel caso in cui i contenuti normalmente condivisi sulla piattaforma siano dello stesso tipo di quelli che appartengono al repertorio di chi richiede la licenza: in

una soluzione potenzialmente idonea a soddisfare l'obbligo di *best efforts* in situazioni dubbie come quelle ora immaginate potrebbe consistere nell'offrire accesso ai titolari medio-piccoli a meccanismi collaborativi quali ad esempio *Content ID* di *YouTube*[545]. Attraverso *Content ID*, *YouTube* informa tempestivamente il *rightholder* quando un contenuto protetto di sua titolarità viene caricato sulla piattaforma[546]; e gli consente poi di scegliere se eliminare il materiale in questione o se lasciarlo online e ricevere una parte degli introiti pubblicitari ad esso correlati[547]. Se il titolare sceglie la seconda opzione, egli concede a *YouTube* l'autorizzazione all'utilizzo della risorsa protetta. Offrire accesso a meccanismi di questo tipo ai titolari di repertori medio-piccoli potrebbe rappresentare una soluzione idonea a soddisfare l'obbligo di *best efforts* nei casi in cui lo svolgimento di trattative individuali per la conclusione di accordi di licenza *ex ante* sarebbe eccessivamente costoso per il prestatore. In particolare, in tali ipotesi la predisposizione unilaterale da parte del provider dei termini e delle condizioni dei contratti di licenza conclusi attraverso il meccanismo ora descritto troverebbe la sua giustificazione nella natura sproporzionata dei costi necessari ad una negoziazione individuale.

Diversamente, nei casi in cui il provider abbia contattato (o sia stato contattato da) un titolare di grandi dimensioni o un organismo di gestione

---

questo caso la probabilità di una loro diffusione all'interno del servizio dipenderebbe principalmente dall'ampiezza e dalla popolarità del repertorio.

[545] Questa soluzione è immaginata da LEISTNER, *European Copyright*, cit., 29. Il funzionamento di *Content ID* è illustrato nella pagina del sito *YouTube* accessibile al seguente URL: https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=it. L'accesso a meccanismi come *Content ID* è tipicamente riservato dai provider solo ai grandi operatori dell'industria culturale, come osservato da LEISTNER, *European*, cit., 29 e come risulta dalla pagina del sito *YouTube* ora menzionata, dove viene specificato che *Content ID* è accessibile solo ai titolari «dei diritti esclusivi di una parte consistente del materiale originale che viene caricato di frequente su YouTube».

[546] Il meccanismo prevede in particolare che il *rightholder* fornisca a *YouTube* un database di *file* contenenti i materiali di sua titolarità, così che il provider possa automaticamente identificare i contenuti caricati dagli utenti che vi corrispondono. Cfr. la pagina del sito *YouTube* citata nella nota precedente.

[547] Più precisamente il titolare può scegliere fra tre opzioni: «monetizzare, tracciare o bloccare il video in questione». Cfr. la pagina del sito *YouTube* citata nelle due note precedenti.

collettiva, l'obbligo di *best efforts* qui esaminato sembra imporre al prestatore quantomeno di condurre trattative secondo correttezza e buona fede con l'obiettivo di concludere un accordo di licenza a condizioni ragionevoli[548]. Sotto questo profilo la valutazione dello sforzo profuso dal provider non potrà che ricadere principalmente sull'aspetto economico e in particolare sull'adeguatezza del corrispettivo offerto[549]. Più specificamente, alla luce del principio di proporzionalità la formula legislativa sembra da leggere nel senso che lo sforzo potrà ritenersi «massimo» (adeguato, ragionevole) quando il corrispettivo offerto sia in linea con il mercato e quindi tale per cui non sarebbe stato possibile per la controparte ottenerne uno maggiore[550]. A questo proposito va però osservato che in ragione delle asimmetrie informative tipicamente esistenti tra provider e titolari dei diritti, per i secondi potrebbe non essere agevole valutare la congruità (adeguatezza, ragionevolezza) del corrispettivo offerto dal prestatore. A tal fine potrebbe infatti essere necessario accedere a informazioni relative agli utilizzi sulla piattaforma dei contenuti oggetto di negoziazione e ai ricavi che il provider è in grado di ottenere grazie agli stessi. Se e in che misura l'obbligo di *best efforts* imponga al prestatore di condividere informazioni di questo tipo nella fase di negoziazione dell'accordo di licenza rimane una questione aperta e delicata[551].

Rimane infine da chiedersi se il provider sia tenuto a *concludere* l'accordo di licenza qualora riceva dal titolare di grandi dimensioni o dall'organismo di gestione collettiva un'offerta equa e ragionevole (o financo vantaggiosa per il prestatore); o se viceversa egli mantenga il diritto di rifiutarla e *non*

---

[548] Così LEISTNER, *European*, cit., 27; COMMISSIONE EUROPEA, *Orientamenti relativi all'art. 17*, cit., 11; similmente SPINDLER, *The liability*, cit., 348 e 349, secondo cui il provider deve dimostrare una «serious willingness to negotiate».

[549] Come osservato da F. ASTONE, *Direttiva*, cit., 154.

[550] Ibid.

[551] Sul punto va osservato che l'obbligo di trasparenza previsto dall'art. 102-septies co. 3 l.a. impone al provider di fornire al titolare «informazioni sull'utilizzo dei contenuti» solo a condizione che sia stato concluso un accordo di licenza. La previsione non sembra dunque incidere sulla condotta che il provider è obbligato a tenere nella fase di negoziazione per soddisfare l'obbligo di *best efforts*.

utilizzare (i.e. bloccare preventivamente) i contenuti di titolarità della controparte. In linea di principio la disciplina qui esaminata non sembrerebbe comportare un obbligo di contrarre né per il titolare dei diritti[552] né per il provider[553]: il primo è libero di negare il consenso all'utilizzo dei propri contenuti e il secondo è libero di non utilizzarli – e così di non concludere accordi di licenza. Tuttavia sul piano pratico il prestatore necessita della collaborazione del titolare per evitare di comunicare al pubblico le risorse protette[554]. Ci si deve quindi chiedere se il provider incorra in responsabilità nei confronti del titolare nel caso in cui la negoziazione dell'accordo di licenza non vada a buon fine nonostante l'offerta equa e ragionevole (o financo vantaggiosa) del titolare, il quale poi si rifiuti di fornire al prestatore le informazioni necessarie a quest'ultimo per poter prevenire il danno (i.e. il caricamento delle risorse protette). In un caso del genere il prestatore si troverebbe sostanzialmente costretto a comunicare al pubblico i contenuti di titolarità della controparte in assenza di una licenza e senza aver compiuto i massimi sforzi per ottenerla. Vi sarebbe pertanto la violazione da parte dell'intermediario dell'obbligo di cui alla lett. a) dell'art. 102-septies co. 1 l.a.; al contempo però il comportamento omissivo del titolare contribuirebbe a cagionare (*rectius* non impedire) il danno. La soluzione sembra da individuare nei termini che seguono. Il provider dovrebbe essere obbligato a risarcire il danno causato dall'attività di comunicazione al pubblico realizzata *fino al momento* in cui le trattative si sono concluse con esito negativo, poiché rifiutando l'offerta della controparte il

[552] L'assenza di un obbligo di contrarre a carico del titolare dei diritti è espressamente proclamata nel considerando 61 dir. DSM ed è stata confermata dalla Corte di giustizia nella sentenza CGUE *Repubblica di Polonia*, cit., punto 48.

[553] Nel senso che nemmeno il fornitore della piattaforma sarebbe gravato da un obbligo di contrarre ai sensi della disciplina ora esaminata (e salvi quindi i casi in cui l'obbligo possa sorgere in forza del diritto della concorrenza) cfr. SPINDLER, *The liability*, cit., 348 e 349; LEISTNER, *European*, cit., 28.

[554] Le risorse protette vengono infatti messe online autonomamente dagli utenti della piattaforma, sicché per il provider è sostanzialmente impossibile individuarle e impedirne il caricamento qualora il titolare non abbia previamente fornito le informazioni pertinenti e necessarie.

prestatore è venuto meno all'obbligo di *best efforts*[555]. L'obbligazione risarcitoria non dovrebbe però sorgere con riguardo al danno prodottosi successivamente a quel momento (e fino a quello in cui permanga il rifiuto del titolare di fornire la collaborazione necessaria a impedire il danno). Ciò per due ragioni. In primo luogo una lettura teleologicamente orientata della disciplina in esame porta a escludere che i titolari dei diritti possano surrettiziamente obbligare i provider a utilizzare i loro materiali protetti e a stipulare accordi di licenza, qualora i prestatori intendano rispettare il diritto esclusivo astenendosi dallo svolgere l'attività riservata e a tal fine richiedano una collaborazione minima e ragionevole. L'obiettivo del legislatore sembra infatti essere quello di stimolare la conclusione di accordi licenza nei casi in cui il provider *scelga di* ottenere profitto attraverso l'utilizzo di risorse protette altrui, e non quello di *obbligare* il fornitore della piattaforma a diffondere contenuti in violazione del diritto d'autore. In secondo luogo, il titolare che rifiuti di fornire la collaborazione necessaria a impedire il danno pur a fronte di una espressa e ragionevole richiesta del provider sembrerebbe realizzare una condotta che integra gli estremi della fattispecie prevista dall'art. 1227 co. 2 c.c. Si tratterebbe in altri termini di un danno non risarcibile, poiché il titolare del diritto esclusivo avrebbe potuto evitarlo usando l'ordinaria diligenza.

5. L'OBBLIGO DI COMPIERE I *BEST EFFORTS* PER IMPEDIRE LA DISPONIBILITÀ DI CONTENUTI PROTETTI

5.1. L'INCERTEZZA GENERATA DAL TESTO LEGISLATIVO E IL PROBLEMA DEL RISCHIO DI *OVERBLOCKING*

Dimostrare di aver compiuto i *best efforts* per ottenere un'autorizzazione dal titolare del diritto d'autore è una condizione necessaria ma non sufficiente per andare esente da responsabilità. Ai sensi delle lettere b) e c),

[555] In questo senso cfr. LEISTNER, *European*, cit., 28.

seconda parte dell'art. 102-septies l.a. il provider è tenuto a dimostrare anche di aver compiuto «secondo elevati standard di diligenza professionale i massimi sforzi» per prevenire il caricamento sulla piattaforma dei contenuti protetti rispetto ai quali il titolare abbia inviato informazioni pertinenti e necessarie e/o segnalazioni sufficientemente motivate.

Ricostruire la portata dell'obbligo di filtraggio qui esaminato non è agevole. La disciplina italiana solleva infatti le medesime incertezze interpretative generate dal testo dell'art. 17 dir. DSM, cui si è accennato nel paragrafo 1 di questo capitolo quarto. In particolare, la formula dei «massimi sforzi secondo elevati standard di diligenza professionale» sembra configurare a carico del provider un obbligo stringente di adottare misure quanto più efficaci possibile per prevenire il caricamento dei contenuti protetti indicati dai titolari. Dato che tipicamente – e per definizione – le piattaforme di condivisione ospitano ingenti quantità di materiali, è ragionevole attendersi che nella normalità dei casi i provider si conformino all'obbligo ora esaminato mediante l'utilizzo di strumenti automatici di riconoscimento e filtraggio dei contenuti[556].

Tali strumenti non sono però in grado di valutare la natura lecita o illecita degli *user generated content* che includano contributi più o meno creativi apportati dagli utenti che li hanno caricati. Contenuti di questo tipo potrebbero infatti rientrare nel perimetro applicativo di eccezioni o limitazioni al diritto d'autore, la cui applicabilità non può essere valutata in modo affidabile dalla macchina (vale a dire dai software impiegati dal provider per individuare ed eventualmente bloccare il caricamento dei contenuti)[557]. Sorge quindi il

[556] Come osservato da FROSIO, *Articolo 17*, cit.

[557] L'inesistenza di tecnologie in grado di effettuare una valutazione di questo tipo in modo affidabile è emersa nel corso dei dialoghi tra le parti interessate organizzati dalla Commissione europea ai sensi dell'art. 17 par. dir. DSM, come riportato in EUIPO, *Automated content recognition: discussion paper – Phase 2 'IP enforcement and management use cases'*, 2022, 45. Questo dato è evidenziato in dottrina da BURK, *Algorithmic fair use*, in *University of Chicago Law Review* 2019, 290 ss.; LEISTNER, *European*, cit., 62; DUSOLLIER, *The 2019 Directive*, cit., 1018; WESTKAMP, *Two constitutional cultures, technological enforcement and user Creativity. The impending collapse of the EU copyright regime?*, in

problema di capire se e in quale misura l'obbligo di filtraggio imponga al provider di impedire la disponibilità di questo tipo di materiali, la cui illiceità non è di immediata evidenza.

A questo riguardo l'art. 102-nonies co. 1 l.a. stabilisce che la disponibilità online dei materiali coperti da eccezioni o limitazioni non deve essere impedita dalla cooperazione tra prestatore e titolari. D'altra parte, una verifica umana e puntuale da parte del provider di ciascun contenuto "dubbio" volta ad accertare se ricorrano o meno i presupposti di una libera utilizzazione appare concretamente inesigibile, oltre che di dubbia compatibilità con il divieto di obblighi generali di sorveglianza previsto dall'art. 102-septies co. 4 l.a.

La disciplina lascia quindi il provider in una situazione di notevole incertezza, soprattutto per quanto riguarda le misure da adottare nei confronti dei contenuti "dubbi" ora ricordati. A sua volta tale incertezza genera un rischio elevato di *overblocking* poiché è ragionevole presumere che, di fronte alla scelta tra bloccare e lasciare online i contenuti potenzialmente lesivi, il provider razionale che operi secondo logiche di massimizzazione del profitto opti per bloccare in eccesso, poiché mosso dal precipuo interesse a minimizzare il rischio di incorrere in responsabilità nei confronti dei titolari della privativa[558].

A questo riguardo va osservato che, in linea generale, il rischio di impedire la disponibilità di contenuti leciti è connaturato a qualsiasi meccanismo di responsabilità che deleghi a soggetti privati (titolari e provider) l'attività di individuazione ed eliminazione dei contenuti illeciti: e così ai meccanismi di *notice and take down*, di *notice and stay down* e a quello qui esaminato di *upload filtering.* Quest'ultimo è però senza dubbio quello che genera il rischio maggiore, poiché a differenza dei primi due pone i costi di monitoraggio interamente a carico del provider e grava il titolare di un onere minimo, vale a dire

IIC 2021, 65. Cfr. anche le Conclusioni dell'Avvocato generale SAUGMANDSGAARD ØE in cause *YouTube* e *Uploaded*, cit., punto 148.

[558] Cfr. HUSOVEC, *The promises*, cit., 59.

quello di fornire all'intermediario le informazioni pertinenti e necessarie ad effettuare l'attività di filtraggio in autonomia. Pertanto un sistema di questo tipo impone al provider di scandagliare *tutti* i contenuti caricati dagli utenti; e incentiva *tutti* i titolari (inclusi quelli impossibilitati a sostenere costi di monitoraggio) ad avvalersi del meccanismo di enforcement, ed a farlo per tutelare i rispettivi repertori nella loro *interezza*. Vi è dunque una elevata probabilità che le misure di filtraggio automatico impiegate dal provider impattino su un bacino molto vasto di materiali. Per tale ragione, l'assenza di limiti ben definiti alla responsabilità del provider (e la conseguente probabilità che il prestatore adotti misure di filtraggio eccessive per evitare di incorrervi) genera un rischio considerevole che la libertà di espressione degli utenti risulti sistematicamente repressa[559].

Sulla base delle considerazioni che precedono diversi autori hanno sostenuto che l'art. 17 dir. DSM non contiene garanzie sufficienti a salvaguardare la libertà di espressione degli utenti[560]. La medesima posizione è stata assunta dalla Repubblica di Polonia, che poco tempo dopo l'adozione della direttiva ha proposto un ricorso avanti alla Corte di giustizia per chiedere l'annullamento dell'art. 17, sostenendo che esso comporterebbe una limitazione del diritto alla libertà di espressione e informazione garantito dall'art. 11 della

[559] Ibid.

[560] Nel senso che l'art. 17 dir. DSM sarebbe meritevole di annullamento per incompatibilità con la Carta di Nizza cfr. già HUSOVEC, *(Ir)Responsible*, cit. Cfr. anche FROSIO, *Reforming*, cit., 723, che ha criticato aspramente l'obbligo di *upload filtering* introdotto dal legislatore euro-unitario, ma ha evidenziato che il tenore letterale dell'art. 17 è tale da rendere molto basse le chance di un suo annullamento. Una valutazione simile è stata espressa da WESTKAMP, *Two constitutional*, cit.

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[561] non rispettosa dell'art. 52 par. 1 della Carta stessa[562].

La Corte di giustizia ha rigettato il ricorso con sentenza del 26 aprile 2022 (d'ora in avanti la sentenza *"Repubblica di Polonia"*)[563]. Nel confermare la legittimità dell'art. 17, la Corte ha fornito importanti chiarimenti sull'interpretazione da riservare al combinato disposto dei paragrafi 4, lett. b) e c), 7, prima parte e 8, prima parte dell'art. 17. Le disposizioni ora menzionate hanno tenore analogo a quelle previste rispettivamente dagli artt. 102-septies, lett. b) e c), 102-nonies co. 1 e 102-septies co. 4 l.a. Pertanto una corretta ricostruzione del contenuto dell'obbligo di filtraggio previsto dalla normativa italiana non può che prendere le mosse da un'attenta analisi della decisione della Corte di giustizia.

[561] Di seguito ci si riferirà al diritto garantito dall'art. 11 Carta di Nizza con la più sintetica locuzione "libertà di espressione", utilizzata dall'art. 10 Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che ha contenuto analogo all'art. 11 Carta di Nizza. Cfr. WOODS, *Article 11*, in PEERS, HERVEY, KENNER e WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Hart Publishing, Oxford, 2021, 333 ss.; MASTROIANNI e STROZZI, *Commento all'art. 11*, in MASTROIANNI, POLLICINO, ALLEGREZZA e RAZZOLIN (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2017, 217 ss.; LOCK, *Article 11 CFR*, in KELLERBAUER, KLAMERT e TOMKIN (a cura di), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2019, 2132 ss.

