amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 2/2023

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudio, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sańchez-Mesa Martĩnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani, Stefania Terracciano.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Sullo stato dell'arte della tutela della proprietà intellettuale in *internet* (e gli interessi oggetto di protezione) a seguito del recepimento della Direttiva *copyright*

di Giuseppe Doria

(Professore Aggregato di Diritto della proprietà intellettuale presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II")

Sommario

1. Dall'invenzione della stampa al consolidamento della struttura della protezione autoriale fondata sulla tripartizione di interessi fra autore, editore e terzi consumatori. L'impatto della tecnologia sul fronte dei mezzi di comunicazione e la tentazione di una libertà assoluta del *web*. - 2. Dagli strumenti di autoprotezione (*Digital Rights Management*) alle nuove tecnologie *Non Fungible Token*. *Segue*: L'implementazione dell'*enforcement* amministrativo. - 3. Profili generali di responsabilità dell'*internet service provider* ed orientamenti giurisprudenziali: applicabilità delle condizioni di esenzione, svolgimento di un ruolo attivo ed estensione alle piattaforme di condivisione di contenuti *online*. - 4. L'approvazione della direttiva del 17 aprile 2019 n. 790 (cd. direttiva *copyright*). Qualche osservazione sulle dibattute disposizioni dell'art. 15 (in tema di pubblicazioni giornalistiche) e dell'art. 17 (in tema di responsabilità dei "prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online*"), come recepiti dal d.lgs. 8 novembre 2021 n. 177. – 4.1. L'art. 15 e l'abuso delle informazioni giornalistiche. I diritti riconosciuti all'editore ed agli autori, eccezioni e limiti della tutela: in particolare, la problematicità della identificazione del contenuto della eccezione riferita agli "estratti molto brevi", e la soluzione adottata dal legislatore nazionale. La determinazione dell'equo compenso: tutela amministrativa e giurisdizione ordinaria – 4.2. L'art. 17 ed il nuovo regime di responsabilità del "prestatore di servizi di condivisione di contenuti *online*": condizioni di esonero e criteri di diligenza. Il rischio di blocchi preventivi e la ricerca di un equilibrio fra principio di libertà di espressione e protezione della proprietà intellettuale: salvezza dei regimi di eccezione al diritto d'autore, sottoposizione a "verifica umana", meccanismi di reclamo e ricorso amministrativo - 5. *Conclusioni*: interesse dell'impresa e sviluppo tecnologico, espansione in chiave protezionistica dei confini di protezione della tutela autoriale e soluzioni di compromesso (con qualche necessaria cautela).

Abstract

The advent of internet has led to the revival of abolizionist positions in the name of an absolute freedom of web. The significance of the impact of this new technology (on the media front) is comparable to the invention of printing. Thus it appears necessary to question the survival capacity of the protection structure of the authorial discipline which is based on the presence of a tripartite division of interests (author, publisher, consumers). After an analysis of the techniques that have developed (digital rights management, administrative enforcement, liability regime of the internet service provider), the investigation focuses on the most discussed provisions of copyright directive n. 790/2019 and transposition implemented by d.lgs. 8 november 2021 n. 177. A tendency emerges aimed at a reinforcement (albeit with some compromise solution) of the authorial discipline and based on the primary need to protect enterprise interests (and so, rightholders), on which, however, it seems premature to believe that there is a consolidate state.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. *Dall'invenzione della stampa al consolidamento della struttura della protezione autoriale fondata sulla tripartizione di interessi fra autore, editore e terzi consumatori. L'impatto della tecnologia sul fronte dei mezzi di comunicazione e la tentazione di una libertà assoluta del web.*

La Direttiva UE n. 2019/790 del 17 aprile 2019 *sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale*, ha suscitato fin dalle prime fasi del procedimento di approvazione un nuovo ampio dibattito nella società civile sul ruolo e sul valore da attribuire ad *internet* come mezzo di comunicazione nello sfruttamento dei diritti d'autore[1].

I termini di questo dibattito, culturale prima ancora che giuridico, sono i seguenti: se l'avvento di *internet* determini una modificazione strutturale della funzione di protezione della proprietà intellettuale che dunque debba retrocedere di fronte all'espansione di un principio di libertà di informazione del *web* privo di limiti, ovvero se proprio per i rischi congeniti alla velocità ed alla globalità di questo nuovo mezzo di comunicazione sia invece necessario rafforzare in modo più intenso ed efficace la tutela.

Si tratta di posizioni che difficilmente sembrano ammettere una conciliazione fra di loro, e che in realtà già sono pervenute in collisione in precedenti occasioni: la tesi della libertà del *web* presenta dei tratti per certi versi anarchici[2], proprio perchè si fonda sull'affermazione di un sorta di libertà assoluta del *web* (nel senso più puro del termine *absolutum*, e cioè sganciato da qualsivoglia legame) che tende a contrapporsi alla conservazione di qualsiasi vincolo normativo di protezione individualista della proprietà intellettuale e che si vuole giustificare in ragione dell'attrazione del prodotto culturale ad una sfera collettiva di ordine sovraordinato[3].