[562] Per un commento all'art. 52 par. 1 Carta di Nizza cfr. LOCK, *Article 52 CFR*, in KELLERBAUER, KLAMERT e TOMKIN (a cura di), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, cit., 2241 ss.; PEERS e PRECHAL, *Article 52*, in PEERS, HERVEY, KENNER e WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, cit., 1611 ss.; FERRARO, *Commento all'art. 52*, in MASTROIANNI, POLLICINO, ALLEGREZZA e RAZZOLIN (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, cit., 1058 ss.

[563] Cfr. CGUE *Repubblica di Polonia*, cit.

5.2. LA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA NEL CASO *REPUBBLICA DI POLONIA*

Con la sentenza ora esaminata la Corte di giustizia ha dichiarato che l'art. 17 contiene garanzie sufficienti ad assicurare il rispetto dei principi di proporzionalità[564] e del giusto equilibrio tra diritti fondamentali[565].

Anzitutto il giudice euro-unitario ha accertato che il regime di responsabilità disciplinato al par. 4 dell'art. 17 impone al fornitore della piattaforma di condivisione (che non abbia ottenuto l'autorizzazione dai titolari dell'esclusiva) l'obbligo di effettuare un controllo preventivo dei contenuti caricati dagli utenti[566]. Inoltre, la Corte ha rilevato che l'utilizzo a tal fine di strumenti automatici di riconoscimento e filtraggio è in una certa misura inevitabile[567]. Procedendo da questo assunto, essa ha concluso che tale regime di responsabilità comporta una limitazione del diritto garantito all'art. 11 Carta di Nizza, in quanto incide sul funzionamento di un importante mezzo di diffusione delle informazioni qual è una piattaforma di condivisione di contenuti[568].

La Corte ha poi valutato se la restrizione rispetti l'art. 52 par. 1 Carta di Nizza ed a tal fine ha applicato in modo dettagliato ciascun passaggio del

---

[564] Sul principio di proporzionalità cfr. infra nel testo.

[565] Sul principio del giusto equilibrio cfr. BERTANI, *La concretizzazione delle clausole generali sulla proprietà intellettuale*, in *AIDA* 2021, 42 e 43, dove l'autore rileva che la Corte di giustizia non ha offerto indicazioni univoche riguardo al modo in cui il canone del giusto equilibrio debba essere valorizzato sul piano applicativo. In particolare l'autore osserva che la giurisprudenza euro-unitaria offre unicamente la «duplice indicazione 1) valoriale di divieto dell'ablazione aprioristica ed ingiustificata dell'uno o dell'altro tra gli interessi antagonisti, nonché 2) metodologica riguardo alla necessità del loro bilanciamento». Cfr. anche ROMANO, *Il giusto equilibrio tra diritti di proprietà intellettuale ed altri diritti fondamentali*, in *AIDA* 2021, 83 ss.; SGANGA, *A decade of fair balance doctrine, and how to fix it: copyright versus fundamental rights before the CJEU from Promusicae to Funke Medien, Pelham and Spiegel Online,* in *EIPR* 2019, 672 ss., dove l'autrice mette in luce lo scarso rigore metodologico dimostrato dalla Corte di Lussemburgo nell'applicare il canone del giusto equilibrio e nel definire il rapporto tra quest'ultimo e il test di proporzionalità.

[566] CGUE *Repubblica di Polonia*, cit., punto 53.

[567] Ivi, punto 54.

[568] Ivi, punti 55-58.

test ivi previsto[569]. Sotto questo profilo la pronuncia sembra spiccare per analiticità e rigore metodologico rispetto a quelle in cui in passato la Corte è stata chiamata a valutare la proporzionalità di misure di enforcement online del diritto d'autore[570]. Il giudice ha anzitutto verificato il rispetto dei requisiti dettati dalla prima parte dell'art. 52 par. 1 Carta di Nizza, ai sensi del quale ogni misura restrittiva di un diritto fondamentale deve rispettarne il contenuto essenziale ed essere prevista dalla legge[571]. La decisione ha poi vagliato il rispetto delle quattro condizioni imposte dal principio di proporzionalità[572], le quali possono schematizzarsi come segue[573]. In primo luogo ogni limitazione a un diritto fondamentale deve essere volta a perseguire un obiettivo di interesse generale riconosciuto dall'Unione europea o a tutelare diritti e libertà altrui. Il secondo requisito è quello dell'idoneità della misura a contribuire al raggiungimento del proprio scopo. La misura deve poi essere necessaria, nel senso che non ne devono esistere di meno restrittive ed egualmente efficaci. Infine, i costi causati non devono essere sproporzionati rispetto ai benefici generati.

---

[569] Per un commento sulla clausola prevista dall'art. 52 par. 1 Carta di Nizza cfr. i contributi citati *supra* nella nota n. 562.

[570] Per il rilievo del carattere superficiale della motivazione del test di proporzionalità applicato in passato ex art. 52 Carta di Nizza in materia di diritto d'autore cfr. SGANGA, *Principio di proporzionalità e misure di tutela del diritto d'autore,* in *AIDA* 2020, 163 ss.

[571] CGUE *Repubblica di Polonia*, cit., punti 72-81. La Corte ha applicato la c.d. "absolute theory of essence", in base alla quale la valutazione circa il rispetto del contenuto essenziale del diritto fondamentale oggetto di limitazione dev'essere autonoma e distinta dal test di proporzionalità. Sul tema cfr. BRKAN, *The concept of essence of fundamental rights in the EU legal order: peeling the onion to its core*, in *European Constitutional Law Review* 2018, 332 ss.

[572] CGUE *Repubblica di Polonia*, cit., punti 82-97.

[573] Cfr. LOCK, *Article 52 CFR*, cit., 2252 ss.; SGANGA, *Principio,* cit., 152; SAUTER, *Proportionality in EU law: a balancing act?*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies,* 2013, 15, 448 ss., dove l'autore rileva che in varie occasioni la Corte di giustizia ha applicato il test omettendo di esplicitare i singoli passaggi di cui esso si compone (per considerazioni analoghe con riferimento alla giurisprudenza euro-unitaria in materia di diritto d'autore cfr. SGANGA, *Principio*, cit., 163 ss.). L'autore evidenzia inoltre che il principio di proporzionalità è stato applicato dalla Corte di Lussemburgo secondo standard diversi al variare delle caratteristiche delle misure di volta in volta oggetto di scrutinio. Per quanto, dunque, l'articolazione del principio nei quattro passaggi evidenziati nel testo appaia un dato condiviso dalla dottrina maggioritaria, sembra persistere una discreta dose di incertezza circa la loro esatta portata applicativa.

La Corte ha accertato che l'art. 17 rispetta tali requisiti, sulla base di un ragionamento che si sviluppa su due linee.

Da un lato il giudice euro-unitario ha affermato che è inevitabile comprimere, in certa misura, le libertà degli utenti al fine di perseguire in modo efficace l'obiettivo di garantire una tutela effettiva del diritto fondamentale di proprietà intellettuale[574] nell'ambito delle piattaforme di condivisione di contenuti. In particolare la Corte ha dichiarato che l'obbligo di filtraggio dei contenuti costituisce una misura a ciò necessaria. La ragione è che il regime di *notice and take down* e l'obbligo di compiere in via preventiva i massimi sforzi per ottenere un'autorizzazione dai titolari non sarebbero, di per sé soli, strumenti altrettanto efficaci per il perseguimento di tale obiettivo[575].

Si è così superato definitivamente l'orientamento espresso in passato con la decisione *Netlog*, la quale aveva negato la legittimità di un obbligo di *upload filtering*, imposto in via giudiziale al gestore di un social network, dal contenuto analogo a quello ora previsto *ex lege*[576]. Tra le motivazioni della decisione si leggeva che un'ingiunzione di quel tipo avrebbe «rischi[ato] di ledere la libertà di informazione»[577].

D'altra parte, la Corte è apparsa ben consapevole del pericolo di *overblocking* causato dalle misure di filtraggio imposte dal legislatore. È significativo a tal proposito il richiamo operato alla giurisprudenza del Giudice di Strasburgo secondo la quale ogni limitazione preliminare ad un mezzo di diffusione delle informazioni presenta «un pericolo così grande» per il rispetto della libertà di espressione da doversi iscrivere in un «contesto giuridico

---

[574] Tutelato dall'art. 17 par. 2 Carta di Nizza. Per un commento alla disposizione cfr. LOCK, *Article 17 CFR*, in KELLERBAUER, KLAMERT e TOMKIN (a cura di), *The EU Treaties*, cit., 2149 ss.; TORREMANS, *Article 17*, in PEERS, HERVEY, KENNER e WARD (a cura di), *The EU Charter*, cit., 519 ss.; RICOLFI, *Commento all'art. 17(2)*, in MASTROIANNI, POLLICINO, ALLEGREZZA e RAZZOLIN (a cura di), *Carta dei diritti*, cit., 337 ss.

[575] CGUE *Repubblica di Polonia*, cit., punto 83.

[576] CGUE *Netlog*, cit., punti 48-50.

[577] Ibid.

particolarmente rigoroso»[578]. Basandosi su questo criterio-guida, la Corte sembra aver interpretato le disposizioni contenute ai paragrafi 4, 7 e 8 dell'art. 17 in modo da circoscrivere notevolmente la portata dell'obbligo di *upload filtering* e il suo impatto sulle libertà degli utenti.

La questione nodale posta all'attenzione del giudice aveva ad oggetto l'interpretazione del combinato disposto del par. 4, lett. b) e c) e del par. 7, prima parte dell'art. 17. Le parti in causa propugnavano due letture profondamente divergenti[579]. Secondo l'interpretazione sostenuta dai governi spagnolo e francese[580] il par. 4, lett. b) e c) imporrebbe al provider l'obbligo di bloccare *ex ante tutti* i materiali che riproducano anche parzialmente quelli inviati dai relativi titolari. Sarebbe dunque onere dell'utente attivare il meccanismo di reclamo previsto dal par. 9 al fine di ripristinare la disponibilità online dei contenuti bloccati non lesivi della privativa d'autore. Il par. 7 sarebbe quindi volto a garantire che la cooperazione tra piattaforma e titolare non impedisca tale ripristino *ex post* dei contenuti leciti. Per contro il Parlamento, la Commissione e il Consiglio interpretavano il combinato disposto del par. 4, lett. b) e c) e del par. 7 nel senso che il provider sarebbe tenuto ad evitare *ex ante* il blocco dei contenuti leciti. Secondo questa lettura l'utente sarebbe sollevato da ogni onere, poiché graverebbe sul provider l'obbligo di evitare il filtraggio preventivo di materiali che non violano il diritto d'autore.

Il giudice di Lussemburgo ha accolto la seconda interpretazione, statuendo che il par. 4, lett. b) e c) e il par. 7 vanno letti congiuntamente. In particolare la Corte ha dichiarato che il par. 7, co. 1 impone al fornitore della piattaforma di condivisione un obbligo di risultato, il quale incide e prevale su

[578] CGUE *Repubblica di Polonia*, cit., punto 68.

[579] Cfr. conclusioni dell'avvocato generale SAUGMANDSGAARD ØE in cause *YouTube e Uploaded*, cit., punti 167-170.

[580] Nonché dalla Repubblica di Polonia, la quale però ne ha tratto una conclusione opposta rispetto ai governi spagnolo e francese, vale a dire l'illegittimità dell'art. 17.

quello di mezzi previsto dal par. 4, lett. b) e c)[581]. Nell'adempiere l'obbligo di *upload filtering* l'intermediario deve quindi evitare di bloccare i contenuti che non violano il diritto d'autore. In *questo* senso è preclusa l'adozione di sistemi di filtraggio, i quali rischino di non distinguere adeguatamente tra contenuti lesivi e non della privativa d'autore[582]. A proposito dell'utilizzo lecito di opere e materiali altrui nell'ambito delle piattaforme di condivisione, la decisione ha altresì specificato che il par. 7, seconda parte rende obbligatorie le eccezioni di citazione, critica, rassegna, caricatura, parodia e *pastiche*, le quali comportano veri e propri diritti a vantaggio degli utenti e hanno lo scopo di assicurare un giusto equilibrio tra gli interessi di questi ultimi e rispettivamente dei titolari della privativa[583].

In altri termini, la pronuncia ha chiarito che l'art. 17 impone l'impiego di filtri algoritmici che rispettino *by design* la libertà di espressione. Quest'ultima dev'essere salvaguardata *ex ante* dal provider e il meccanismo di reclamo previsto dal par. 9 costituisce uno strumento di garanzia *residuale* e *supplementare*[584].

La Corte si è poi pronunciata circa l'impatto sull'obbligo di *upload filtering* del divieto di imporre un'attività di sorveglianza generale previsto dall'art. 17 par. 8. A tal riguardo, come si è già visto, essa ha dichiarato che il fornitore della piattaforma di condivisione non può essere tenuto a prevenire il caricamento di materiali che per essere qualificati come illeciti

---

[581] CGUE *Repubblica di Polonia*, cit., punto 78.

[582] Ivi, punto 86. La Corte non sembrerebbe quindi richiedere al provider l'adozione di tecnologie adeguatamente in grado di riconoscere contenuti illeciti in situazioni dubbie. L'adeguatezza degli strumenti di filtraggio appare piuttosto intesa come un requisito operante "in negativo", nel senso di precludere l'adozione di sistemi che *rischino* di bloccare contenuti leciti. Questa indicazione sembra emergere non solo dalla decisione qui commentata, ma anche dalle precedenti CGUE *Netlog*, cit., punto 50 e CGUE *Scarlet Extended*, cit., punto 52. In tutte e tre le pronunce la Corte ha infatti dichiarato che è preclusa l'adozione di un sistema di filtraggio che rischi di non «distinguere adeguatamente tra un contenuto lecito ed un contenuto illecito, *sicché il suo impiego potrebbe produrre il risultato di bloccare comunicazioni aventi un contenuto lecito* [corsivo di chi scrive]».

[583] CGUE *Repubblica di Polonia*, cit., punto 87.

[584] Ivi, punti 93-95.

richiederebbero una valutazione autonoma di natura giuridica da parte dell'intermediario stesso[585]. Di conseguenza, nei casi in cui una valutazione giuridica sia necessaria il titolare del diritto d'autore potrà evitare la disponibilità online di contenuti non autorizzati solo inviando al provider un'apposita segnalazione[586]. A questo riguardo però la Corte ha ulteriormente precisato che l'obbligo di *take down* (e successivo *stay down*) sorge soltanto se la richiesta di rimozione inviata dal titolare della privativa contiene una motivazione sufficiente a consentire all'intermediario di riscontrare, senza dover effettuare un esame giuridico approfondito, l'illiceità del materiale segnalato e la compatibilità di una sua eventuale rimozione con la libertà di espressione[587].

La decisione sembra così aver chiarito che dal divieto di imporre un obbligo generale di sorveglianza discende il corollario per cui il provider non può essere tenuto a rilevare autonomamente le ragioni di illiceità del contenuto messo in rete dall'internauta. Tali ragioni dovranno essere "autoevidenti" alla luce delle «informazioni pertinenti e necessarie» fornite dal titolare della privativa. Solo in questo caso il provider potrà essere responsabile per non aver bloccato il caricamento del contenuto.

Alla luce delle ragioni sin qui evidenziate – cui se ne aggiungono alcune che appaiono di minor rilievo[588] – la Corte ha concluso che l'art. 17 contiene garanzie sufficienti ex art. 52 Carta di Nizza a salvaguardare la libertà di espressione.

---

[585] Ivi, punto 90.

[586] Ivi, punto 91.

[587] Ivi, punto 90. La Corte ha qui richiamato la statuizione già resa con riguardo all'obbligo di *take down* previsto dall'art. 14 dir. e-commerce nella sentenza CGUE *YouTube-Uploaded*, punto 116. Questo dato appare significativo perché la Corte sembra così aver chiarito che l'obbligo di *take down* previsto dall'art. 17, par. 4 lett. c) dir. DSM ha contenuto analogo a quello stabilito dall'art. 14 dir. e-commerce (ora art. 6 DSA). In particolare, dalla statuizione della Corte si evince che il requisito della «manifesta illiceità» del contenuto segnalato costituisce condizione necessaria per il sorgere dell'obbligo di rimozione anche ai sensi dell'art. 17, par. 4, lett. c) dir. DSM, sebbene la disposizione non lo preveda espressamente.

[588] Cfr. i punti 89, 93 e 96 della sentenza qui commentata.

Il giudice non ha però chiarito se i legislatori nazionali siano tenuti a specificare il contenuto di tali garanzie circoscrivendo in modo puntuale la portata dell'obbligo di filtraggio – così come hanno fatto i legislatori tedesco e austriaco[589]; o se una trasposizione testuale delle disposizioni euro-unitarie sia sufficiente o addirittura preferibile[590]. La Corte si è limitata a statuire che, nel dare attuazione all'art. 17, i legislatori nazionali devono fondarsi su un'interpretazione del testo legislativo euro-unitario atta a garantire un giusto equilibrio tra i diritti fondamentali tutelati dalla Carta di Nizza[591]. Il giudice ha poi affermato che le autorità nazionali chiamate ad applicare le normative di attuazione devono fondarsi su una loro interpretazione rispettosa del principio di proporzionalità[592].

Pur nel "silenzio" della Corte, sembra ragionevole concludere nel senso della legittimità delle normative nazionali che, come quella italiana, hanno disciplinato l'obbligo di filtraggio trasponendo *verbatim* le disposizioni dell'art. 17 che ne regolano la portata[593]. Infatti, poiché le disposizioni ora richiamate sono state considerate conformi alla Carta di Nizza, lo stesso giudizio sembra dover valere per le previsioni nazionali che ne riproducono fedelmente il testo[594]. È chiaro però che, alla luce della formulazione ampia di queste

[589] In questo senso cfr. LEISTNER, *The implementation*, cit., 2, secondo cui «after the CJEU's judgment there is no real alternative to the German model for implementing Art. 17 in line with EU constitutional law»; Conclusioni dell'Avvocato generale SAUGMANDSGAARD ØE in cause *YouTube e Uploaded*, cit., punto 151. Va tuttavia osservato che le conclusioni dell'Avvocato generale da un lato affermano che agli stati membri spetta il compito di puntualizzare la portata dell'obbligo di filtraggio, dall'altro (punto 152) specificano che i provider «non dovrebbero essere tenuti a sottoporsi a 27 regimi nazionali di responsabilità che possono divergere per quanto riguarda la portata degli obblighi di filtraggio imposti loro».

[590] Nel senso che l'art. 17 dir. dovrebbe essere trasposto in modo fedele al testo euro-unitario cfr. ROSATI, *Five considerations for the transposition and application of Article 17 of the DSM Directive,* in *JIPLP* 2021, 265.

[591] CGUE *Repubblica di Polonia,* cit., punto 99.

[592] Ibid.

[593] Tali disposizioni sono quelle previste ai paragrafi 4, lett. b) e c) in fine, 5, 7 prima parte e 8 prima parte dell'art. 17 dir. DSM.

[594] In questo senso cfr. ANGELOPOULOS, *Articles 15 & 17*, cit., 31 e 32.

disposizioni, grava sull'interprete il compito di ricostruire la portata dell'obbligo di filtraggio nel rispetto del principio di proporzionalità. Nelle prossime pagine si tenterà di svolgere questa operazione interpretativa, anche alla luce delle indicazioni fornite dalla Corte con la sentenza ora esaminata.

5.3. L'INTERPRETAZIONE DELL'OBBLIGO DI FILTRAGGIO ALLA LUCE DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ: LA LIBERTÀ DI ESPRESSIONE E IL CRITERIO DELLA MANIFESTA ILLICEITÀ

Dalla pronuncia della Corte è possibile desumere una prima indicazione interpretativa di carattere generale: l'obbligo di filtraggio impone all'intermediario unicamente di bloccare i contenuti *manifestamente* lesivi del diritto d'autore alla luce delle informazioni fornite dai titolari della privativa[595].

Seppur non espressamente enunciata dalla decisione, questa lettura sembra l'unica in grado di conciliare l'obbligo (di mezzi) di *upload filtering* con quello (di risultato) previsto dall'art. 102-nonies co. 1 l.a., garantendo al contempo il rispetto del divieto di imporre un'attività di sorveglianza generale.

In senso contrario si potrebbe argomentare che limitare l'obbligo d'intervento del fornitore della piattaforma ai soli casi di manifesta illiceità equivarrebbe a configurare in capo allo stesso una responsabilità per sola colpa grave o dolo[596], incompatibile con quella «per colpa presunta anche solo

[595] In questo senso cfr. QUINTAIS, FROSIO, VAN GOMPEL, HUGENHOLTZ, HUSOVEC, JÜTTE e SENFTLEBEN, *Safeguarding user freedoms in implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: recommendations from European academics*, in *papers.ssrn.com,* 2019, 4; DUSOLLIER, *The 2019*, cit., 1020; FROSIO, *Reforming*, cit., 730; LEISTNER, *The implementation*, cit., 10 e 11; COMMISSIONE EUROPEA, *Orientamenti relativi all'art. 17*, cit., 23; AGCOM, Allegato A alla Delibera n. 115/23/CONS recante *Linee guida concernenti il meccanismo di reclamo predisposto dai prestatori di servizi di condivisione di contenuti online di cui all'articolo 102-decies della legge 22 aprile 1941, n. 633,* 4 (d'ora in avanti "AGCOM, *Linee guida concernenti il meccanismo di reclamo*").

[596] In questi termini si esprime Cass. 19 marzo 2019 n. 7708, cit., dove si legge che «[l]'aggettivo ["manifesta"] vale, in sostanza, a circoscrivere la responsabilità del prestatore alla fattispecie della colpa grave o del dolo: se l'illiceità deve essere «manifesta», vuol dire che sarebbe possibile riscontrarla senza particolare difficoltà, alla stregua dell'esperienza e della conoscenza tipiche dell'operatore del settore e della diligenza professionale da lui esigibile, così che non averlo fatto integra, almeno, una grave negligenza dello stesso».

lievissima»[597] che la formula legislativa sembra prevedere. In particolare, si potrebbe sostenere che i «massimi sforzi secondo elevati standard di diligenza professionale di settore» imporrebbero al gestore della piattaforma di compiere un giudizio più approfondito circa la (il)liceità dei contenuti caricati dagli utenti.

Tuttavia, un simile approccio sembra esser stato chiaramente sconfessato dalla Corte. Come si è visto, il giudice di Lussemburgo ha interpretato il divieto di imporre un'attività di sorveglianza generale nel senso che il provider non può essere tenuto a prevenire il caricamento di contenuti, la constatazione della cui illiceità richiederebbe una valutazione giuridica autonoma da parte del prestatore[598]. Lo standard di diligenza qualificata previsto dall'art. 102-septies, co. 1, lett. b) l.a. deve quindi essere valorizzato sul piano applicativo guardando ad altre caratteristiche della condotta dell'intermediario. Dovranno ad esempio essere valutati fattori quali l'efficacia con cui le misure di filtraggio impiegate sono in grado di *individuare* i contenuti sulla base delle informazioni inviate dai titolari[599], o quali e quante *tipologie* di opere protette tali sistemi

[597] Così FALCE e FARAONE, *Spunti*, cit., 39.

[598] CGUE *Repubblica di Polonia,* cit., punto 90.

[599] A questo riguardo va osservato che il mercato offre diverse soluzioni tecnologiche in grado di riconoscere automaticamente i contenuti caricati dagli utenti che corrispondono a quelli forniti dai titolari dei diritti. Tra le varie tecnologie vi sono ad esempio l'*hashing*, il *watermarking* e il *fingerprinting* (cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Orientamenti relativi all'art. 17*, cit., 14). Esse però non sono egualmente efficaci: per esempio i filtri basati su tecnologia *hashing* sono agevolmente eludibili, poiché è sufficiente apportare una modifica minima al file digitale originale (dal quale viene estrapolato il codice hash univoco poi confrontato con quello generato dal contenuto caricato dall'utente) per renderlo irriconoscibile al software. Viceversa i filtri basati su tecnologia *fingerprinting* sono più difficili da eludere, poiché sono maggiormente in grado di intercettare contenuti alterati dagli utenti (cfr. EUIPO, *Automated Content Recognition*, cit.). La scelta dell'una piuttosto che dell'altra soluzione tecnologica da parte del provider dev'essere valutata alla luce della formula dei «massimi sforzi secondo elevati standard di diligenza professionale di settore», cosicché il provider incorrerà in responsabilità qualora non abbia impiegato una tecnologia sufficientemente efficace nonostante la sua adozione risulti esigibile in forza del criterio di imputazione della responsabilità ora ricordato, il quale dev'essere applicato tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto ai sensi dell'art. 102-septies co. 2 l.a.

riescono ad intercettare[600]. Nessuna valutazione autonoma del contenuto deve rendersi necessaria da parte del provider.

Sulla base di queste considerazioni si deve concludere che il provider può essere tenuto a filtrare preventivamente, in linea generale, solo i contenuti manifestamente illeciti. Resta da capire che significato debba assumere in concreto la nozione di "manifesta illiceità", intesa come limite alla portata dell'obbligo di filtraggio.

Secondo una prima accezione l'espressione dovrebbe ricomprendere solo i contenuti "identici o equivalenti" a quelli – o parti di quelli – forniti dai titolari[601]. Con riguardo a tale categoria di materiali, l'applicabilità di eccezioni o limitazioni al diritto d'autore può essere ragionevolmente esclusa. Questi tipi di utilizzo possono dunque essere bloccati in via preventiva tramite l'uso di sistemi algoritmici con un margine di errore (i.e. di *overblocking*) vicino allo zero e senza la necessità di effettuare una valutazione giuridica.

Lo stesso non vale per quei contenuti che non riproducano pedissequamente – o con variazioni insignificanti – i materiali inviati dai titolari, ma vi apportino delle modifiche rilevanti o li usino in combinazione con altri[602]. A

[600] Si pensi ad esempio alle opere coreografiche: fino ad oggi esse hanno ricevuto un'attenzione relativamente scarsa nel dibattito relativo al copyright enforcement sulle piattaforme online, ma sembrano acquisire un rilievo pratico sempre maggiore. Vi sono ad esempio servizi quali *TikTok* in cui una parte rilevante dei contenuti caricati degli utenti costituiscono proprio opere coreografiche. Si potrebbe dunque porre la questione se il provider sia tenuto ad adottare misure di filtraggio in grado di riconoscere automaticamente opere di questo tipo.

[601] In questo senso cfr. QUINTAIS, FROSIO, VAN GOMPEL, HUGENHOLTZ, HUSOVEC, JÜTTE e SENFTLEBEN, *Safeguarding*, cit., 4, dove gli autori specificano altresì che la nozione di "equivalente" dev'essere intesa in senso restrittivo; DUSOLLIER, *The 2019*, cit., 1020; FROSIO, *Reforming*, cit., 730, dove l'autore 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 nelle cause *YouTube e Uploaded,* cit., punti 201-203.

[602] Si pensi ad esempio ad una fotografia protetta alla quale l'utente aggiunga degli elementi grafici o testuali (come avviene con i "meme"), o ad un video creato dall'utente nel quale quest'ultimo inserisce spezzoni di opere cinematografiche al fine di commentarli. Come noto, queste tipologie di utilizzo si collocano nella categoria dei c.dd. user generated contents ("UGC") e nell'ultimo decennio si sono diffuse in modo capillare grazie alla disponibilità su larga scala a costi irrisori delle tecnologie

fini di chiarezza e semplicità essi saranno qui denominati "contenuti/usi complessi". In questi casi l'applicabilità di eccezioni o limitazioni al diritto d'autore può essere ragionevolmente ipotizzata a priori con un grado di probabilità non trascurabile[603].

Vi è certamente la possibilità che un uso complesso sia manifestamente illecito[604]. Tuttavia, allo stato attuale dello sviluppo tecnologico la manifesta illiceità di questa tipologia di contenuti può essere riscontrata in modo sufficientemente accurato solo tramite una verifica umana. A tal fine è infatti necessario l'apprezzamento di elementi, quali il contesto, attualmente oltre la portata delle macchine[605].

Alla luce delle indicazioni fornite dalla Corte e del principio di proporzionalità, tra una definizione di "manifesta illiceità" che includa solo i contenuti *identici o equivalenti* ed una (più ampia) comprensiva anche dei contenuti *complessi* manifestamente illeciti sembra doversi propendere per la prima.

Infatti, mentre il blocco di contenuti identici o equivalenti si risolve in una operazione di carattere sostanzialmente tecnico che non implica alcuna

---

digitali che consentono di modificare e combinare a piacere i contenuti. I social network e le dinamiche di condivisione e interazione creativa rese possibili da tali piattaforme hanno fortemente alimentato la diffusione degli user generated contents, che hanno ormai un rilievo primario nel contesto dell'ambiente online. Sul punto cfr. FROSIO, *Reforming*, cit., 731 ss.

[603] Ad esempio, è plausibile che un "meme" rientri nell'ambito applicativo dell'eccezione di parodia, che l'inserimento di un frammento di opera cinematografica in un video generato dall'utente costituisca una citazione lecita, o che l'abbinamento di due diversi materiali integri l'eccezione di *pastiche*. A questo proposito va osservato la valutazione circa l'applicabilità di eccezioni o limitazioni è particolarmente complessa se si considera che vi è notevole incertezza circa il loro perimetro applicativo: cfr. ad esempio per l'eccezione di citazione VISENTIN, *Rigidità e flessibilità nella disciplina dell'eccezione di citazione: quale direzione?*, in *AIDA* 2022, 837 ss., e per l'eccezione di *pastiche* MEZEI, JÜTTE, SGANGA e PASCAULT, *Oops, I sampled again,* cit.

[604] Si pensi ad esempio a un frammento di opera cinematografica protetta, al quale l'utente aggiunga in sovraimpressione un testo evidentemente privo di ogni nesso contenutistico con il primo, così come di qualsiasi possibile effetto estetico. È chiaro che si tratta di un utilizzo non coperto da citazione, parodia, pastiche né da altre eccezioni o limitazioni al diritto d'autore.

[605] Cfr. EUIPO, *Automated Content Recognition,* cit., 45; BURK, *Algorithmic*, cit., 290 ss.; LEISTNER, *European copyright*, cit., 62; DUSOLLIER, *The 2019*, cit., 1018; WESTKAMP, *Two constitutional,* cit., 65; Conclusioni dell'Avvocato generale SAUGMANDSGAARD ØE in cause *YouTube e Uploaded*, cit., punto 148.

valutazione giuridica da parte del gestore della piattaforma di condivisione, lo stesso non vale per quelli complessi. Nell'ambito di questa seconda categoria di contenuti, l'individuazione di quelli manifestamente illeciti richiederebbe l'impiego di risorse umane[606] o, in alternativa, l'adozione di filtri algoritmici così sofisticati da essere in grado di sostituire l'uomo con un margine di errore accettabile. Nessuna delle due soluzioni sembra poter essere imposta all'intermediario.

In particolare, la prima soluzione appare da accantonare alla luce del divieto di imporre obblighi di sorveglianza generale, così come interpretato nella sentenza *Repubblica di Polonia*. Infatti, nell'escludere la configurabilità di un obbligo a carico del provider di compiere valutazioni giuridiche autonome dei contenuti intercettati dai sistemi di filtraggio, la Corte sembra aver statuito che il fornitore della piattaforma deve poter ricorrere unicamente a mezzi automatizzati per soddisfare l'obbligo qui esaminato. Questa lettura della decisione è corroborata dal fatto che nel passaggio ora considerato[607] essa richiama la sentenza *Glawischnig*, che si pronunciò in tal senso[608].

Per quanto riguarda la seconda soluzione, essa sembra da escludere per le seguenti ragioni[609]. All'attuale stato della tecnica non esistono intelligenze artificiali in grado di distinguere con un margine di errore vicino allo zero gli utilizzi illeciti da quelli coperti da eccezioni o limitazioni al diritto d'autore[610]. Ciò non esclude però che in futuro ci si possa avvicinare a risultati di questo

[606] In particolare, le risorse umane potrebbero coadiuvare i filtri algoritmici supplendo alle mancanze di questi ultimi. Si tratterebbe in altri termini di misure di filtraggio miste, che combinerebbero risorse algoritmiche e moderatori umani. Si pensi per esempio a un sistema di filtraggio che operi secondo il seguente schema: l'algoritmo blocca unicamente gli usi identici o equivalenti, seleziona quelli complessi e rimette la loro valutazione a operatori umani, i quali effettuano una valutazione e bloccano solo quelli manifestamente illeciti.

[607] CGUE *Repubblica di Polonia*, cit., punto 90.

[608] Cfr. CGUE *Glawischnig*, cit., punti 41-46. In dottrina cfr. PEUKERT, HUSOVEC, KRETSCHMER, MEZEI e QUINTAIS, *European Copyright*, cit., 368.

[609] In senso contrario cfr. però HUSOVEC, *infra*, nota n. 615.

[610] Cfr. le fonti citate *supra* alla nota n. 605.

genere, quanto meno con riguardo a determinate tipologie di contenuti o di violazioni del diritto d'autore[611].

Tuttavia, quand'anche il provider potesse munirsi di un sistema di filtraggio dotato di simili capacità, al fine di programmare il suo funzionamento in modo adeguato esso (o chi per lui) dovrebbe effettuare delicate valutazioni giuridiche "a monte"[612]. Anzitutto, per rispettare l'obbligo di risultato previsto dall'art. 102-nonies co. 1 l.a. l'intermediario dovrebbe programmare l'algoritmo in modo che quest'ultimo tenga conto del perimetro applicativo di tutte le eccezioni e limitazioni al diritto d'autore previste nell'ordinamento italiano (le quali peraltro non coincidono necessariamente con quelle previste dagli altri stati membri dell'Unione europea). In particolare, per ogni utilizzo considerato l'intelligenza artificiale dovrebbe essere in grado di escludere con ragionevole certezza l'applicazione di ciascuna di esse[613]. Inoltre, onde evitare di lasciare online contenuti complessi manifestamente illeciti riconoscibili in modo automatico, l'algoritmo dovrebbe essere in grado di individuare tutte le possibili forme in cui questi utilizzi potrebbero presentarsi.

Simili attività di configurazione delle tecnologie di filtraggio implicherebbero a tutti gli effetti una «valutazione autonoma», la cui imposizione appare preclusa dal divieto di imporre un obbligo di sorveglianza generale così come interpretato dalla sentenza *Repubblica di Polonia*[614].

Inoltre, se si *obbligasse* il gestore della piattaforma ad utilizzare tecnologie in grado di distinguere adeguatamente tra materiali *complessi* leciti e illeciti, i confini della sua responsabilità diverrebbero oltremodo incerti. Anche

---

[611] Cfr. HUSOVEC, *The promises*, cit., 68; MONTAGNANI, *Internet*, cit., 230.

[612] Cfr. BURK, *Algorithmic fair use*, cit., 294 ss.

[613] È evidente che programmare un'intelligenza artificiale di questo tipo richiederebbe lo svolgimento di valutazioni giuridiche particolarmente complesse e delicate, vista anche l'incertezza che caratterizza la disciplina delle eccezioni e limitazioni. Cfr. sul punto le fonti citate *supra* alla nota n. 603. Cfr. anche LEISTNER, *The implementation*, 12, che sottolinea l'incertezza relativa alle nozioni giuridiche di caricatura, parodia e *pastiche*.

[614] In questo senso cfr. già FROSIO, *Reforming*, cit., 730.

alla luce dell'incessante progresso tecnologico sarebbe arduo definire uno standard di adeguatezza (i.e. il livello di efficienza e precisione che l'intelligenza artificiale impiegata da un determinato provider dovrebbe garantire in un dato momento storico). Tale incertezza incentiverebbe l'intermediario ad optare per soluzioni che nei casi di dubbio blocchino l'accesso ai relativi contenuti in maniera eccessiva, onde evitare il rischio di incorrere in responsabilità nei confronti dei titolari del diritto d'autore. In termini di incentivo all'*overblocking*, l'interpretazione ora esaminata determinerebbe quindi effetti molto simili a quelli che si avrebbero se si imponesse al provider di effettuare sistematicamente una valutazione giuridica *approfondita* tramite risorse umane circa la liceità dei contenuti caricati dagli utenti. Al pari di quest'ultima, anche una valutazione condotta *ex ante* al fine di programmare intelligenze artificiali del tipo qui considerato deve ritenersi una «valutazione autonoma» preclusa dal divieto di obblighi di sorveglianza generale[615].