---

[1] In generale, vedi A. BERTONI – M.L. MONTAGNANI, La modernizzazione del diritto d'autore e il ruolo degli intermediari internet quali propulsori delle attività creative in rete, in Dir.inf. 2015, 211 ss.; ID., Il ruolo degli intermediari internet tra tutela del diritto d'autore e valorizzazione della creatività in rete, in Giur.comm. 2013, p. 537 ss..

[2] Sulla sovranità del web, vedi A. GATTI, Istituzioni e anarchia nella Rete. I paradigmi tradizionali della sovranità alla prova di Internet, in Dir.inf. 2019, p. 711.

[3] Evidenzia M. LIBERTINI, Tutela e promozione delle creazioni intellettuali e limiti funzionali della proprietà intellettuale, in AIDA 2014, p. 299, come l'idea "mai radicalmente sopita" che il prodotto culturale sia un bene comune si riscontra fin dai tempi più antichi, e si ripresenta in questa fase di sviluppo di internet ove l'innovazione venga ad essere concepita come "frutto di un processo collettivo" così potendosi giustificare il superamento della "prospettiva ottocentesca dei beni immateriali". Tutto ciò –secondo l'autore- se non può giustificare le tesi abolizioniste, deve indurre specialmente nei "fenomeni di overprotection" a valutare attentamente "la percezione di squilibri e incoerenze nella disciplina complessiva dei DPI".

Il discorso si collega al valore della conoscenza per la società (knowledge society) e di sviluppo dell'economica (knowledge economy), rispetto ai quali internet può ritenersi strumentale, cfr. A. BERTONI – M.L. MONTAGNANI, La modernizzazione del diritto d'autore e il ruolo degli intermediari internet quali propulsori delle attività creative in rete, cit., p. 211 ss.

ISSN 2036-7821

Storicamente, una contestazione così forte dell'ossatura del diritto autoriale risale a Proudhon che si scagliava contro i cd. "maggioraschi letterari"[4] in funzione di contrapposizione socio-economica a quella che appariva una forma nuova di consolidamento della proprietà (sia pure immateriale) e così di esplicazione degli interessi dell'ascesa della borghesia.

La nuova tesi negazionista tuttavia non affonda le proprie radici in ragioni di contrapposizione sociale, ma pur presentando un connotato comunque ideologico (a carattere liberista-anarchico) è in realtà mossa dall'effetto dirompente dell'avvento di questo nuovo mezzo di comunicazione che si è espanso, prima ancora della predisposizione di un adeguato impianto normativo. Il che ha indotto alla tentazione di ritenere, che questo spazio virtuale globale fosse in qualche modo sottratto alle ordinarie regole di diritto tanto da sfuggire al potere statuale[5].

Nel diritto della proprietà intellettuale, *internet* ha determinato senza dubbio uno sconvolgimento negli strumenti di diffusione dell'opera dell'ingegno: ed in effetti il processo di passaggio dal *cartaceo* al *telematico*[6] sembra procedere in modo lento e graduale, ma avanza.

---

[4] P.J. PROUDHON, Les mayorats littéraires, Bruxelles, 1862. Al di là della impostazione politica a sfondo anarchico dell'intellettuale francese (famosa la frase "la proprietà è un furto"), la critica al concetto proprietario dell'opera dell'ingegno trovava seguito anche nella dottrina italiana di settore, e vedi infatti G. TODDE, Sulla pretesa proprietà letteraria e rivista del libro di P. J. Proudhon sui maggioraschi letterari, Cagliari, 1863: "Proprietà Letteraria, due nomi che urtano a trovarsi insieme … per cui preferiamo meglio appellarla tosto col suo vero nome di Privilegio Librario. Comparsa umile ed ancella di una concessione sovrana, coperta del favore reale, si ingrandì col tempo e coi volumi; discusse molto, fa rumore moltissimo, ed eccola oramai, codesta pretesa vera proprietà con aria d'impero, a nome della giustizia, voler prendere posto nei codici, farsi iscrivere nei catasti e nei registri, offrire le sue imposte, pretendere né più né meno uguale trattamento che le di lei dette sorelle, la proprietà fondiaria, e mobiliare" (p. 7).

[5] A. GATTI, Istituzioni e anarchia nella Rete. I paradigmi tradizionali della sovranità alla prova di Internet, cit., p. 711.

[6] Sullo sviluppo dell'e-book, e sulla possibilità di una "autoedizione" con sostanziale sostituzione di ruolo dei service provider agli editori, G. SPEDICATO, Proprietà intellettuale e distribuzione di libri su piattaforme digitali, in Dir.inf. 2017, p. 641.