Alla luce di queste considerazioni, l'obbligo di *upload filtering* sembra da leggere nel senso che, in linea generale e salve le precisazioni di cui al prossimo paragrafo, il fornitore di una piattaforma di condivisione può essere

[615] In senso contrario si è espresso HUSOVEC nella relazione *Mandatory Filtering Does Not Always Violate Freedom of Expression: Lessons from Poland v Council and European Parliament,* min. 2:56 e ss., tenuta in occasione della conferenza *Filtered Futures: Fundamental Rights Constraints of Upload Filters after the CJEU Ruling on Article 17 of the Copyright Directive* svoltasi a Berlino in data 19 settembre 2022 e organizzata da *COMMUNIA* e *Gesellschaft für Freiheitsrechte*, reperibile all'URL https://communia-association.org/event/filtered-futures/. L'autore ha sostenuto che alla luce della sentenza *Repubblica di Polonia* l'obbligo di *upload filtering* andrebbe interpretato nel senso che esso imporrebbe all'intermediario di impiegare tecnologie di filtraggio il più avanzate possibile. In particolare, ogni tecnologia in grado di individuare contenuti (anche complessi) illeciti con un margine di errore vicino allo zero potrebbe rientrare nello standard di diligenza imposto dalla formula dei *best efforts*. Il provider sarebbe dunque esonerato da responsabilità per il mancato filtraggio preventivo dei soli contenuti sui quali le tecnologie esigibili in un dato momento storico non sarebbero in grado di intervenire con sufficiente affidabilità. Si ritiene di non condividere questa posizione poiché, come illustrato nel testo, la predisposizione di tecnologie così sofisticate richiederebbe complesse "valutazioni autonome" *ex ante* la cui imposizione sembra preclusa dal divieto di imporre un obbligo generale di sorveglianza. In particolare, la tesi dell'autore sembra difficilmente conciliabile con la lettura di questo divieto offerta dalla Corte, che ne ha valorizzato la funzione di tutela della libertà di espressione.

tenuto unicamente a bloccare in via preventiva i contenuti *identici o equivalenti* a quelli indicati dai titolari.

Ciò non toglie che l'intermediario rimanga libero di adottare *in via volontaria* misure di filtraggio più sofisticate che intervengano anche su materiali *complessi,* mediante l'uso di sistemi di intelligenza artificiale particolarmente avanzati o combinando risorse algoritmiche e umane[616]. Una lettura di questo tipo, che *non impone ma nemmeno vieta* al provider di filtrare preventivamente i contenuti *complessi* illeciti caricati dagli utenti, sembra assicurare il rispetto del principio di proporzionalità. Essa infatti evita una limitazione eccessiva della libertà di espressione, ma al contempo non preclude lo sviluppo di soluzioni più sofisticate, potenzialmente vantaggiose per tutti i soggetti in campo.

5.4. *SEGUE.* IL DIRITTO DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE E IL REGIME DEI CONTENUTI *TIME-SENSITIVE*

Pur comportando una significativa limitazione al diritto di proprietà intellettuale tutelato dall'art. 17 par. 2 Carta di Nizza, l'interpretazione dell'obbligo di filtraggio proposta nel paragrafo che precede appare in linea (oltre che con la sentenza *Repubblica di Polonia*) con l'intenzione del legislatore eurounitario.

Come si è visto infatti il principale obiettivo della disciplina introdotta con l'art. 17 dir. DSM è quello di «promuovere lo sviluppo del mercato della concessione delle licenze tra i titolari di diritti e i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online»[617]. In base alla tesi qui sostenuta il titolare della privativa non vanta alcuna pretesa risarcitoria nei confronti dell'intermediario rispetto ai contenuti *complessi* non bloccati dalle misure di filtraggio

[616] L'adozione di simili misure volontarie appare tanto più probabile quanto più attivi sono i titolari di diritti esclusivi nell'inviare segnalazioni al fine di ottenere la rimozione di contenuti complessi. In uno scenario nel quale titolari agiscano in modo aggressivo è ragionevole ritenere che il provider abbia interesse a bloccare quanto più possibile in via preventiva piuttosto che rimuovere *ex post*, così da evitare i costi che altrimenti deriverebbero dalla gestione delle procedure di *notice and take down*.

[617] Cfr. il cons. 61 dir. DSM e le considerazioni svolte *supra* nella nota n. 465.

preventivo. Tuttavia, al *rightholder* resta il diritto di "monetizzare" tali utilizzi concludendo un accordo di licenza ex art. 102-septies, co. 1, lett. a) l.a. La soluzione qui prospettata sembra quindi incentivare in una certa misura i titolari dei diritti ad agire in questo secondo modo. Per questa ragione essa appare in linea con l'obiettivo di promuovere il mercato delle licenze tra *rightholders* e fornitori delle piattaforme di condivisione[618].

D'altra parte l'interpretazione qui proposta non intacca il modello dell'esclusiva sposato dal legislatore euro-unitario[619], poiché non nega il diritto del titolare della privativa di ottenere l'eliminazione dalla piattaforma delle proprie risorse protette. In particolare, secondo la lettura qui proposta il titolare

[618] Si potrebbe obiettare che la soluzione qui prospettata (secondo cui i contenuti *complessi* non formano oggetto dell'obbligo di filtraggio ma rientrano in quello di compiere i massimi sforzi per ottenere una licenza) fa "uscire dalla porta ma rientrare dalla finestra" il rischio di *overblocking*. In particolare si potrebbe sostenere che l'obbligo di ottenere una licenza per l'utilizzo dei contenuti complessi genera un rischio di *overblocking* analogo a quello che sorgerebbe ove si includessero i contenuti complessi nel perimetro applicativo dell'obbligo di filtraggio, poiché ambedue gli obblighi graverebbero il provider di un costo (il corrispettivo di licenza e rispettivamente la somma potenzialmente dovuta a titolo di risarcimento del danno) che l'operatore avrebbe interesse a evitare. Tuttavia questa obiezione non sembra fondata per le seguenti ragioni. In primo luogo non va escluso – anzi appare verosimile – che il provider possa avere interesse a stipulare licenze con i titolari dei diritti. In uno scenario di questo tipo, secondo la lettura qui prospettata il *rightholder* non avrebbe titolo per pretendere il filtraggio preventivo dei contenuti *complessi* lesivi della sua privativa; e pertanto risulterebbe incentivato a concedere una licenza o, in alternativa, a ottenere la rimozione dei materiali complessi illeciti tramite l'invio di specifiche segnalazioni. Nel primo caso non vi sarebbe alcun rischio di *overblocking.* Nel secondo caso il rischio sarebbe di entità contenuta e dunque accettabile. In secondo luogo, in base alla tesi qui sostenuta il provider che non intenda concludere un accordo di licenza con il titolare del diritto esclusivo può evitare di incorrere nell'obbligo di cui alla lett. a) dell'art. 102-septies l.a. astenendosi dall'«organizzare» o «promuovere» i contenuti di titolarità del *rightholder* (cfr. sul punto le considerazioni svolte *supra* nel paragrafo 3 di questo capitolo 4 e ivi nella nota n. 527). Pertanto, anche nello scenario in cui il provider non sia disposto a pagare un corrispettivo per la diffusione di risorse protette sul proprio servizio, i contenuti *complessi* lesivi del diritto d'autore potranno andare online senza generare responsabilità a carico del fornitore a condizione che essi non vengano «organizzati e promossi». Non sarebbe quindi necessario bloccarli in via preventiva per evitare di incorrere in responsabilità.

[619] CGUE *Repubblica di Polonia*, cit., punto 48, dove la Corte ha richiamato il cons. 61 della dir. DSM affermando che i titolari sono liberi di stabilire se ed a quali condizioni le proprie opere e materiali protetti possano essere utilizzati dai terzi. Questo espresso riconoscimento da parte della Corte sembra offrire un'indicazione *tranchant* nel senso che non vi è spazio per un "declassamento" del diritto di comunicazione al pubblico previsto dall'art. 17 dir. DSM da *ius excludendi* a diritto a compenso. L'opportunità di trasporre sul piano nazionale l'art. 17 dir. DSM configurando un diritto di comunicazione al pubblico a compenso è stata sostenuta tra gli altri da HUSOVEC e QUINTAIS, *How to license*, cit.

della privativa ha diritto di pretendere dal provider: (i) il blocco *preventivo* (*upload filtering*) dei contenuti *identici o equivalenti* a quelli indicati *ex ante* mediante l'invio delle informazioni pertinenti e necessarie; (ii) la rimozione *successiva* (*take down*) di quelli *complessi*, individuati *ex post* dal titolare mediante l'invio di segnalazioni sufficientemente motivate in grado di dimostrare di volta in volta la natura manifestamente lesiva del contenuto. La coesistenza di questi due regimi, che differiscono per tempestività della tutela e oneri gravanti sul titolare, è giustificata dalla necessità di non limitare in modo sproporzionato la libertà di espressione degli utenti, sulla base delle considerazioni svolte nel paragrafo che precede. L'assetto qui configurato sembra dunque nel suo complesso equilibrato e coerente con la natura di *ius excludendi alios* propria del diritto di comunicazione al pubblico.

Questa lettura richiede però una precisazione, necessaria a garantire il rispetto del principio di proporzionalità: l'obbligo di filtraggio non può essere interpretato in maniera tale da legittimare condotte omissive dell'intermediario idonee a causare al titolare della privativa un danno eccessivamente grave[620].

Gli scenari in cui al titolare deriverebbe un pregiudizio di tale serietà sembrano riconducibili a un solo caso: quello in cui l'utente carichi un contenuto protetto che produce utilità economica soltanto per un arco di tempo breve, durante il quale viene effettuato il caricamento[621]. In queste ipotesi il ricorso alla procedura di *notice and take down* sarebbe sostanzialmente inutile

[620] Si richiamano a questo proposito le considerazioni svolte da SGANGA, *Principio di proporzionalità*, cit., 147 ss., dove l'autrice evidenzia che la valutazione circa la proporzionalità di misure di enforcement del diritto d'autore deve essere svolta (anche) alla luce dell'art. 3 par. 2 dir. 2004/48/CE, tenendo conto di parametri ulteriori rispetto ai diritti fondamentali, tra i quali la gravità del pregiudizio subito dal titolare della privativa. Considerazioni simili si leggono in HUSOVEC, *How will the European patent judges understand proportionality?*, in *Jurimetrics 2020*. Seppur riferite a misure di enforcement previste dalla dir. 2004/48/CE, tali considerazioni sembrano dover valere altresì per le misure di filtraggio regolate dalla disciplina qui esaminata, in quanto anch'esse costituiscono a tutti gli effetti misure di enforcement. Non sembra rilevare a tal fine il fatto la loro adozione sia delegata a soggetti privati.

[621] Si pensi ad esempio al caricamento non autorizzato di un evento sportivo contemporaneamente alla sua trasmissione in diretta.

per il titolare del contenuto c.d. *"time-sensitive"*, poiché al momento della sua rimozione quest'ultimo avrebbe già cessato di produrre (quasi) ogni utilità economica.

Sulla base di queste considerazioni il legislatore tedesco ha ad esempio riconosciuto uno "status privilegiato" alle «opere cinematografiche o immagini in movimento», esentandole dall'applicazione delle garanzie previste a tutela degli utenti (di cui si dirà *infra*) entro due limiti: solo «fino al completamento della loro prima comunicazione al pubblico, in particolare durante la trasmissione simultanea di eventi sportivi», ed a condizione che «il titolare lo richieda al service provider e fornisca le informazioni a tal fine necessarie»[622].

Meccanismi di questo tipo appaiono necessari al fine di garantire il rispetto del principio di proporzionalità. In altri termini, l'obbligo di filtraggio sembra doversi interpretare nel senso che "specularmente" alle garanzie *ex ante* da riservare agli utenti secondo la regola generale già vista, l'intermediario è tenuto a mettere a disposizione dei titolari dell'esclusiva meccanismi che consentano loro di ottenere il blocco preventivo dei contenuti *time-sensitive*, anche se *complessi*.

Al fine di evitare una limitazione eccessiva della libertà di espressione, l'accesso ai materiali *time-sensitive* complessi dovrà però essere inibito solo temporaneamente, così come previsto dal legislatore tedesco. In particolare la durata del blocco dovrà essere pari indicativamente al lasso di tempo in cui il contenuto produce (la gran parte della) utilità economica. Anche sotto questo profilo sembra ragionevole la soluzione del legislatore d'oltralpe di circoscrivere il "regime speciale" al solo intervallo in cui si svolge la prima comunicazione al pubblico del materiale. Esaurito questo lasso di tempo, il contenuto *time-sensitive* complesso dovrà di regola tornare online ed essere assoggettato

[622] Cfr. art. 7 par. 2 UrhDaG.

allo stesso regime degli altri materiali non identici o equivalenti a quelli inviati dai titolari dell'esclusiva.

Così strutturato, questo meccanismo sembra garantire un corretto equilibrio tra i diversi interessi in gioco. Al contempo esso non stride con il divieto di imporre un'attività di sorveglianza generale, in quanto non obbliga l'intermediario ad effettuare una valutazione autonoma circa la liceità dei contenuti[623].

5.5. *SEGUE.* LA LIBERTÀ D'IMPRESA E LA NECESSITÀ DI UN APPROCCIO ELASTICO

L'obbligo di filtraggio impone al provider di adottare una vera e propria organizzazione interna idonea a prevenire il caricamento di contenuti lesivi del diritto d'autore[624]. Per questa ragione esso pone importanti sfide per il rispetto

[623] In senso parzialmente diverso cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Orientamenti relativi all'articolo 17*, 25 ss. La posizione espressa dalla Commissione appare criticabile per due motivi. In primo luogo viene affermato che in determinati casi potrebbe essere richiesta all'intermediario una valutazione umana *ex ante* dei contenuti caricati dagli utenti. Un'indicazione di questo tipo appare però in contrasto con il divieto di imporre un obbligo generale di sorveglianza così come interpretato dalla Corte. Più in generale, le linee guida della Commissione indicano che il provider dovrebbe essere tenuto a «prestare particolare attenzione e diligenza» nell'adempimento dell'obbligo di *upload filtering* rispetto ai contenuti «la cui disponibilità potrebbe causare un danno economico significativo» ai titolari del copyright (c.dd. "*earmarked contents*"). L'individuazione di tali contenuti particolarmente "delicati" sarebbe rimessa ai titolari, che potrebbero contrassegnarli come tali nel fornire al provider le «informazioni pertinenti e necessarie». Il documento non specifica però quali sarebbero i risvolti applicativi di questa indicazione, salvo il già richiamato e criticabile riferimento a un possibile obbligo per il provider di compiere una valutazione umana *ex ante*. La vaghezza del concetto di "danno economico significativo" consente poi ai titolari di contrassegnare un numero potenzialmente amplissimo di materiali. Sotto questo aspetto le linee guida sembrano dunque meritevoli di rivisitazione. Per considerazioni simili cfr. HÜMMER, *Implications from C-401/19 for national transpositions in the light of freedom of expression*, in *copyrightblog.kluweriplaw.com*; KELLER e REDA, *European Commission back-tracks on user rights in Article 17 Guidance*, ivi; JÜTTE e PRIORA, *A further step into a systematic distortion: The EC Guidance on Article 17 CDSM Directive further complicates copyright exceptions*, ivi.

[624] Cfr. MONTAGNANI, *A new liability*, cit., 311, dove viene osservato che la disciplina introdotta dall'art. 17 dir. DSM segna nel campo del diritto d'autore il passaggio da un modello di responsabilità del provider di carattere «condizionale» (quello previsto dalla dir. e-commerce che permette(va) all'intermediario di limitarsi ad intervenire tempestivamente una volta acquisita la conoscenza dell'attività illecita) ad uno di natura «organizzativa».

del diritto fondamentale alla libertà di impresa, tutelato dall'art. 16 Carta di Nizza[625].

Ciò vale soprattutto per gli operatori di dimensioni più piccole, che corrono il rischio di esser gravati da oneri organizzativi insostenibili ove le previsioni che regolano l'obbligo di filtraggio vengano interpretate senza porre la dovuta attenzione a questo profilo[626]. In effetti, proprio al fine di evitare la creazione di barriere insormontabili all'ingresso del mercato dei servizi di condivisione di contenuti online, l'art. 102-octies l.a. dispensa dall'obbligo di *upload filtering* i "piccoli" prestatori – i.e. quelli con fatturato annuo inferiore a dieci milioni di euro[627]. Tuttavia, l'operatore di piccole dimensioni gode di questa esenzione unicamente per un periodo di tre anni dal momento in cui inizia a offrire i propri servizi sul mercato euro-unitario. Una volta superata questa soglia temporale esso è gravato dai medesimi obblighi previsti per i grandi operatori. Inoltre, anche nei primi tre anni di attività il "piccolo" prestatore è gravato da un obbligo di *stay down* qualora il numero medio di visitatori unici mensili della piattaforma superi i cinque milioni[628].

A tal riguardo va osservato che start-up molto piccole potrebbero ospitare quantità notevolissime di contenuti[629]. Poiché i costi di monitoraggio

[625] Cfr. OTTOLIA, *Le clausole generali organizzative dell'immateriale*, in *AIDA* 2021, 94, dove l'autore riconduce clausole quali quella prevista dall'art. 102-septies, co. 1, lett. b) l.a. a una categoria unitaria denominata «clausole generali organizzative dell'immateriale» e ne offre un inquadramento sistematico, sottolineando tra l'altro i rischi che esse determinano soprattutto per imprese innovative di piccole dimensioni e proponendo soluzioni volte a evitare simili effetti distorsivi.

[626] Ibid., 99 ss., dove l'autore sottolinea il rischio di una «corsa al rialzo nell'interpretazione degli standard di adeguatezza». Cfr. anche FROSIO, *L'art. 17,* cit., 1292, il quale evidenzia che uno dei possibili effetti indesiderati della disciplina qui esaminata è quello di favorire i grandi operatori del mercato anziché promuovere la concorrenza. In generale sulle conseguenze negative di un sistema di responsabilità degli intermediari eccessivamente severo cfr. MONTAGNANI, *Internet,* cit., 69 e 70.

[627] Cfr. art. 102-octies co. 1 l.a.

[628] Cfr. art. 102-octies co. 2 l.a.

[629] Come osservato da FROSIO, *L'art. 17*, cit., 1292.

dipendono dal volume totale dei file da scansionare, l'obbligo di *upload filtering* potrebbe causare costi insostenibili per i soggetti di dimensioni ridotte[630].

Per queste ragioni il principio di proporzionalità sembra richiedere di interpretare l'obbligo di filtraggio nei confronti dei provider di piccole dimensioni secondo un criterio «minimizzatore»[631]. In particolare, l'art. 102-septies, co. 2 l.a. dovrà essere interpretato nel senso che nella valutazione caso per caso circa l'adeguatezza delle misure di filtraggio occorrerà valorizzare anche l'aspetto dimensionale *dell'impresa* (e non soltanto *del servizio* in sé considerato)[632]. La sentenza *Repubblica di Polonia* sembra avallare questa impostazione nel riconoscere che, a seconda dei casi, può essere necessario lasciare ai provider l'onere di determinare le misure concrete da adottare e, così, la libertà di scegliere quelle che «più si adattino *alle risorse e alle capacità di cui dispongono* e che siano compatibili con gli altri obblighi e le sfide cui devono far fronte nell'esercizio della loro attività [enfasi aggiunta]»[633].

Questa statuizione della Corte sembra tuttavia avere una portata rilevante anche per i provider di grandi dimensioni. In particolare da essa pare possibile ricavare l'indicazione ai legislatori nazionali di evitare trasposizioni

---

[630] Ibid. Non può infatti essere dato per scontato che ad un grande numero di file ospitati sulla piattaforma corrisponda necessariamente la possibilità di ricavare grandi utili per il provider di piccole dimensioni.

[631] Così OTTOLIA, *Le clausole*, cit., 113.

[632] Ibid., 112; FROSIO, *L'art. 17*, cit., 1292. Questa interpretazione appare consentita dal tenore letterale dell'art. 102-septies co. 2 l.a., che con la locuzione «anche» sembra conferire natura esemplificativa all'elenco ivi previsto dei fattori da considerare al fine di valutare il rispetto degli obblighi previsti dal comma 1. Si rinvia sul punto alle considerazioni svolte *supra* nel paragrafo 2 di questo capitolo quarto.

[633] CGUE *Repubblica di Polonia*, cit., punto 75. Questo passaggio della decisione richiama la pronuncia CGUE *UPC Telekabel*, cit., punto 52. In tale occasione la Corte aveva statuito che l'inibitoria oggetto di scrutinio rispettava l'essenza della libertà di impresa del provider in quanto lo lasciava libero di determinare le misure concrete da adottare, secondo un criterio di ragionevolezza, al fine di ottemperare all'ordine giudiziale (punti 48-53). La Corte sembra quindi aver attribuito un'importanza particolare alla discrezionalità del provider nella scelta delle misure di copyright enforcement, al punto da correlarla al rispetto del nucleo essenziale della libertà di impresa.

che impongano regole eccessivamente rigide o dettagliate[634]. Come si dirà nel prossimo paragrafo, queste ultime rischierebbero infatti di ostacolare l'innovazione virtuosa e in particolare lo sviluppo in via volontaria da parte dei grandi operatori del mercato di misure tecnologicamente sempre più avanzate, potenzialmente vantaggiose per tutti i soggetti coinvolti.

5.6. LA SOLUZIONE ADOTTATA DAL LEGISLATORE TEDESCO. VALUTAZIONI CRITICHE

Alla luce delle considerazioni svolte sin qui con riguardo alla disciplina italiana dell'obbligo di filtraggio, appare opportuno dedicare un'ultima riflessione alla soluzione adottata dal legislatore tedesco. Come si è anticipato essa si contraddistingue per il fatto di disciplinare l'obbligo di *upload filtering* in modo dettagliato e puntuale. Proprio in ragione della sua specificità la disciplina tedesca potrebbe divenire un punto di riferimento per i fornitori delle piattaforme di condivisione, che ragionevolmente hanno interesse a conformare i propri servizi ad un singolo standard nel territorio dell'Unione europea[635].

Va anzitutto premesso che la Repubblica Federale tedesca ha dato attuazione all'art. 17 dir. DSM con una legge separata da quella sul diritto d'autore[636], la quale include una sezione specificamente dedicata alla disciplina

---

[634] Sottolinea la necessità di un approccio elastico ROMANO, *Il giusto equilibrio*, cit., 91, dove viene osservato che la «flessibilità alla quale rimanda il principio di proporzionalità richiamato in tale norma [l'art. 17, par. 5 dir. UE 2019/790] 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 standardizzate, né possono essere definite in via preliminare ed aprioristica, stanti le grandi differenze tra le attività che si svolgono nella rete».

[635] Come suggerito da COGO durante il seminario *Algorithmic IP Enforcement Online* organizzato da XHEMALAJ presso la Scuola di dottorato "Diritto, Persona e Mercato" dell'Università di Torino. In questo senso cfr. anche LEISTNER, *The implementation*, cit., 11.

[636] Come già riportato *supra* nella nota n. 496, si tratta della c.d. UrhDaG (*Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz*), emanata in data 31 maggio 2024. Per alcuni commenti alla disciplina ivi prevista cfr. LEISTNER, *The implementation*, cit.; ID., *A general introduction to the implementation of Art. 17 DSM Directive in Germany*, in *AIDA* 2022, 233 ss.; BRIESKE e PEUKERT, *Coming into force, not coming into effect? The impact of the German implementation of Art. 17 CDSM Directive on selected online platforms*,

dell'obbligo di filtraggio[637]. Al fine di «evitare un blocco sproporzionato tramite procedure automatizzate»[638], la normativa individua la categoria degli «utilizzi presuntivamente autorizzati dalla legge» (di seguito "UPAL") e vieta al provider di impedirne il caricamento attraverso misure algoritmiche[639].

La presunzione di liceità (i.e. la qualificazione di un contenuto come "UPAL") scatta al ricorrere delle seguenti condizioni cumulative: (i) l'utilizzo deve contenere meno della metà di uno o più materiali altrui protetti da diritti d'autore o connessi (ad eccezione delle immagini, che possono essere utilizzate nella loro interezza); (ii) l'utilizzo deve combinare tale parte (o parti) con un altro contenuto; (iii) l'uso del materiale (o dei materiali) altrui dev'essere qualificabile come «minore» o, in alternativa, l'utilizzo dev'essere contrassegnato («flagged») dall'utente come lecito in quanto coperto da un'eccezione o limitazione. L'uso «minore» è il contenuto generato dall'utente, privo di fini commerciali o produttivo di ricavi irrilevanti che rispetta le seguenti soglie: (i) fino a 15 secondi per le opere cinematografiche o immagini in movimento; (ii) fino a 15 secondi per le tracce audio; (iii) fino a 160 caratteri per i contenuti testuali; (iv) fino a 125 kilobytes per le opere fotografiche, le fotografie semplici e le grafiche.

Il fornitore della piattaforma è obbligato a comunicare al pubblico l'UPAL e ad avvisare immediatamente il titolare del materiale protetto circa la sua avvenuta messa in rete, informandolo del diritto di proporre un reclamo al fine di ottenere il superamento della presunzione e la rimozione del contenuto. Sino al termine dell'eventuale procedura di reclamo (che deve durare non più di una settimana dalla sua attivazione) l'UPAL deve rimanere online[640]. Solo il

---

CREATe Working Paper 2022/1; KELLER, *German government draft on Article 17: Two steps forward, one step back*, in *communia-association.org*.

[637] Si tratta della sezione 4, rubricata «Utilizzi presuntivamente autorizzati dalla legge» e composta dagli artt. 9-12 UrhDaG.

[638] Cfr. art. 9 par. 1 UrhDaG.

[639] Ibid.

[640] Cfr. art. 14 par. 4 UrhDaG.

«titolare affidabile» può ottenere la rimozione dell'UPAL in un momento antecedente, purché dichiari che la permanenza online del contenuto pregiudicherebbe in modo sostanziale il suo sfruttamento commerciale (c.d. meccanismo di "*red button*")[641].

La comunicazione al pubblico dell'UPAL non comporta alcuna responsabilità in capo al fornitore della piattaforma per violazione della privativa d'autore fino al momento in cui si conclude l'eventuale procedura di reclamo, purché il provider l'abbia gestita nei tempi e modi previsti[642]. Un'analoga esenzione interinale da responsabilità si applica all'utente che mette online l'UPAL, qualora si tratti di un uso «minore»[643]. Per contro, l'utente che ha contrassegnato l'UPAL non «minore» come lecito (impedendone il blocco preventivo) sarà responsabile nei confronti del titolare della privativa nel caso in cui venga successivamente accertata l'illiceità dell'utilizzo.

In un'ottica compensativa, la disciplina tedesca prevede l'obbligo del provider di corrispondere agli autori una remunerazione appropriata per la comunicazione al pubblico degli UPAL, la cui raccolta e ripartizione è affidata a sistemi di gestione collettiva[644]. Inoltre, al fine di evitare un utilizzo abusivo dei meccanismi di "*flagging*" e di "*red button*", il fornitore della piattaforma è tenuto ad escludere lo user e rispettivamente il titolare che vi abbiano ripetutamente fatto ricorso in modo erroneo dalla possibilità di avvalersene per un periodo di tempo adeguato[645].

La normativa tedesca appare per molti aspetti ben congegnata oltre che condivisibile nel suo intento di garantire il rispetto della libertà di espressione. Tuttavia, la disciplina specificamente riservata agli UPAL «minori» sembra irrispettosa del principio di proporzionalità, in quanto per un verso inidonea a

[641] Ibid.

[642] Cfr. art. 12 par. 2 UrhDaG.

[643] Cfr. art. 12 par. 3 UrhDaG.

[644] Cfr. art. 12 par. 1 e art. 5 par. 2 UrhDaG.

[645] Cfr. art. 18 parr. 3 e 4 UrhDaG.

perseguire l'obiettivo cui mira di tutelare la libertà di espressione e, per altro verso, limitativa del diritto di proprietà intellettuale, della libertà di impresa e dell'interesse generale alla creazione di un mercato unico digitale per il diritto d'autore. Tali limitazioni appaiono in parte non necessarie e nel loro complesso sproporzionate.

Per quanto attiene all'inidoneità della misura qui considerata a tutelare la libertà di espressione, va osservato che la normativa tedesca prevede due regimi notevolmente diversi con riguardo rispettivamente agli UPAL «minori» e a quelli non «minori». Come si è visto i contenuti che rientrano nella prima categoria godono di un regime particolarmente favorevole: il provider è tenuto a comunicarli al pubblico e gli utenti che li caricano online sono esentati da ogni responsabilità nei confronti dei *rightholders* per un periodo che varia da un minimo di una settimana a un tempo potenzialmente indeterminato[646]. Per contro, l'utente che mette online un contenuto complesso non «minore» è gravato dall'onere di contrassegnarlo come lecito per evitarne il blocco automatizzato[647]. Infatti, in assenza del "*flag*" il provider sarà autorizzato a impedirne il caricamento poiché nessuna presunzione di liceità troverà applicazione[648].

[646] Cfr. artt. 12 par. 3 UrhDaG.

[647] Cfr. art. 9, par. 2, n. 3 UrhDaG.

[648] Questa lettura della disciplina tedesca secondo cui il provider è autorizzato a bloccare in via preventiva qualsiasi contenuto complesso diverso dagli UPAL – inclusi quelli non manifestamente illeciti – sembra l'unica coerente con il tenore letterale e la logica complessiva della normativa. Il legislatore ha previsto infatti una presunzione di liceità unicamente con riguardo agli atti di comunicazione al pubblico del provider aventi ad oggetto i contenuti qualificabili come UPAL. Questa scelta sembra implicare anzitutto che nessuna presunzione di liceità opera in favore del provider con riguardo alla comunicazione al pubblico di contenuti complessi non UPAL. Ove l'intermediario comunichi al pubblico un contenuto complesso non UPAL, dunque, esso sarà responsabile se il materiale comunicato è (manifestamente) illecito. L'ulteriore conseguenza è che il provider sembra essere *autorizzato* a bloccare il caricamento di *tutti* i contenuti complessi non qualificabili come UPAL, indipendentemente dalla loro liceità. Ogni altra interpretazione non appare coerente con la logica complessiva della disciplina. In particolare, non sembra potersi ritenere che tra i contenuti complessi non UPAL caricati dagli utenti, il provider sia gravato dall'obbligo di bloccare solo quelli manifestamente illeciti. Ciò equivarrebbe ad imporre l'adozione di filtri così sofisticati da rendere del tutto illogica la previsione dei criteri che individuano gli UPAL, i quali appaiono avere proprio la funzione di evitare all'intermediario le complicate valutazioni che sarebbero necessarie a predisporre misure in grado di distinguere tra contenuti *complessi* leciti e illeciti. Una lettura di questo tipo sembrerebbe peraltro in contrasto con il divieto di imporre obblighi di sorveglianza

Questa discriminazione tra le due categorie di UPAL genera un forte incentivo per l'utente ad avvalersi delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore unicamente entro i limiti degli utilizzi «minori»[649]. È infatti ragionevole supporre che, di fronte alla scelta tra una sicura esenzione da responsabilità e, viceversa, il pericolo di subire iniziative dei titolari a tutela dei loro diritti, lo user preferisca adeguarsi ai parametri dell'uso «minore» anche ove ciò comporti una limitazione della propria libertà espressiva, informativa o artistica. Ciò è tanto più vero se si considera che, come noto, la disciplina delle eccezioni e limitazioni è complessa e in gran parte sconosciuta all'utente medio[650]. Questa discriminazione operata dal legislatore tedesco rischia dunque di causare una sottoproduzione dei materiali complessi non «minori», sebbene tale categoria ricomprenda un numero potenzialmente rilevante di usi leciti[651].

L'esenzione da responsabilità in favore dell'utente per il caricamento di UPAL «minori» disincentiva dunque un esercizio *pieno* della libertà di espressione. Di riflesso essa si pone in contrasto con l'interesse della collettività al pluralismo degli artefatti culturali sulle piattaforme online, favorendo la

---

generale, per le ragioni esposte nel paragrafo 5.3 di questo capitolo quarto. Né appare possibile interpretare la disciplina tedesca nel senso (qui sostenuto per la normativa italiana) che il provider sarebbe libero di lasciare online i contenuti *complessi* anche non UPAL senza incorrere in responsabilità. Questa lettura sembra illogica nel contesto della normativa tedesca, poiché ravviserebbe un'esenzione da responsabilità in favore del provider più ampia di quella espressamente prevista dal legislatore, che l'ha limitata alla comunicazione al pubblico dei soli contenuti qualificabili come UPAL. Il fatto che la normativa tedesca vada interpretata nel modo qui indicato sembra risultare anche dai primi commenti in dottrina, tra cui cfr. LEISTNER, *The implementation,* cit., 7 ss.; BRIESKE e PEUKERT, *Coming into force,* cit.; KELLER, *German government draft,* cit. In senso apparentemente contrario cfr. però HÜMMER, *Implications from C-401/19,* cit.

[649] Per un'interessante analisi degli effetti distorsivi causati da misure che approssimano la dottrina del *fair use* statunitense "riducendola" a regole di condotta incentrate su criteri semplicistici v. BURK, *Algorithmic*, cit., 303 ss. Le considerazioni dell'autore sembrano valide anche con riguardo alla categoria degli UPAL ed al rapporto tra questi ultimi e la disciplina euro-unitaria delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore.

[650] Cfr. FROSIO, *Reforming*, cit., 731.

[651] Come osservato da KELLER, *German government*, cit. Si pensi ad esempio alla citazione di un'opera letteraria superiore a 160 caratteri, che equivalgono a poco più della lunghezza di questa frase, che ne contiene 138; o ad una rassegna video che classifichi "i 10 migliori assoli di chitarra della storia" e contenga un frammento di fonogramma dalla durata di 16 secondi.

produzione dei soli contenuti complessi di durata breve o (nel caso delle fotografie) di qualità più scarsa. Per tali ragioni la misura non appare idonea a perseguire l'obiettivo di tutelare la libertà di espressione.

Analogo discorso sembra valere per la scelta di limitare l'esenzione da responsabilità in favore del provider per la comunicazione al pubblico di usi complessi non «minori» ai soli in casi in cui l'utente abbia contrassegnato l'utilizzo come lecito[652]. Questa misura addossa allo user l'onere di determinare "a proprio rischio e pericolo" quali contenuti complessi non «minori» dovranno restare in rete. È tuttavia ragionevole immaginare che di fronte a questa barriera psicologica l'utente medio preferirà, in un numero di casi non trascurabile, evitare ogni rischio e non contrassegnare il contenuto, anche se lecito[653]. Poiché in assenza del "*flag*" il provider non godrà di alcuna esenzione da responsabilità, tutti i materiali complessi leciti non contrassegnati saranno verosimilmente bloccati in via preventiva.

Per tali ragioni anche questa misura appare inidonea a perseguire il fine di tutelare la libertà di espressione. Come sembra potersi desumere dalla sentenza della Corte di giustizia nel caso *Repubblica di Polonia*, il provider dovrebbe essere esentato da responsabilità in relazione alla comunicazione al pubblico di *tutti* i contenuti *complessi*. Il meccanismo di "*flagging*" dovrebbe operare in via residuale nei soli casi in cui l'intermediario decida *volontariamente* di filtrare in modo automatizzato anche contenuti complessi. La regola non dovrebbe essere quella di imporre all'utente una barriera psicologica per il caricamento di materiali leciti[654].

---

[652] Cfr. art. Art. 9, par. 1, no. 3 UrhDaG.

[653] Cfr. WESTKAMP, *Two constitutional,* cit., 69 e 84. La reticenza dell'utente ad avvalersi di simili meccanismi è del resto un fenomeno già noto. Ne costituisce un esempio il meccanismo di *counter-notice* previsto dal *Digital Millennium Copyright Act* statunitense, in forza del quale lo user ha il diritto di opporsi alla rimozione del contenuto dichiarando sotto propria responsabilità penale di ritenere in buona fede che il materiale è stato rimosso o disabilitato per errore o a causa di un'identificazione errata. Vi è evidenza empirica del fatto che esso è stato raramente utilizzato nella pratica. Cfr. al riguardo KUCZERAWY, *From "notice and takedown"*, cit., 532.