Il rapporto di selfpublishing (fra autore e prestatore del relativo servizio) non è di certo inquadrabile nell'ambito del contratto di edizione, di cui non partecipa né in termini di trasferimento dei diritti di sfruttamento economico (che restano in capo all'autore) né del principale dovere dell'editore che risiede nella promozione e distribuzione del libro per il tramite della organizzazione e della rete di vendita dell'impresa editoriale. Si ritiene più propriamente trattarsi di un contratto atipico, che presenta analogie con quello cd. di stampa ma che se ne differenzia perché a fronte del corrispettivo non avviene la consegna di copie cartacee ma per l'appunto la trasposizione dell'opera su supporto digitale e normalmente anche l'inserimento dell'ebook all'interno di un sito che funge da vetrina di esposizione; per questi aspetti, sembra inquadrabile lato sensu in un appalto di servizi.

Discorso diverso invece, è se si sia in presenza di un contratto di edizione di ebook: qui si ritiene applicabile la disciplina del contratto di edizione, sia pure con i necessari adattamenti (con riferimento ovviamente alla sostituzione del supporto digitale con quello cartaceo, e dal relativo adattamento della disposizione di cui all'art. 122 V co. l.a. che con riferimento al contratto a termine, richiede la previsione a pena di nullità di un numero minimo di esemplari); su contratto di edizione ed ebook, vedi ancora R. MARSEGLIA, Il contratto di edizione dell'ebook, Bari, 2012, M. FABIANI, Contratto di edizione per le stampe ed ebook, in Riv.dir.aut. 2010, p. 346 ss.

ISSN 2036-7821

Si può dire in termini storico-comparativi, che questo nuovo mezzo di comunicazione appare dotato della stessa forza d'urto che all'inizio dell'età moderna assunse l'invenzione della stampa: all'epoca e fin dall'antichità, la trasmissione dell'opera dell'ingegno avveniva con la consegna del manoscritto, non v'era cioè la consapevolezza dell'opera come bene giuridico immateriale (*corpus mysticum*), distinta dal bene mobile in cui fosse rappresentata (*corpus mechanicum*)[7].

Fu la carta stampata che consentì una diffusione più veloce dell'opera dell'ingegno tramite la moltiplicazione in copie che poteva avvenire in forma industriale, senza così più bisogno di dover ricorrere alle difficoltà di una copiatura amanuense. Questa avanzata velocità di diffusione dell'opera pose inevitabilmente di fronte ad una riflessione giuridica che nel lungo periodo pervenne poi (alla fine del settecento, sostenuta dalla centralità della ragione) alla formazione del concetto dell'opera dell'ingegno come bene giuridico immateriale fonte di attribuzione dei diritti d'autore.

Dunque, la struttura tradizionale della disciplina autoriale -come oggi intesa- ha trovato una sicura spinta propulsiva nella invenzione della stampa fondandosi da quel momento in poi sulla compresenza di un triplice ordine di interessi: dell'autore, dello stampatore-editore, e dei terzi consumatori sul mercato.

Rispetto a questa struttura (cementata dal decorso secolare) *internet* ha determinato un'aggiunta ineludibile e reale, che consiste nella impareggiabile potenza della trasmissione dell'opera dell'ingegno in forma digitale, secondo forme e velocità che non trovano precedenti; beneficiando di una vetrina espositiva priva di confini a livello globale, cui in effetti ciascuno può accedervi individualmente ed in qualsiasi momento (ex art. 16 l.a.: diritto di comunicazione a pubblico distante).

Qui si avverte in tutta la sua forza l'impatto dirompente della *tecnologia*, che il diritto (specialmente nel settore della proprietà intellettuale) è costretto a rincorrere.

---

[7] Per l'analisi dello sviluppo storico del diritto della proprietà intellettuale, vedi T. ASCARELLI, Teoria della concorrenza e dei beni immateriali, Milano, 1956, p. 448 ss.: nell'antichità non esisteva una distinzione fra corpus mysticum e corpus mechanicum, per cui i diritti si intendevano ceduti con la consegna della res, essenzialmente il manoscritto. E' solo con l'invenzione della stampa che le cose iniziano a cambiare, grazie alla capacità della moltiplicazione industriale dell'opera in copie. Questo percorso, di lunga durata, inizia con l'attribuzione di un privilegium di fonte sovrana alla stampa, per poi arrivare allo statuto inglese sul copyright del 1709, che vede il riconoscimento all'autore di una esclusiva con termine di durata di venti anni.