[654] Cfr. WESTKAMP, *Two constitutional*, cit., 84.

Per quanto attiene al diritto di proprietà intellettuale, la disciplina qui considerata lo limita nella misura in cui impedisce al titolare (salvo i casi eccezionali in cui è attivabile il meccanismo di "*red button*") di ottenere la rimozione tempestiva degli UPAL, *inclusi* quelli manifestamente illeciti alla luce delle motivazioni illustrate nella segnalazione. La limitazione è aggravata dalla circostanza che l'utente è incentivato a mettere online UPAL «minori» *anche illeciti* in ragione dell'esenzione da responsabilità di cui gode. A tal riguardo va osservato che nonostante tali usi abbiano breve durata e scarsa rilevanza economica se considerati singolarmente, in forma aggregata essi potrebbero arrecare un pregiudizio non indifferente all'industria culturale[655]. I titolari sono dunque costretti a tollerare non solo il caricamento, ma altresì la perdurante disponibilità sulle piattaforme di contenuti *anche* manifestamente lesivi dei loro diritti per un tempo che può estendersi fino a sette giorni dall'invio di una richiesta di rimozione[656].

Si tratta di una limitazione rilevante ed infatti il legislatore ha imposto all'intermediario di corrispondere ai titolari una «remunerazione appropriata per la comunicazione al pubblico degli usi presuntivamente autorizzati dalla legge»[657]. Tuttavia questo meccanismo appare di dubbia compatibilità con il diritto euro-unitario, in quanto molto simile a un'eccezione o limitazione al diritto d'autore e quindi potenzialmente in contrasto con l'art. 5 dir. Infosoc, che contiene un catalogo tassativo delle libere utilizzazioni non derogabile dai legislatori nazionali[658].

---

[655] Questo aspetto è sottolineato anche in COMMISSIONE EUROPEA, *Orientamenti relativi all'art. 17,* cit., 25.

[656] Art. 14 par. 4 UrhDaG.

[657] Art. 12 par. 1 UrhDaG.

[658] La questione è dibattuta e non è possibile in questa sede esaminarla in modo approfondito. Ci si limita dunque a segnalare che si tratta di un tema divisivo, rinviando sul punto a LEISTNER, *The implementation*, cit., 10, ove riferimenti ad altri contributi sull'argomento. La discussione su questo aspetto della normativa tedesca si inserisce nel più ampio dibattito circa il rapporto tra il diritto di comunicazione al pubblico disciplinato rispettivamente dall'art. 17 dir. DSM e dall'art. 3 dir. Infosoc, sul quale cfr. i contributi menzionati *supra* nella nota n. 461.

Sul piano della libertà di impresa, la disciplina qui considerata impedisce al fornitore della piattaforma di utilizzare o sviluppare filtri algoritmici che operino in base a criteri più sofisticati, efficienti e adeguati alle singole situazioni rispetto ai parametri quantitativi imposti dal legislatore d'oltralpe[659], i quali soffrono di un considerevole grado di approssimazione. Si pensi ad esempio a una piattaforma che ospiti esclusivamente contenuti di durata molto breve, sicché tutti quelli *complessi* rientrerebbero nella categoria degli UPAL «minori». Si ipotizzi poi che tra gli utenti si diffonda la pratica di caricare grandi quantità di contenuti complessi manifestamente illeciti[660]. In un simile scenario l'intermediario potrebbe avere interesse a impiegare misure di filtraggio algoritmiche in grado di bloccare quanto meno in parte il caricamento di quei materiali. In tal modo il provider ridurrebbe i costi di transazione causati da un invio massivo di segnalazioni da parte dei titolari dei diritti violati. Soluzioni di questo tipo porterebbero dunque beneficio sia al provider che ai titolari. La normativa tedesca blocca sul nascere simili possibilità di cooperazione e innovazione virtuosa, prescrivendo l'adozione di un modello meno efficiente.

Come sopra rilevato, la Corte di giustizia sembra aver precluso l'adozione di un approccio normativo così rigido, sottolineando l'opportunità di prevedere regole flessibili in modo tale da consentire al provider di adottare le soluzioni che meglio si adeguino alle caratteristiche del caso concreto[661].

---

[659] Il fatto che ciò comporti una limitazione alla libertà di impresa del provider risulta *inter alia* dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di ingiunzioni emesse nei confronti degli intermediari della rete. Cfr. CGUE *UPC Telekabel*, cit., punto 49, dove con riferimento ad attività di filtraggio imposte a un mere conduit provider la Corte ha statuito che «il diritto alla libertà di impresa comprende segnatamente il diritto di ogni impresa di poter disporre liberamente, nei limiti della responsabilità per le proprie azioni, delle risorse economiche, tecniche e finanziarie di cui dispone». In dottrina cfr. *ex multis* MONTAGNANI, *Internet,* cit., 43.

[660] Si pensi ad esempio a spezzoni di serie TV della durata inferiore a 15 secondi corredati da contenuti aggiuntivi privi di qualsiasi valore estetico, parodistico o di dialogo con il frammento protetto. Un esempio potrebbe essere il caricamento dell'estratto di una scena comica con l'aggiunta in sovraimpressione di una c.d. "emoticon" che ritrae una risata.

[661] Cfr. CGUE *Repubblica di Polonia,* cit., punto 75.

Infine, le previsioni tecniche di dettaglio che individuano gli UPAL «minori» si pongono in contrasto con l'intento armonizzatore della dir. DSM[662]. A questo riguardo va sottolineato che alcune misure introdotte dal legislatore tedesco, pur stabilendo regole più specifiche rispetto a quelle previste dall'art. 17 dir. DSM non appaiono problematiche sotto il profilo della frammentazione del mercato interno. Si pensi ad esempio all'obbligo del provider di informare i titolari della privativa circa l'avvenuta comunicazione al pubblico dei materiali protetti, o al meccanismo di "*flagging*". Simili misure non sembrano *obbligare* l'intermediario che opera su vari mercati nazionali a impiegare soluzioni diverse in base al territorio. Il provider che intenda adottare una soluzione uniforme in tutta l'Unione Europea potrà adeguarsi a tali regole senza contravvenire le discipline di altri stati membri[663].

Lo stesso non vale per la disciplina riservata agli UPAL «minori». Se infatti ciascuno stato membro prevedesse una regolamentazione di tipo analogo stabilendo però parametri tecnici diversi, il perimetro applicativo dei meccanismi di esenzione da responsabilità in favore del provider (e degli utenti) varierebbe da stato membro a stato membro. La protezione accordata alla libertà di espressione e rispettivamente al diritto d'autore nell'ambito delle piattaforme di condivisione online sarebbe differente a seconda della disciplina nazionale considerata[664]. E il provider non potrebbe adeguarsi ad una sola

[662] Cfr. LEISTNER, *The implementation*, cit., 11 ss. Sulle ragioni per cui una misura nazionale irrispettosa dell'intento armonizzatore del legislatore euro-unitario può contrastare con il principio di proporzionalità cfr. SAUTER, *Proportionality*, cit., 452 ss.

[663] Cfr. METZGER e SENFTLEBEN, *Comment*, cit., 19, dove gli autori osservano che di fronte a normative nazionali di attuazione diverse, il provider potrà scegliere se adottare soluzioni differenti nei vari territori servendosi di tecnologie di *geoblocking*, oppure adeguarsi ad unica disciplina, vale a dire quella più stringente o comunque più dettagliata.

[664] Cfr. però LEISTNER, *The implementation,* cit., 13 ss., secondo cui questo effetto di frammentazione sarebbe già presente, poiché il modello tedesco sarebbe incompatibile con le normative che hanno trasposto *verbatim* l'art. 17 par. 4 dir. DSM come quella italiana, in quanto a detta dell'autore queste ultime imporrebbero «il blocco immediato anche dei contenuti non manifestamente lesivi [traduzione mia]». In base alla tesi sviluppata nel presente lavoro sembra invece possibile (*rectius* doverosa) una lettura "costituzionalmente orientata" delle normative che hanno trasposto *verbatim* l'art. 17 par. 4 dir.

normativa senza violare le altre[665]. Un approccio di questo tipo si pone quindi in frontale contrasto con l'obiettivo generale della dir. DSM di instaurare un mercato unico digitale[666], nonché con lo specifico intento armonizzatore dell'art. 17. A questo proposito va osservato che a prescindere dalla questione se le previsioni che disciplinano l'obbligo di *upload filtering* costituiscano o meno una misura di armonizzazione c.d. "piena", il legislatore euro-unitario non sembra in ogni caso aver lasciato agli stati membri un margine di discrezionalità così ampio da consentire di adottare normative di attuazione suscettibili di generare una simile frammentazione[667].

6. L'OBBLIGO DI *TAKE DOWN* E QUELLO DI MANTENERE DISABILITATI I CONTENUTI NELLE MORE DELLA DECISIONE SUL RECLAMO

Tornando ora all'analisi della disciplina italiana, per completare il quadro delle condotte esigibili dal provider va ricostruito il contenuto dell'obbligo di *take down* previsto dall'art. 102-septies, co. 1, lett. c), prima parte l.a. L'obbligo sorge a condizione che il titolare del diritto d'autore invii al fornitore

---

DSM, nel senso che anch'esse precludono al provider di bloccare in via preventiva contenuti non manifestamente illeciti, come illustrato *supra* nel paragrafo 5.3 di questo capitolo quarto.

[665] Si pensi ad esempio al seguente scenario ipotetico: lo stato membro "A" adotta una disciplina di attuazione dell'art. 17 strutturata in maniera analoga al modello tedesco, salvo però ampliare la nozione di uso «minore» di una traccia audio ricomprendendone gli utilizzi sino a 20 secondi (anziché 15). In questo scenario la comunicazione al pubblico di un contenuto complesso manifestamente illecito che includa un frammento di fonogramma protetto della durata di 17 secondi sarebbe soggetta a due regimi giuridici diversi. Ai sensi della normativa dello stato "A" il provider sarebbe obbligato a comunicare al pubblico il contenuto, in quanto UPAL. Ai sensi della disciplina tedesca il medesimo atto di comunicazione al pubblico non godrebbe di alcuna presunzione di liceità e farebbe sorgere la responsabilità dell'intermediario nei confronti del titolare del diritto violato.

[666] Cfr. i considerando 1 e 2 dir. DSM.

[667] Non si spiegherebbero altrimenti, tra gli altri, il considerando 71 dir. DSM, dove si legge che «la Commissione, in collaborazione con gli Stati membri, dovrebbe organizzare dialoghi tra i portatori di interessi nell'ottica di assicurare *un'applicazione uniforme dell'obbligo di cooperazione* tra i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online e i titolari dei diritti [enfasi aggiunta]»; nè il considerando 70 dir. DSM che recita «[l]e suddette eccezioni e limitazioni dovrebbero pertanto essere obbligatorie onde garantire che gli utenti beneficino di *una tutela uniforme nell'Unione* [enfasi aggiunta]».

della piattaforma una «segnalazione sufficientemente motivata» che individui il contenuto asseritamente lesivo e illustri le ragioni della sua illiceità.

Le ipotesi in cui si rende necessaria una segnalazione da parte del titolare del diritto d'autore per far scattare la responsabilità dell'intermediario sono riconducibili a due scenari[668]. Il primo è quello in cui il titolare non abbia inviato al provider le «informazioni pertinenti e necessarie» a far sorgere l'obbligo di filtraggio[669]. Il secondo è quello in cui tali informazioni siano state inviate, ma il materiale lesivo caricato dall'utente esuli dal perimetro dell'obbligo di filtraggio: ad esempio perché si tratta – secondo l'impostazione qui proposta – di un contenuto *complesso*, o comunque di un materiale non intercettabile dai sistemi di riconoscimento automatico diligentemente impiegati dal fornitore della piattaforma[670].

Negli scenari ora immaginati, il titolare del diritto d'autore è gravato dall'onere di rintracciare l'esemplare illecito e di segnalarne l'esistenza al provider[671]. Sul punto possono allora richiamarsi le considerazioni già svolte con riguardo al regime previsto dall'art. 6 par. 1 DSA[672]. In particolare, perché scatti l'obbligo di *take down* a carico del fornitore della piattaforma appare necessario che la segnalazione riporti l'indirizzo URL o altra informazione utile a individuare "l'ubicazione elettronica" del contenuto[673]. Inoltre, come

---

[668] In entrambi gli scenari, il presupposto è che il fornitore della piattaforma abbia soddisfatto l'obbligo di compiere i *best efforts* per ottenere un'autorizzazione dai titolari del diritto d'autore. Infatti, vista la natura cumulativa delle condizioni previste dalle lettere a), b), c) dell'art. 102-septies co. 1 l.a., l'ottemperanza all'obbligo di cui alla lettera a) è condizione necessaria per evitare di incorrere in responsabilità. Questo aspetto è sottolineato da SPINDLER, *The liability*, cit., 349.

[669] Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Orientamenti relativi all'art. 17,* cit., 17; AGCOM, *Linee guida concernenti il meccanismo di reclamo*, cit., 4 e 5.

[670] Ibid., seppur senza espresso riferimento alla categoria dei "contenuti complessi" impiegata in questo lavoro.

[671] Diversamente da quanto vale per i materiali che ricadono nel perimetro applicativo dell'obbligo di filtraggio, i quali devono essere intercettati autonomamente dal provider sulla base delle «informazioni pertinenti e necessarie» inviate *ex ante* dal titolare.

[672] Cfr. *supra* i paragrafi 3.3.2 e 3.3.3 del capitolo terzo.

[673] Ciò per le ragioni illustrate *supra* nel paragrafo 3.3.3 del capitolo terzo. In questo senso si esprime anche COMMISSIONE EUROPEA, *Orientamenti relativi all'art. 17,* cit., 17. In senso

stabilito dalla Corte di giustizia nella sentenza *Repubblica di Polonia*, la segnalazione deve contenere elementi sufficienti per consentire al provider di accertare *senza dover svolgere un esame giuridico approfondito* la natura lesiva del contenuto e la compatibilità di una sua eventuale rimozione con la libertà di espressione[674].

La configurabilità dell'obbligo di *take down* sembra quindi da escludere non solo nel caso in cui il titolare ometta di fornire spiegazioni idonee a dimostrare la natura lesiva del materiale contestato; ma anche nell'ipotesi in cui egli segnali al provider un contenuto *complesso*, rispetto al quale l'applicabilità di eccezioni o limitazioni al diritto d'autore resti ragionevolmente ipotizzabile nonostante la richiesta di rimozione illustri ragioni dettagliate a sostegno della tesi opposta. In quest'ultimo scenario, infatti, solo una valutazione giuridica *approfondita* consentirebbe di sciogliere il dubbio circa la (il)liceità del contenuto; e la Corte di giustizia sembra aver chiarito che il provider non può essere gravato dall'obbligo di svolgere un'operazione di tale delicatezza, la quale deve rimanere appannaggio di soggetti terzi e imparziali. Diversamente, nel caso in cui la natura illecita del contenuto risulti chiaramente riscontrabile alla luce delle informazioni riportate nella segnalazione, il provider è tenuto a rimuoverlo tempestivamente.

L'art. 102-decies co. 1 l.a. prevede che la decisione dell'intermediario volta a stabilire se rimuovere o mantenere online il contenuto segnalato dal titolare dev'essere soggetta a verifica umana. La disposizione esprime una scelta discrezionale del legislatore italiano finalizzata a salvaguardare la libertà di espressione degli utenti. Essa infatti preclude al provider di gestire le

sostanzialmente conforme alla tesi qui sostenuta cfr. BELLI, *La responsabilità*, cit., 564 ss., secondo cui l'indicazione dell'URL non è necessaria nei casi in cui il contenuto lesivo debba essere bloccato ex ante dal provider, mentre lo stesso non può dirsi nelle ipotesi in cui il filtraggio automatico del materiale illecito non sia esigibile. In senso dubitativo circa la necessità dell'URL o altra chiara indicazione circa l'ubicazione elettronica del contenuto cfr. MONTAGNANI, *Le procedure*, cit., 80, ove viene sottolineato che l'art. 102-decies l.a. prevede unicamente che la segnalazione deve indicare i «motivi della richiesta».

[674] Cfr. CGUE, *Repubblica di Polonia*, cit., punto 91.

richieste di *take down* attraverso sistemi completamente automatizzati, che verosimilmente comporterebbero un rischio di *overblocking* non irrilevante. Una regola di questo tipo appare – certamente consentita ma – non imposta dall'art. 17 dir. DSM, che sembra prescrivere al provider una verifica umana solo nel caso in cui l'utente attivi il meccanismo di reclamo per contestare decisione di blocco o rimozione assunta dall'intermediario[675].

Veniamo infine alla previsione introdotta dall'art. 102-decies co. 3 l.a., in base alla quale «nelle more della decisione sul reclamo, i contenuti in contestazione rimangono disabilitati». Anche questa regola è espressione di una scelta discrezionale del legislatore italiano, poiché l'art. 17 dir. DSM non prevede nulla di specifico sul punto[676]. La norma completa il regime di responsabilità del fornitore della piattaforma prevedendo la condotta che quest'ultimo

[675] Cfr. art. 17 par. 9 dir. DSM. Nel senso che l'obbligo di verifica umana previsto dal paragrafo 9 dell'art. 17 abbia ad oggetto unicamente la decisione sul reclamo dell'utente e non quella sulla richiesta di rimozione inviata dal titolare si è espressa CGUE *Repubblica di Polonia*, cit., punto 94. Anche il Digital Services Act prevede l'obbligo di verifica umana solo con riguardo alla decisione resa all'esito della procedura di reclamo disciplinata dall'art. 20 (cfr. in particolare il par. 6 dell'art. 20), mentre consente espressamente il trattamento automatizzato delle segnalazioni inviate ai sensi dell'art. 16 (cfr. in particolare il par. 6 dell'art. 16).