Ma il vero cambio di impostazione avviene nel Settecento e quindi nell'età dei lumi allorquando la ragione viene posta al centro dell'universo, e così si giustifica una rilevanza giuridica alla protezione dell'opera dell'ingegno come bene giuridico immateriale: con ciò aderendo a numerose istanze culturali, promosse anche da intellettuali di spessore quali Diderot e Voltaire. Ed è in Francia che con il decreto francese del 19 luglio 1793, viene emanata la legge sulla proprietà intellettuale, che poi sarà destinata ad essere diffusa lungo gli Stati dell'Italia pre-unitaria e conservata anche dopo la fine della dominazione francese: cfr. J.M. PARDESSUS, Corso di diritto commerciale, Napoli, 1832, dalla cui analisi risalta la sostanziale continuità nei principi portanti del diritto della proprietà intellettuale, con la ripartizione negli attuali due rami della disciplina di cui uno dedicato alle "invenzioni" e l'altro alla tutela delle "produzioni letterarie".

ISSN 2036-7821

La tecnologia sembra aver innescato un processo di deformazione del concetto di creatività e modifica radicalmente le tecniche di comunicazione, dell'opera dell'ingegno: *a*) sul primo profilo, è agevole constatare come si sia in presenza di un processo di continuo adeguamento del *concetto di creatività* (presupposto di protezione della disciplina autoriale) di pari passo all'ampliamento (che avviene, anche in via atipica e giurisprudenziale, nonchè in attuazione di direttive comunitarie) delle tipologie di opere dell'ingegno e così del novero elencato dall'art. 2 l.a., il che risponde alla prevalenza oramai assunta dalla funzione cd. produttivistica della tutela autoriale e risalta specialmente in presenza di un'opera contraddistinta da una rilevante influenza della componente tecnologica; tendenza che rischia perfino di pervenire ad un massimo punto di rottura con l'ammissibilità di un'opera di *Artificial Intelligence* ove si realizza una vera e propria sostituzione (in termini soggettivi) per l' autonomia del processo di formazione[8]; e *b*) quanto al

[8] Rispetto al concetto di opera dell'ingegno tradizionale si assiste cioè ad una espansione della tutela spesso dovuta alla creazione di nuove fattispecie contraddistinte da una prevalenza dell'elemento tecnologico: in generale, vedi G. GHIDINI, Profili evolutivi del diritto industriale, Milano, 2015, P. AUTERI, in AA.VV., Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza, Torino, 2020.

Questa deviazione dal concetto tradizione di opera dell'ingegno (che si realizza già con il software, il design industriale, le banche dati, se non con fattispecie a formazione giurisprudenziale di particolare complessità come ad es. il web-design) si deve alla prevalenza di una concezione della tutela autoriale in ragione della esigenza di protezione degli interessi marcatamente economici di volta in volta presi in considerazione: concezione funzionalistica dei diritti di proprietà intellettuale, su cui M. LIBERTINI, Tutela della promozione delle creazioni intellettuali e limiti funzionali della proprietà intellettuale, cit., p. 299 ss..

In tal modo la tecnologia determina una modifica strutturale dell'elemento della creatività, con adeguamento dei diversi interessi che di volta in volta sono contemplati. Oppure la tecnologia incide sulla stessa capacità di protezione dei diritti d'autore, come si è constatato di fronte alla comunicazione via internet. Dunque la nuova realtà che rappresenta l'asse di modifica degli istituti autoriali, che la scienza giuridica è costretta continuamente a rincorrere -non senza difficoltà- è la tecnologia. L'impatto della evoluzione tecnologica si abbatte complessivamente su tutto l'ambito del diritto della proprietà intellettuale: sia il diritto industriale, che il diritto d'autore.

La tutela di un'opera a creazione artificiale in diritto d'autore è impedita dall'art. 2575 c.c. e dall'art. 6 l.a., entrambe le disposizioni fanno riferimento (ispirandosi alla originaria funzione gius-naturalistica) all'opera dell'ingegno quale particolare espressione del lavoro intellettuale umano: non v'è spazio pertanto, all'attualità, nell'ordinamento autoriale italiano ad una tutela dell'opera di Artificial Intelligence.

Una assenza assoluta di tutela in questo ambito così delicato deve essere però vagliata molto attentamente, tenendo conto dei vantaggi e svantaggi che possano derivare a livello concorrenziale con le altre economie. Non si può non tener conto che le principali potenze mondiali (in primis, la Cina) stiano investendo ingenti risorse nel settore, ed è evidente che le capacità di produzione di un robot intelligente sono in grado di determinare un notevole valore aggiunto di spinta all'espansione di una economia, e rispetto alle altre.

E si è aperto il dibattito a livello internazionale, vedi le linee guida approvate nel 2018 dalla JSAI (Japanese Society for Artificial Intelligence), nonché i principi enucleati dalla Conferenza Internazionale dei Garanti della Privacy e della Protezione dei dati personali tenutasi a Bruxelles li 23 ottobre 2018, la risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante "Raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica", § 18 (ove si "invita la Commissione a sostenere un approccio orizzontale e neutrale dal punto di vista tecnologico alla proprietà intellettuale applicabile ai vari settori in cui la robotica potrebbe essere impiegata"); ancora, la "Comunicazione del 25 aprile 2018 al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni" ove si evidenzia la necessità di occuparsi con urgenza

ISSN 2036-7821

secondo, la tecnologia ha notevolmente inciso sulla *funzione di comunicazione* dell'opera dell'ingegno, che oramai viaggia *online* con tutte le conseguenze e le problematiche, cui il giurista (ed il legislatore, comunitario e nazionale) è chiamato a dare risposta.

Non vi è dubbio d'altra parte della attitudine del nuovo mezzo a sostituirsi (almeno in parte) alla stampa: una tendenza questa, che può considerarsi allo stato ancora ad uno stadio non avanzato, perché rispetto alla capacità effettiva di diffusione sul mercato la concessione dei diritti di sfruttamento economico ad un editore (o comunque ad un concessionario, od anche licenziatario), resta ancora un anello importante per il successo dell'opera.

---

della regolamentazione sulla intelligenza artificiale; ed infine, la Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020, che per la prima volta (in ambito europeo) prende in considerazione le creazioni (sia di origine autoriale che industriale) derivanti dall'utilizzazione di sistemi di intelligenza artificiale. Più in generale, in tema di controllo dei rischi (distinti in high e non high risk), vedi la proposta di regolamento COM (2021) 206 final del 21 aprile 2021.

L'unico ordinamento europeo che sembra attribuire una qualche forma di tutela è quello britannico, il Copyright, Designs and Patent Act del 1988 s. 9.3: "in the case of a literary, dramatic, musical or artistic work which is computer generated, the autor shall be taken to be the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken". Ed in base alla s. 178 del medesimo Copyright, Designs and Patent Act, per opere computer generated, si intendono quelle in cui "the work is generated by computer in circumstances such that there is no human author of the work". Negli Stati Uniti, la giurisprudenza americana ha invece negato la tutela a prodotti di Artificial Intelligence, in quanto il carattere intellettuale dell'opera presuppone necessariamente che l'autore sia persona umana.

Si è in presenza di una fattispecie che si distingue nettamente dall'opera ad elevato contenuto tecnologico: qui la tecnologia avanza fino al punto di sostituirsi addirittura sul piano soggettivo all'uomo. Se dunque una tutela autoriale di un'opera artificiale non sembra ammissibile allo stato dei dati normativi dell'ordinamento giuridico, vi è però l'esigenza di proteggere l'economia in un settore così delicato, e così garantire una remunerazione agli investimenti, tramite il riconoscimento di diritti di sfruttamento economico (in forma differenziata rispetto all'opera dell'ingegno).

Sull'argomento, M. FRANZOSI, Copyright: chi è l'autore delle opere generate a computer?, in Dir.aut., 2018, p. 168 ss., S. LAVAGNINI, Intelligenza artificiale e proprietà intellettuale: proteggibilità delle opere e titolarità dei diritti, in Dir.aut. 2018, p. 360 ss., A. MUSSO, L'impatto dell'ambiente digitale su modelli e categorie dei diritti d'autore o connessi, in Riv.trim.dir.proc.civ. 2018, p. 471, G. SANSEVERINO, Ex machina. La novità e l'originalità dell'invenzione "prodotta" dall'IA, in AIDA 2019, p. 6 ss., S. GUIZZARDI, La protezione d'autore dell'opera dell'ingegno creata dall'Intelligenza Artificiale, in AIDA 2019, p. 43 ss., M.J. ANTIKAINEN, Copyright Protection and AI-Generated Works – A Fight We have Already Lost?, in AIDA 2019, p. 248 ss., G. SENA, Invenzioni brevettabili e intelligenza artificiale, in Riv.dir.ind. 2020, p. 151 ss., G. DORIA, Tecnologia e proprietà intellettuale, in i-lex n.12 1/3 del 2019, G. SPEDICATO, Creatività artificiale, mercato e proprietà intellettuale, in Riv.dir.ind. 2019, p. 253 ss., G. GHIDINI – I. AUSTONI, Una breve riflessione giuspolitica sulle creazioni realizzate attraverso robot "self-learning", in Design e innovazione digitale. Dialogo interdisciplinare per un ripensamento delle tutele, a cura di B. Pasa, Napoli, 2021, p. 51 ss.; G.M. RICCIO – F. ROTOLO, La tutela in Italia delle opere dell'uomo create dall'Intelligenza Artificiale: la necessità di un'analisi in chiave prospettica, in Design e innovazione digitale. Dialogo interdisciplinare per un ripensamento delle tutele, cit., p. 199; J. STRAUS, Artificial Intelligence and Patenting, Some Lessons from "Dabus" Patent Application, in A. MIRONE – R. PENNISI, Studi di diritto commerciale per Vincenzo Di Cataldo, Torino, 2021, 1, p. 615 ss., P. INIGUEZ ORTEGA, Artificial Intelligence (special reference to Big Data) and Intellectual Property Law. Issues and opportunities, in Studi di diritto commerciale per Vincenzo Di Cataldo, cit., p. 277 ss.