[676] Per una critica alla disposizione ora commentata in quanto eccessivamente penalizzante per gli utenti cfr. FROSIO, *L'art. 17*, cit.; PIRAINO, *La responsabilità*, cit., 182 ss., che pone in dubbio la conformità della previsione con il principio di proporzionalità; RICCIO, *Responsabilità*, cit., 1036 e 1037, secondo cui la disposizione contrasterebbe con le statuizioni contenute nella sentenza CGUE *Repubblica di Polonia*. *Contra* cfr. LAVAGNINI, *The Italian*, cit., 445 (pubblicato anteriormente alla pronuncia della Corte) secondo cui la disposizione garantirebbe un assetto equilibrato degli interessi in gioco nella misura in cui il provider si limitasse a filtrare *ex ante* solo contenuti manifestamente illeciti e a rimuovere *ex post* unicamente materiali che appaiano lesivi del diritto d'autore alla luce di una verifica umana condotta in base alle motivazioni fornite dai *rightholders* nelle proprie segnalazioni. L'autrice sottolinea in particolare che se il provider agisse come descritto e gestisse le procedure di reclamo in modo particolarmente rapido, la temporanea inaccessibilità dei contenuti controversi produrrebbe effetti positivi per gli utenti poiché eviterebbe di esporli al rischio di azioni risarcitorie dei titolari del diritto d'autore. Una soluzione analoga a quella adottata dal legislatore italiano con l'art. 102-decies co. 3 l.a. è prevista dall'ordinamento spagnolo: cfr. art. 73, par. 10 del Real Decreto-Ley 24/2021 del 2 novembre 2021, ai sensi del quale «Los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea establecerán un mecanismo de reclamación y recurso ágil y eficaz a disposición de sus usuarios en caso de conflicto sobre la inhabilitación del acceso a obras o prestaciones cargadas por ellos o sobre su retirada. Las obras y prestaciones que sean objeto del procedimiento de reclamación y recurso no se mantendrán accesibles en el servicio del prestador mientras se resuelva dicho procedimiento».

deve tenere nel caso in cui l'utente attivi il meccanismo di reclamo disciplinato dal comma 2 dell'art. 102-decies l.a. e dalle linee guida emanate dall'AGCOM[677]. In particolare la disposizione impone all'intermediario di sacrificare l'interesse dell'utente (al ripristino immediato del contenuto oggetto del reclamo) a quello del titolare del diritto d'autore (all'inaccessibilità del materiale durante lo svolgimento della procedura).

Ci si può chiedere se la regola dettata dall'art. 102-decies co. 3 l.a. sia conforme al principio di proporzionalità o se viceversa comporti una limitazione eccessiva della libertà di espressione degli utenti[678]. La risposta sembra dipendere dalla ricostruzione del contenuto degli obblighi di filtraggio e di *take down*. Difatti, maggiore è il numero di materiali che il provider è tenuto a bloccare o rimuovere ai sensi dell'art. 102-septies l.a., più alta è la probabilità che il meccanismo di reclamo costituisca l'unico mezzo a disposizione degli utenti per far sì che i propri contenuti leciti (ri)compaiano sulla piattaforma.

Alla luce della tesi qui sostenuta circa l'ampiezza degli obblighi di filtraggio e di *take down*, la previsione ora esaminata non sembra violare il principio di proporzionalità. Secondo la ricostruzione qui proposta, infatti, il fornitore della piattaforma di condivisione è tenuto unicamente: (i) a bloccare *ex ante* il caricamento dei contenuti che appaiano manifestamente lesivi del diritto d'autore "agli occhi della macchina"[679]; (ii) a rimuovere *ex post* i contenuti che appaiano manifestamente lesivi del diritto d'autore – in questo caso – "agli

[677] Come previsto dall'art. 3 co. 6 dell'Allegato A alla delibera AGCOM 115/23/CONS, il meccanismo di reclamo può essere attivato dall'utente sia nel caso in cui il contenuto caricato sia stato rimosso o disabilitato a seguito di una segnalazione, sia nell'ipotesi in cui sia stato bloccato *ex ante* ai sensi dell'art. 102-septies, co. 1, lett. b) e c), seconda parte l.a.

[678] La limitazione deriva dal fatto che al provider è precluso di ripristinare immediatamente il contenuto per effetto del reclamo dell'utente. Il contenuto deve quindi rimanere disabilitato per un lasso di tempo che può estendersi, a seconda dei casi, fino a venti o trenta giorni dalla presentazione dell'istanza di reclamo: cfr. art. 7 co. 1 dell'Allegato A alla delibera AGCOM 115/23/CONS.

[679] E quindi i soli contenuti identici o equivalenti a quelli rispetto ai quali i titolari abbiano fornito informazioni pertinenti e necessarie o segnalazioni sufficientemente motivate. Cfr. le considerazioni svolte *supra* nel paragrafo 5 di questo capitolo quarto.

occhi dell'uomo"[680]. In questa prospettiva il provider dovrebbe risultare incentivato a lasciare online i contenuti di dubbia (il)liceità, poiché la loro presenza sulla piattaforma non dovrebbe generare responsabilità a suo carico. Il blocco o la rimozione di contenuti leciti non dovrebbe quindi costituire la regola ma l'eccezione. Di conseguenza la procedura di reclamo dovrebbe costituire un meccanismo destinato a essere utilizzato in pochi casi residuali[681]. Alla luce di queste considerazioni, l'impatto pratico della regola prevista dall'art. 102-decies co. 3 l.a. dovrebbe essere limitato.

Sotto altro profilo va poi considerato che la disabilitazione temporanea dei contenuti in contestazione – oltre a trovare giustificazione nella necessità di salvaguardare il diritto d'autore – produce un effetto positivo per l'utente nel caso in cui il suo reclamo si riveli infondato, poiché previene il rischio di un'azione risarcitoria del titolare del copyright[682].

Per questi motivi la limitazione alla libertà di espressione causata dalla regola ora esaminata non sembra essere sproporzionata. Più in generale, se letta nel modo "costituzionalmente orientato" che si è illustrato in questo lavoro, tutta la disciplina prevista dagli artt. 102-sexies – 102-decies l.a. appare conforme al principio di proporzionalità e al diritto euro-unitario.

---

[680] Come si è visto infatti la risorsa umana impiegata dal provider non può esser tenuta a svolgere un esame giuridico *approfondito*, sicché anche nell'ambito del meccanismo di *notice and take down* la responsabilità del provider può sorgere solo se la natura illecita del contenuto sia manifesta. Questa lettura appare condivisa anche da AGCOM, *Linee guida concernenti il meccanismo di reclamo*, 10, dove si legge che i contenuti segnalati dai titolari del diritto d'autore «[…] dovrebbero essere disabilitati solo se manifestamente lesivi […]».

[681] In questo senso cfr. CGUE *Repubblica di Polonia*, cit., punti 93-95; AGCOM, *Linee guida concernenti il meccanismo di reclamo,* cit., 6.

[682] Come osservato da LAVAGNINI, *The Italian*, cit., 445.

BIBLIOGRAFIA

- ALBANESE, *Trasferimento di dati e responsabilità del prestatore di servizi telematici: dal «diritto secondo» al «diritto primo»*, in *AIDA* 2010, 354.
- ALBERTINI, *Restituzione e trasferimento dei profitti nella tutela della proprietà industriale (con un cenno al diritto d'autore)*, in *Contr. impr*. 2010, 1186.
- AMIDEI, *La tutela del diritto d'autore online tra responsabilità e libertà di espressione*, in *Giur. it.* 2024, 483.
- ANGELOPOULOS, *European intermediary liability in copyright: A tort-based analysis*, IViR, Amsterdam, 2016.
- ANGELOPOULOS e SENFTLEBEN, *The odyssey of the prohibition on general monitoring obligations on the way to the Digital Services Act: between Article 15 of the e-Commerce Directive and Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market*, IViR, Amsterdam, 2020.
- ANGELOPOULOS, *Harmonising intermediary copyright liability in the EU: a summary,* IN FROSIO (a cura di), *The Oxford handbook of online intermediary liability*, Oxford University Press, Oxford, 2020, 315.
- ANGELOPOULOS, *Articles 15 & 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market – comparative national implementation report*, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 29/2024.
- ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali,* III ed., Giuffrè, Milano, 1960.
- F. ASTONE, *Direttiva sul diritto di autore e clausole generali. A proposito della condivisione non autorizzata di contenuti*, in *AIDA* 2021, 141.

- M.A. ASTONE, *Digital services act e nuovo quadro di esenzione dalla responsabilità dei prestatori di servizi intermediari: quali prospettive?*, in *Contr. impr.* 2022, 1050.
- AUTERI, *Le tutele reali*, in NIVARRA (a cura di), *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale*, Giuffrè, Milano, 2004, 3.
- M. BARCELLONA, *Strutture della responsabilità e "ingiustizia" del danno*, in *Europa dir. priv.* 2000, 401.
- BEAL, voce *CDN*, in *webopedia.com.*
- BEAL, voce *Domain Name System*, in *webopedia.com.*
- BEAL, voce *Cloud Computing,* in *webopedia.com.*
- BEAL, *Who owns the Internet?*, in *webopedia.com*.
- BELLI, *La responsabilità dei «prestatori di servizi di condivisione di contenuti online» ai sensi della dir. 2019/790/UE*», in *NLCC* 2020, 2, 551.
- BELLON, *What is the difference between authorithative and recursive DNS nameservers?*, in *umbrella.cisco.com*.
- BEREC, *An assessment of IP interconnection in the context of Net Neutrality,* 2012.
- BEREC, *BEREC Guidelines on the implementation of the Open Internet Regulation*, 2022.
- BERGOMI, in commento agli artt. 41-61 accordo TRIPs, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve al diritto della concorrenza*, III ed., Cedam, Milano, 2004, 64.
- BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, Giappichelli, Torino, 2011.
- BERTANI, *Internet e la «amministrativizzazione» della proprietà intellettuale*, in *AIDA* 2012, 129.
- BERTANI, *L'ultima frontiera contro la pirateria online: ingiunzioni dinamiche ai gatekeepers della rete definite con procedure di notice and take down*, in nota a Trib. Milano, ord. 12 aprile 2018, in *AIDA* 2018, 875.

- BERTANI, *La concretizzazione delle clausole generali sulla proprietà intellettuale,* in *AIDA* 2021, 24.
- BIANCA, *Diritto civile. Vol. V. La responsabilità*, II ed., Giuffrè, Milano, 2012.
- BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico. Contributo allo studio dell'illecito plurisoggettivo permanente*, ESI, Napoli, 2003.
- BOCCHINI, *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*, in *Giur. it.* 2017, 632.
- BOCCHINI, *La responsabilità civile plurisoggettiva, successiva ed eventuale dell'ISP*, in *Giur. it.* 2019, 2606.
- G. BONELLI, *Il plagio di opere musicali,* in *IDA* 2000, 175.
- BRIESKE e PEUKERT, *Coming into force, not coming into effect? The impact of the German implementation of Art. 17 CDSM Directive on selected online platforms*, CREATe Working Paper 2022/1.
- BRKAN, *The concept of essence of fundamental rights in the EU legal order: peeling the onion to its core*, in *European Constitutional Law Review* 2018, 332.
- BURK, *Algorithmic fair use*, in *University of Chicago Law Review* 2019, 283.
- CAMARDI, *Le cosiddette "misure alternative" (art. 12 Direttiva CE 2004/48 del 2 aprile 2004)*, in NIVARRA (a cura di), *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale*, Giuffrè, Milano, 2004, 41.
- CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2018.
- G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Cedam, Padova, 1966.
- COGO, in nota ad App. Milano, 19 marzo 2010, in *AIDA* 2011, 704.
- COGO, *Linking e framing al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in *Giur it.* 2014, 2201.

– COGO, *L'armonizzazione comunitaria del diritto patrimoniale d'autore*, in *AIDA* 2016, 412.
– COGO, *Online content-sharing platforms as users of copyrighted contents*, in *AIDA* 2019, 68.
– COGO, *Diritti d'autore e connessi*, in BERTANI, COGO, FABBIO, GENOVESE e OTTOLIA, *Lineamenti di diritto industriale. Concorrenza e proprietà intellettuale*, Wolters Kluwer, Milano, 2024, 497.
– COGO e RICOLFI, *Administrative enforcement of copyright infringement in Europe*, in FROSIO (a cura di), *The Oxford handbook of online intermediary liability*, Oxford University Press, Oxford, 2020, 586.
– M. COLANGELO, *Internet e sistemi di filtraggio tra enforcement del diritto d'autore e tutela dei diritti fondamentali: un commento ai casi Scarlet e Netlog*, in *NGCC* 2012, 580.
– COMMISSIONE EUROPEA, *Counterfeit and piracy watch list*, 7 dicembre 2018, SWD(2018) 492 final.
– COMMISSIONE EUROPEA, *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*, 4 giugno 2021, COM(2021) 288 final.
– COMMISSIONE EUROPEA, *Impact assessment accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC*, 15 dicembre 2020, SWD(2020) 348 final, Part 1/2.
– COMMISSIONE EUROPEA, *Impact assessment accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC*, 15 dicembre 2020, SWD(2020) 348 final, Part 2/2.

– CONSIGLI, *Cosa sono i server DNS e come funzionano*, in *register.it*.
– DANISI, in nota ad App. Bologna 22 aprile 1993, in *AIDA* 1995, *308*, 431.
– DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 1966.
– DE MENECH, *La restituzione del profitto illecito nel sistema della proprietà intellettuale*, in *AIDA* 2022, 770.
– DELFINI, *La responsabilità dei prestatori intermediari nella direttiva 2000/31/CE e nel d.lgs. n. 70/2003*, in *Riv. dir. priv.* 2004, 55.
– DI CATALDO, *Compensazione e deterrenza nel risarcimento del danno da lesione di diritti di proprietà intellettuale*, in *Giur. comm*. 2008, 215.
– DINWOODIE, *A Comparative analysis of the secondary liability of online service providers*, in DINWOODIE (a cura di), *Secondary liability of Internet service providers*, Springer, 2017.
– DINWOODIE, *Who are Internet intermediaries?*, in FROSIO (a cura di), *The Oxford handbook of online intermediary liability*, Oxford University Press, Oxford, 2020, 37.
– DLA PIPER, *EU study on the legal analysis of a single market for the information society*. *New rules for a new age? 6. Liability of online intermediaries*, 2009.
– 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* 2020, 979.
– EUIPO, *Automated content recognition: discussion paper – Phase 2 'IP enforcement and management use cases'*, 2022.
– EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, *Opinion on the reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson*, in *europeancopyrightsociety.org*.
– FABIANI, *La tutela giudiziale civile dei diritti d'autore*, in *IDA* 1989, 1.

– FALCE e FARAONE, *Spunti di diritto positivo sull'art. 17 della Direttiva Copyright,* in *Riv. dir. ind.* 2021, 12.
– FERRARI, *L'intelligenza artificiale e l'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale*, in *AIDA* 2018, 171.
– FERRARO, *Commento all'art. 52*, in MASTROIANNI, POLLICINO, ALLEGREZZA e RAZZOLIN (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2017, 1058.
– FINOCCHIARO, *Filtering e responsabilità del provider*, in *AIDA* 2010, 340.
– FLORIDIA, *Risarcimento del danno e reversione degli utili nella disciplina del diritto industriale*, in *IDI* 2012, 11.
– FRANZONI, *La responsabilità del Provider*, in *AIDA* 1997, 248.
– FRANZONI, *Dei fatti illeciti. Art. 2043-2059,* II ed., Zanichelli, Bologna, 2020.
– FRANZONI, *Gli illeciti di Internet*, in *Resp. civ. e prev.* 2002, 28.
– FROSIO, *To filter or not to filter – That is the question in EU copyright reform*, *36(2) Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 2018, 331.
– FROSIO, *Reforming the C-DSM reform. A user-based approach*, in *IIC* 2020, 709.
– FROSIO e HUSOVEC, *Accountability and responsibility of online intermediaries*, in FROSIO (a cura di), *The Oxford handbook of online intermediary liability*, Oxford University Press, Oxford, 2020, 613.
– FROSIO e MENDIS, *Monitoring and filtering: European reform or global trend?*, in FROSIO (a cura di), *The Oxford handbook of online intermediary liability*, Oxford University Press, Oxford, 545.
– FROSIO, *L'art. 17, Dir. 790/2019: i diritti fondamentali restano sospesi*, in *Giur. it.* 2022, 1288.
– FROSIO, *Platform responsibility in the Digital Services Act: constitutionalising, regulating and governing private ordering*, in SAVIN e

TRZASKOWSKI (a cura di), *Research handbook on EU Internet law*, II ed., Edward Elgar Publishing, 2023, 253.

– C. GALLI, *Il risarcimento del danno e la retroversione degli utili nel diritto della concorrenza e della proprietà intellettuale*, in *Riv. dir. ind*. 2019, 66.
– P. GALLI, in commento all'art. 16 l.a., in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, VII ed., Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2019, 1720.
– GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet service provider,* ESI, Napoli, 2006.
– GATTI, *Il problema dell'illecito lucrativo tra norme di settore e diritto privato generale*, ESI, Napoli, 2021.
– GENOVESE, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, ESI, Napoli, 2005.
– GENOVESE, *Diffusione di video pirata in rete e responsabilità dell'hosting internet service provider. I rapporti tra Codice delle Comunicazioni Elettroniche e Testo Unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici*, in *AIDA* 2010, 364.
– GIOVANELLA, *La responsabilità per linking a files audiovisivi contraffatti e l'incerta natura del motore di ricerca*, in nota a Trib. Roma, ord. 22 marzo 2011, in *Danno e resp.* 2011, 857.
– GINSBURG, *The Court of Justice of the European Union Creates an EU Law of Liability for Facilitation of Copyright Infringement: Observations on Brein v. Filmspeler [C-527/15] (2017) and Brein v. Ziggo [C-610/15] (2017)*, in *Columbia Law & Economics Working Paper No. 572.*
– GRECO e VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno,* in VASSALLI (a cura di), *Trattato di diritto civile italiano*, UTET, Torino, 1974.