ISSN 2036-7821

Ma è la velocità di trasmissione[9] –che può avvenire in modo sostanzialmente istantaneo e con un semplice *clic* di invio- che rappresenta il vantaggio operativo di attrazione, in luogo dei mezzi tradizionali: con la conseguenza che ad essere messa in discussione è la stessa tenuta del sistema ed in particolare la protezione degli interessi, che sono marcatamente economici- dell'impresa editoriale; e per questa via, anche la stessa qualità della creazione d'autore, laddove la si ritenga connessa alla intermediazione svolta dall'attività dei concessionari e licenziatari dei diritti d'autore.

Cosicchè il quesito che ci si pone, è se la tutela autoriale -come oggi tradizionalmente intesa- sia destinata a resistere ovvero se invece alla lunga non possa che perdere la sua funzione originaria. Su questa base si può procedere ad una breve disamina dello stato dell'arte della tutela del diritto d'autore in *internet*, per verificare quali siano i presumibili orizzonti del diritto della proprietà intellettuale, alla luce della nuova disciplina introdotta dalla direttiva europea n. 790/2019.

2. *Dagli strumenti di autoprotezione (Digital Rights Management) alle nuove tecnologie Non Fungible Token. Segue: L'implementazione dell'enforcement amministrativo.*

Il principale problema che *internet* pone riguarda la tutela: come ci si possa proteggere di fronte alle violazioni del diritto d'autore[10]. La difficoltà nasce proprio dalla velocità della capacità di trasmissione del sistema, di fronte alla quale gli strumenti ordinari di protezione, ed *in primis* il ricorso alla giurisdizione ordinaria –con tutte le lungaggini delle sue procedure, anche se del caso cautelari- appaiono inadeguate ad assicurare una tutela efficace[11].

Qui le tecniche di protezione si sono orientate in una duplice direzione: da un lato, tramite l'incoraggiamento degli strumenti di autoregolazione[12] e dall'altro

[9] E così la potenziale violazione del diritto di riproduzione, anche temporanea (tramite trasmissione telematica fra i server), G. GUGLIELMETTI, Riproduzione e riproduzione temporanea, in AIDA 2002, p. 17.

[10] In generale, vedi M. MAGGI, Gli illeciti per violazione dei diritti d'autore e connessi in Internet, in Il regolamento AGCom sul diritto d'autore, cura di G. Ubertazzi, Torino, 2015, p. 73 ss.

[11] Per una disamina, F. FERRARI, Le esperienze dell'enforcement giudiziale, in Il regolamento AGCom sul diritto d'autore, cit., 124 ss.

[12] Per la valorizzazione degli strumenti di autoprotezione, vedi F. ASTONE, L'enforcement privato in Italia, in AIDA 2014, p. 59 ss., che offre un quadro dei meccanismi di autotutela nel contraddittorio che si venga ad instaurare all'interno dei procedimenti di segnalazione di note piattaforme di service provider (Youtube, Facebook, Wikipedia) e gli autori che si ritengano lesi nei propri diritti d'autore sulla base della constatazione che –al di là degli interessi rilevanti che rappresentano tuttavia una fetta relativa del mercato- "non è praticabile dalla massa degli utenti o degli autori non professionisti coinvolti, segnatamente quando si tratti di episodi isolati o "micro-violazioni" (p. 75).

Sulla tendenza al progressivo ricorso alla autoregolamentazione nel funzionamento delle piattaforme sociali, rispetto alla questione della identificazione della natura degli accordi con gli utenti, C. PERLINGIERI, Profili civilistici dei social networks, Napoli, 2014, p. 15 ss. e p. 36 ss..

ISSN 2036-7821

implementando l'*enforcement* amministrativo in alternativa alla giurisdizione ordinaria[13].

Nel primo ambito si inserisce la valorizzazione dei cd. *Digital Rights Management* (DRM)[14], che ha trovato riconoscimento normativo nella disciplina introdotta dagli art. 102 *quater* e *quinquies* l.a.: così sancendo la legittimità dell'apposizione di strumenti di *auto*-protezione grazie all'utilizzazione di *software* particolari, volti ad "impedire o limitare atti non autorizzati dai titolari dei diritti"[15].

In questo contesto peraltro non può omettersi di tener conto anche della tutela preventiva va peraltro inserita anche la possibilità di ricorrere alla tecnologia *blockchain* e di trasporre l'opera dell'ingegno su di un *Non Fungible Token* (*NFT*), che consente di procedere alla circolazione dell'opera garantendone unicità e tracciabilità[16].

---

[13] Cfr. M. BERTANI, Internet e la "amministrativizzazione" della proprietà intellettuale, in Il regolamento AGCom sul diritto d'autore, cit., p. 3 ss.

[14] Digital Rights Management che tuttavia non sono stati in grado allo stato di avere una rilevante capacità espansiva, come rilevato da A. BERTONI – M.L. MONTAGNANI, Il ruolo degli intermediari internet tra tutela del diritto d'autore e valorizzazione della creatività in rete, cit., p. 537 ss.

[15] Si tratta -come noto- di strumenti di autoprotezione consentiti dall'utilizzazione di software particolari che consentono di applicare chiavi di accesso a opere e materiali digitali il cui sfruttamento economico si intende mettere a disposizione on line ma allo stesso tempo proteggere contro l'utilizzazione indiscriminata ed in modo che risultino leggibile soltanto in loro possesso; ciò che può avvenire tramite un "dispositivo di accesso o di un procedimento di protezione, quale la cifratura, la distorsione o qualsiasi altra deformazione dell'opera o del materiale protetto, ovvero sia limitato mediante un meccanismo di controllo delle copie che realizzi l'obiettivo di protezione" (art. 102 quater, II co., l.a.). In tal modo le opere dell'ingegno restano protette ed identificabili. Queste misure tecnologiche di protezione sono state introdotte con d.lgs. 9 aprile 2003 n. 68, in attuazione della Direttiva 2001/29/CE del 22 maggio 2001 sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione. L'art. 23 d.lgs. n. 68/2003 ha infatti aggiunto gli art. 102 quater e quinquies l.a..

In merito, cfr. Digital Rights Management. Problemi teorici e prospettive applicative. Atti del convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 21 ed il 22 marzo 2007, a cura di R. Caso, Trento, 2007, A.M. CASELLATI, Protezione legale delle misure tecnologiche ed usi legittimi. L'articolo 6.4 della Direttiva eurtopea e sua attuazione in Italia, in Dir.aut. 2003, p. 360 ss., M.S. SPOLIDORO, Una nuova riforma per il diritto d'autore nella società dell'informazione, in Corr.giur. 2003, p. 845 ss., V.M. DE SANCTIS, Misure tecnologiche di protezione e libere utilizzazioni, in Dir.aut. 2003, p. 1 ss., M.L. MONTAGNANI – M. BORGHI, Proprietà digitale. Diritti d'autore, nuove tecnologie e Digital Rights Management, Milano, 2006, M.L. MONTAGNANI Dal peer-to-peer ai sitemi di digital rights management: primi appunti sul melting pot della distribuzione online, in Dir.aut. 2007, p. 1 ss., e –con riferimento ai connessi profili antimonopolistici- ID., Misure tecnologiche di protezione, sistemi di DRM e barriere all'entrata, in Digital Rights Management. Problemi teorici e prospettive applicative. Atti del convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 21 ed 12 22 marzo 2007, cit., p. 215 ss., C. DI COCCO, Circolazione della conoscenza, DRM e limiti del diritto d'autore, in Digital Rights Management. Problemi teorici e prospettive applicative. Atti del convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 21 ed 12 22 marzo 2007, cit., p. 99 ss., ove si evidenzia come l'efficienza di questi sistemi sia destinata presumibilmente a rafforzarsi in presenza della operatività di meccanismi tecnologici che consentano la tracciabilità dell'opera in modo da identificare l'utente e le modalità di utilizzazione.

[16] Ciò grazie ad un sistema di archiviazione e una marcatura temporale che tramite funzioni crittografiche consente di collocare in un determinato momento il trasferimento di informazione. In generale, A. NUZZO, Le ragioni di un'indagine giuridica della blockchain, in Blockchain e autonomia privata. Fondamenti giuridici, a cura di A. Nuzzo, Roma, 2021, p. 7 ss.

ISSN 2036-7821

Si pensi alla cd. *cryptoart*, ove la creazione avviene (o dal *corpus physicum* può essere trasposta) su di un supporto digitale legato alla tecnologia *blockchain* in genere ancorata a forme di *token non fungibili* che -grazie alle caratteristiche di unicità e non fungibilità- consentono l'identificazione della proprietà, e perfino la tracciabilità degli atti di trasferimento (che risultano così suscettibili di verifica con grado di certezza).

Così, di una medesima opera possono essere venduti una infinita serie di *Non Fungible Token (NFT)* che risultano a loro volta tracciabili (suscitando l'impressione di poter ritornate ad una logica di circolazione agganciata alla proprietà)[17].