– GUARDAVACCARO, in nota ad App. Milano, 28 maggio 1999, in *AIDA* 1999, 745.
– GUARDAVACCARO, in commento all'art. 158 l.a., in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve al diritto della concorrenza*, III ed., Cedam, Milano, 2004, 1566.
– G. GUGLIELMETTI, *Il diritto di comunicazione e messa a disposizione del pubblico*, in *AIDA* 2010, 147.
– HOFMANN, *Haftung der Anbieter von Vermittlungsdiensten*, in HOFFMAN e RAUE (a cura di), *Digital Services Act. Gesetz über digitale Dienste*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2023, 111.
– HÜMMER, *Implications from C-401/19 for national transpositions in the light of freedom of expression*, in *copyrightblog.kluweriplaw.com*, 2022.
– HUSOVEC, *Injunctions against intermediaries in the European Union. Accountable but not liable?*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.
– HUSOVEC, *The promises of algorithmic copyright enforcement: takedown or staydown? Which is superior? And why?*, in *Columbia J.L. & Arts* 2018, 53.
– HUSOVEC, *Remedies first, liability second: or why we fail to agree on optimal design of intermediary liability*, in FROSIO (a cura di), *The Oxford handbook of online intermediary liability*, Oxford University Press, Oxford, 2020, 90.
– HUSOVEC, *How will the European patent judges understand proportionality?*, in *Jurimetrics* 2020.
– HUSOVEC e QUINTAIS, *How to license Article 17? Exploring the implementation options for the new EU rules on ocntent-sharing platforms*, in *GRUR Int.* 2021, 325.
– HUSOVEC, *(Ir)Responsible legislature? Speech risks under the EU's rules on delegated digital enforcement*, in *papers.ssrn.com*, 2021.

– HUSOVEC, *Rising above liability: the Digital Services Act as a blueprint for the second generation of global Internet rules*, in *Berkeley Tech. L. J.* 2023, 884.
– INTERNET SOCIETY, *About the Internet,* in *Internetsociety.org.*
– JÜTTE e PRIORA, *A further step into a systematic distortion: The EC Guidance on Article 17 CDSM Directive further complicates copyright exceptions*, in *copyrightblog.kluweriplaw.com.*
– KELLER, *German government draft on Article 17: two steps forward, one step back*, in *communia-association.org*, 2021.
– KELLER e REDA, *European Commission back-tracks on user rights in Article 17 Guidance*, in *copyrightblog.kluweriplaw.com*, 2021.
– KOO, *The EU right of communication to the public – still looking for a good link*, in ROSATI (a cura di), *The Routledge handbook of EU copyright law*, Routledge, Abingdon, 2021, 173.
– KUCZERAWY, *From "notice and takedown" to "notice and staydown": risks and safeguards for freedom of expression, in* FROSIO (a cura di), *The Oxford handbook of online intermediary liability,* Oxford University Press, Oxford, 2020, 52.
– LAVAGNINI, *La direttiva digital copyright: evoluzione normativa e interessi in campo*, in *AIDA* 2019, 208.
– LAVAGNINI, *The Italian implementation of Article 17 of Directive 2019/790: complaints, appeals and the new power of AGCOM,* in *JIPLP* 2022, 443.
– LAVAGNINI, *La responsabilità degli Internet Service Provider e la nuova figura dei prestatori di servizi di condivisione online (art. 17)*, in ID. (a cura di), *Il diritto d'autore nel mercato unico digitale. Direttiva (UE) 2019/790 e d.lgs. n. 177/2021 di recepimento*, Giappichelli, Torino, 2022, 207.

– LAVAGNINI, *La responsabilità civile delle piattaforme online: il ruolo del fine di profitto*, in nota a Trib. Milano, 8 settembre 2022, in *AIDA* 2023, 759.
– LEISTNER, *Structural aspects of secondary (provider) liability in Europe*, in *JIPLP* 2014, 75.
– LEISTNER, *European copyright licensing and infringement liability under Art. 17 DSM-Directive compared to secondary liability of content platforms in the U.S. – can we make the new European system a global opportunity instead of a local challenge?*, in *papers.ssrn.com* e in *Zeitschrift für Geistiges Eigentum/Intellectual Property Journal (ZGE/IPJ)* 2020, 123.
– LEISTNER, *A general introduction to the implementation of Art. 17 DSM Directive in Germany*, in *AIDA* 2022, 233.
– LEMLEY e LESSIG, *The End of End-to-End: preserving the architecture of the Internet in the broadband era*, *UCLA Law Review* 2001, 925.
– LIBERTINI, *Brevi note sui rimedi risarcitori e indennitari a tutela dei segreti commerciali*, in *Contr. impr. Eur.* 2018, 18.
– LOCK, *Article 11 CFR*, in KELLERBAUER, KLAMERT e TOMKIN (a cura di), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2019, 2132.
– LOCK, *Article 17 CFR*, in KELLERBAUER, KLAMERT e TOMKIN (a cura di), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2019, 2149.
– LOCK, *Article 52 CFR*, in KELLERBAUER, KLAMERT e TOMKIN (a cura di), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2019, 2241.
– MASTROIANNI e STROZZI, *Commento all'art. 11*, in MASTROIANNI, POLLICINO, ALLEGREZZA e RAZZOLIN (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2017, 217.

– MAZZAMUTO, *La tutela preventiva e cautelare (osservazioni sulla direttiva comunitaria in tema di rispetto dei diritti di proprietà intellettuale e sulla proposta di codice della proprietà industriale)*, in NIVARRA (a cura di), *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale*, Giuffrè, Milano, 2004, 73.
– METZGER e SENFTLEBEN, *Comment of the European Copyright Society. Selected aspects of implementing Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market into national law*, in *europeancopyrightsociety.org* e in *JIPITEC* 2020, 115.
– MEZEI, JÜTTE, SGANGA e PASCAULT, *Oops, I sampled again … the meaning of "pastiche" as an autonomous concept under EU copyright law*, in *IIC* 2024, 1225.
– MEZEI, SENFTLEBEN, SGANGA e GEIGER, *Opinion of the European Copyright Society on the CG and YN v Pelham GmbH and Others, Case C-590/23 (Pelham II)*, in *europeancopyrightsociety.org*, 2024.
– MEZZANOTTE, *Le «eccezioni e limitazioni» al diritto d'autore UE*, in *AIDA* 2016, 480.
– MEZZANOTTE, *Le «eccezioni e limitazioni» al diritto d'autore UE (parte II: Le libere utilizzazioni nell'ambiente digitale)*, in *AIDA* 2017, 300.
– MONTAGNANI, *Internet, contenuti illeciti e responsabilità degli intermediari*, Egea, Milano, 2018.
– MONTAGNANI, *A new liability regime for illegal content in the digital single market strategy*, in FROSIO (a cura di), *The Oxford handbook of online intermediary liability*, Oxford University Press, Oxford, 2020, 295.
– MONTAGNANI, *Le procedure di notice and take down gestite dai prestatori di servizi*, in *AIDA* 2022, 68.

– MURRAY, *Information technology law. The law and society*, V ed., Oxford University Press, Oxford, 2023.
– MUSSO, *Del diritto di autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche,* in GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli-Soc. ed. del Foro Italiano, Bologna-Roma, 2008, 270.
– MUSSO, *La proprietà intellettuale nel futuro della responsabilità sulla rete: un regime speciale?*, in *Dir. Inf.* 2010, 795.
– NIVARRA, *Dolo, colpa e buona fede nel sistema delle "sanzioni" a tutela della proprietà intellettuale,* in *AIDA* 2000, 325.
– NIVARRA, *La responsabilità degli intermediari*, in *AIDA* 2002, 307.
– NOBRE, *The post-DSM copyright report: Article 17*, in *communia-association.org*, 2024.
– J.B. NORDEMANN, *Liability of online service providers for copyrighted content – regulatory action needed?*, In-Depht Analysis for the IMCO Committee of the European Parliament, 2018.
– J.B. NORDEMANN, *Art. 17 DSMCD a class of its own? How to implement Art. 17 into the existing national copyright acts – Also a comment on the recent German discussion draft*, in *papers.ssrn.com* e in lingua tedesca in *GRUR* 2020, 569.
– J.B. NORDEMANN, *Neu: Täterschaftliche Haftung von Hostprovidern im Urheberrecht bei (Verkehrs-)Pflichtverletzungen im Internet*, in *ZUM* 2022, 806.
– OHLY, *The broad concept of "communication to the public" in recent CJEU judgments and the liability of intermediaries: primary, secondary or unitary liability?*, in *GRUR Int*. 2018, 517.
– ONZA, *Responsabilità "da condivisione on line" e diritti (d'autore e connessi) altrui (Osservazioni preliminari su regole legali e regole giurisprudenziali),* in *AIDA* 2022, 84.

– OTTOLIA, *Le clausole generali organizzative dell'immateriale*, in *AIDA* 2021, 94.
– PASCUZZI, *Da IANA a ICANN: un nuovo regime per l'attribuzione dei nomi di dominio su Internet,* in *Foro it.* 1999, 415.
– PEERS e PRECHAL, *Article 52*, in PEERS, HERVEY, KENNER e WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Hart Publishing, Oxford, 2021, 1611.
– PETRUSO, *Responsabilità degli intermediari di Internet e nuovi obblighi di conformazione: robo-takedown, policy of termination, notice and take steps*, in *Eur. dir. priv.* 2017, 451.
– PEUKERT, HUSOVEC, KRETSCHMER, MEZEI e QUINTAIS, *European Copyright Society – Comment on Copyright and the Digital Services Act Proposal*, in *IIC* 2022, 358.
– PHIPPS, voce *Web hosting,* in *webopedia.com.*
– PIOLA CASELLI, *Codice del diritto d'autore,* UTET, Torino, 1943.
– PIRAINO, *Spunti per una rilettura della disciplina giuridica degli Internet service provider*, in *AIDA* 2017, 468.
– PIRAINO, *La responsabilità dei prestatori di servizi di condivisione di contenuti online*, in *NLCC* 2023, 146.
– PLAIA, *Il risarcimento del danno e le restituzioni degli utili nel nuovo sistema italiano ed europeo di tutela della proprietà intellettuale*, in NIVARRA (a cura di), *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale*, Giuffrè, Milano, 2004, 25.
– PLAIA, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, Giappichelli, Torino, 2005.
– PONZANELLI, *Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli* internet service providers, in *Danno e resp. civ.* 2002, 5.

– PURPURA, *Osservazioni sul Digital Services Act: responsabilità e gestione del rischio nella prestazione di servizi intermediari*, in *Comparazione e diritto civile* 2022, 1035.
– QUINTAIS, FROSIO, VAN GOMPEL, HUGENHOLTZ, HUSOVEC, JÜTTE e SENFTLEBEN, *Safeguarding user freedoms in implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: recommendations from European academics*, in *papers.ssrn.com,* 2019.
– QUINTAIS e SCHWEMER, *The interplay between the Digital Services Act and sector regulation. How special is copyright?,* in *EU Journal of Risk Regulation* 2022, 1.
– QUINTAIS e ANGELOPOULOS, *YouTube and Cyando, Joined Cases C-682/18 and C-683/18 (22 June 2021): Case Comment*, in *Auteursrecht* 2022*,* 46.
– REMOTTI, *La retroversione degli utili quale sanzione restitutoria: nessun ristoro, nessuna pena*, in *IDI* 2019, 414.
– RESTELLI, *Le piattaforme digitali. Dall'intermediazione all'impresa*, Giuffrè, Milano, 2022.
– RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, Giappichelli, Torino, 2002.
– RICCIO, *Responsabilità delle piattaforme e sistemi di filtraggio: quale destino per la normativa italiana sul diritto d'autore?*, in *NGCC* 2022, 1032.
– RICOLFI, *Comunicazione al pubblico e distribuzione*, in *AIDA* 2002, 48.
– RICOLFI, *Le misure compulsorie*, in NIVARRA (a cura di), *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale*, Giuffrè, Milano, 2004, 91.
– RICOLFI, *Contraffazione di marchio e responsabilità degli Internet service providers*, in *IDI* 2013, 237.

– RICOLFI, *Commento all'art. 17(2)*, in MASTROIANNI, POLLICINO, ALLEGREZZA e RAZZOLIN (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2017, 337.
– RIORDAN, *The liability of Internet intermediaries,* Oxford University Press, Oxford, 2016.
– RIORDAN, *A theoretical taxonomy of intermediary liability,* in FROSIO (a cura di), *The Oxford handbook of online intermediary liability*, Oxford University Press, Oxford, 2020, 57.
– RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1967.
– ROMANO, *Il giusto equilibrio tra diritti di proprietà intellettuale ed altri diritti fondamentali*, in *AIDA* 2021, 83.
– ROSATI, *Copyright and the Court of Justice of the European Union*, II ed., Oxford University Press, Oxford, 2019.
– ROSATI, *The legal nature of Article 17 of the Copyright DSM Directive, the (lack of) freedom of Member States and why the German implementation proposal is not compatible with EU law*, in *JIPLP* 2020, 874.
– ROSATI, *Copyright in the Digital Single Market. Article-by-Article commentary to the provisions of Directive 2019/790*, Oxford University Press, Oxford, 2021.
– ROSATI, *Five considerations for the transposition and application of Article 17 of the DSM Directive,* in *JIPLP* 2021, 265.
– ROVATI, *Introduzione agli artt. 156-170 l.a.*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, VII ed., Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2019, 2261.
– ROVATI, *Le sanzioni,* in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *La proprietà intellettuale,* in AJANI e BENACCHIO (a cura di), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea,* Giappichelli, Torino, 2011, 441.
– SAAVEDRA SERVIDA, *La responsabilità degli Internet Service Provider: dal safe harbour al principio di accountability*, in *NLCC* 2024, 135.

– SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, 1186.
– SANNA, *Civil liability of an ISP for infringement of IP rights. Some (almost) settled points*, in FRANZOSI, POLLICINO e CAMPUS (a cura di), *The Digital Single Market copyright. Internet and copyright law in the European perspective*, Aracne, Roma, 2016, 217.
– SARTI, *Appunti su circolazione di prodotti contraffatti e responsabilità degli acquirenti commercianti,* in nota a Cass. 18 febbraio 1993 n. 1996, in *AIDA* 1993, 345.
– SARTI, *Diritti esclusivi e circolazione dei beni*, Giuffrè, Milano, 1996.
– SARTI, *I soggetti di Internet,* in *AIDA* 1996, 5.
– SARTI, *Assegnazione dei nomi di dominio e ordinamento statale*, in *AIDA* 2000, 957.
– SARTI, *Il terzo e la contraffazione: profili civilistici*, in NIVARRA (a cura di), *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale*, Giuffrè, Milano, 2004, 130.
– SARTOR, *Social networks e responsabilità del provider*, in *AIDA* 2011, 39.
– SAUTER, *Proportionality in EU law: a balancing act?*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2013, 439.
– SGANGA, *A decade of fair balance doctrine, and how to fix it: copyright versus fundamental rights before the CJEU from Promusicae to Funke Medien, Pelham and Spiegel Online,* in *EIPR* 2019, 672.
– SGANGA, *Principio di proporzionalità e misure di tutela del diritto d'autore,* in *AIDA* 2020, 147.
– SGANGA, *Le mille sorti e progressive delle eccezioni nel diritto d'autore europeo tra obbligatorietà, discrezionalità e flessibilità,* in *AIDA* 2021, 449.

– SCHWEMER, MAHLER e STYRI, *Liability exemptions of non-hosting intermediaries: sideshow in the Digital Services Act?*, in *Oslo Law Review* 2021, 4.
– SOLUM e CHUNG, *The layers principles: internet architecture and the law*, in *papers.ssrn.com*, 2003.
– SPEDICATO, *Il diritto di comunicazione e di messa a disposizione del pubblico*, in *AIDA* 2017, 264.
– SPINDLER, *Copyright law and Internet intermediaries liability,* in SYNODINOU, JOUGLEUX, MARKOU, PRASTITOU (a cura di), *EU Internet law in the digital era. Regulation and enforcement*, Springer, 2020, 3.
– SPINDLER, *The liability system of Art. 17 DSMD and national implementation – contravening prohibition of general monitoring duties?*, in *JIPITEC* 2019, 344.
– SPINDLER, *Der Vorschlag für ein neues Haftungsregime für Internetprovider – der EU-Digital Services Act (Teil 1)*, in *GRUR* 2021, 545.
– SPOLIDORO, *Il risarcimento del danno nel codice della proprietà industriale. Appunti sull'art. 125 c.p.i.*, in *Riv. dir. ind.* 2009, 151.
– SPONZILLI, *L'elemento soggettivo nella violazione del diritto d'autore e la ripartizione della responsabilità risarcitoria fra i concorrenti nell'illecito*, in *IDA* 2007, 216.
– TESCARO, *Una proposta ricostruttiva contrastante con il diritto vivente in tema di responsabilità civile dell'internet provider nel diritto italiano tra direttiva 2000/31/CE, regolamento UE 2016/679 e direttiva UE 2019/790*, in *Jus Civile* 2020, 62.
– TESTA, in nota a Trib. Milano, 28 settembre 1999, in *AIDA* 2000, 802.
– TESTA, in nota a Cass. 29 maggio 2003 n. 8597, in *AIDA* 2003, 670.
– TORREMANS, *Article 17*, in PEERS, HERVEY, KENNER e WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Hart Publishing, Oxford, 2021, 519.

– TORRENTE e SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XXIV ed. a cura di ANELLI e GRANELLI, Giuffrè, Milano, 2019.
– TOSI, *La disciplina applicabile all'hosting provider per la pubblicazione di contenuti digitali protetti dal diritto d'autore, tra speciale irresponsabilità dell'ISP passivo e comune responsabilità dell'ISP attivo, alla luce di Cassazione 7708/2019 e 7709/2019,* in *Riv. dir. ind.* 2019, 233.
– TOSI, *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, 1.
– TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961.
– TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, III ed., Giuffrè, Milano, 2021.
– TROIANO, *Gli illeciti attraverso Internet: problemi di imputazione e responsabilità*, in *AIDA* 1998, 399.
– TROIANO, *L'impresa di content, host e access providing*, in *AIDA* 2007, 355.
– L.C. UBERTAZZI e AMMENDOLA, *Il diritto d'autore,* UTET, Torino, 1993.
– L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Il regolamento AGCOM sul diritto d'autore,* Giappichelli, Torino, 2014.
– VISENTIN, *Rigidità e flessibilità nella disciplina dell'eccezione di citazione: quale direzione?*, in nota a Cass. 8 febbraio 2022, in *AIDA* 2022, 837.
– WESTKAMP, *Two constitutional cultures, technological enforcement and user creativity. The impending collapse of the EU copyright regime?*, in *IIC* 2021, 63.

– WOODS, *Article 11*, in PEERS, HERVEY, KENNER e WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Hart Publishing, Oxford, 2021, 333.