Per il secondo invece, si è prevista l'attribuzione di poteri (alquanto incisivi) all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Regolamento adottato con delibera n. 680/13/Cons in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica), che può ordinare –a seguito dell'espletamento di un contraddittorio ridotto all'essenziale e dai tempi molto veloci (la decisione deve infatti pervenire entro 35 gg. dalla presentazione dell'istanza, e salvo archiviazione) un provvedimento di inibitoria (art. 8 co. 2), rimozione (art. 8 co. 3), ovvero

---

In ambito negoziale, vedi la l. 11 febbraio 2019 n. 12 conv. d.l. 14 dicembre 2018 n. 135, recante disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e la pubblica amministrazione, art. 8 ter che al II co. definisce "smart contract": "un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse…"; ed al co. III: "la memorizzazione di un documento informatico attraverso l'uso di tecnologie basate su registri distribuiti produce gli effetti giuridici della validazione temporale elettronica di cui all'articolo 41 del Regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 luglio 2014.

In generale, R. PISELLI, Autonomia negoziale, potere e blockchain. La rivoluzione del contratto, in Blockchain e autonomia privata. Fondamenti giuridici, cit., p. 25 ss.

Sulla possibilità di avvalersi efficacemente di queste tecnologie in ambito autoriale, S. SCALZINI, G. A. MONTELEONE, V. IAIA, Blokchain e proprietà intellettuale: funzioni, opportunità e sfide, in Blockchain e autonomia privata. Fondamenti giuridici, cit., p. 183 ss., ove si evidenzia come la tecnologia blockchain consente di tracciare l'utilizzazione dell'opera dell'ingegno ivi contenuta, se del caso anche per il tramite della istituzione di un registro pubblico delle transazioni; in particolare si sottolinea la possibilità di sfruttare la tecnologia dei blockchain (inizialmente sviluppata per le cryptovalute) del Non Fungible Token (NFT) che garantisce certezza di verifica tramite la unicità e indivisibilità dei gettoni digitali, la cui autenticità risulta verificata a mezzo blockchain con tracciamento del titolare e di tutti i successivi scambi e trasferimenti del token.

Con la conseguenza che, in tali fattispecie viene ad essere oggetto del trasferimento il certificato di autenticità del token, e la possibilità di procedere alla vendita di molteplici NFT per una stessa opera che tuttavia resta nella proprietà intellettuale dell'autore secondo la disciplina autoriale, N. MACLEOD, Il Boom degli NFT tra arte, proprietà intellettuale e diritti all'asta, in www.altalex.com, 24 maggio 2021.

[17] Come rilevato da A. ALPINI, AI e creazione artistica, intervento al convegno Nuove tecnologie e cultura del diritto civile, Università degli Studi di Napoli "Federico II" Dipartimento di Giurisprudenza, 25 novembre 2022.

Il ricorso alla disciplina della proprietà appare consentito nella misura in cui il trasferimento ha per oggetto il certificato di autenticità. Ma (se da un lato, si assiste probabilmente, ad una modifica nel meccanismo di ritorno economico della complessiva operazione) resta comunque fermo che l'insieme dei diritti (morali e patrimoniali) d'autore non possano che restare di pertinenza del creatore dell'opera originaria tokenizzata: la logica proprietaria non risulta qui applicabile e non potrebbe in ogni caso risultare adeguata, a proteggere l'esercizio dei diritti di sfruttamento economico (che si ritengano eventualmente correlati alla creazione, a titolo originario).

ISSN 2036-7821

disabilitazione (art. 8 co. 3, ult.parte)[18]; e con la previsione dell'applicazione di sanzioni e comunicazione agli organi di polizia giudiziaria in caso di inottemperanza (art. 8 co.7).

Così determinandosi un sostanziale spostamento dell'asse di tutela dalla giurisdizione ordinaria all'*enformement* amministrativo: nonostante infatti sia previsto nel Regolamento l'improcedibilità[19] nel caso di apertura di giudizio innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria, di fatto (basta analizzare i dati costantemente pubblicati sul sito dell'Autorità, per rendersi conto che) si è sviluppata una tendenza rivolta a ricorrere in via preferenziale alla tutela amministrativa per la maggiore celerità nell'adozione dei provvedimenti (salvo poi ad agire in sede ordinaria per il risarcimento dei danni).

Regolamento che è stato oggetto di un intenso dibattito[20], ed anche destinatario (alla fonte normativa del relativo potere) di questioni di legittimità costituzionale,

[18] In particolare la decisione può essere di: a)archiviazione: laddove non si ritenga sussistente la violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi (art. 8, co.1); b)inibitoria: se si ritiene sussistente la violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi, l'autorità esige –nel rispetto dei criteri di gradualità, di proporzionalità e di adeguatezza- che sia impedita la prosecuzione dell'attività illecita diramando un ordine ai prestatori di servizio che devono ottemperarvi entro tre giorni dalla notifica (art. 8, co.2); c)rimozione: se la violazione del diritto d'autore avviene su un sito ospitato su un server ubicato nel territorio nazionale, l'organo collegiale "ordina ai prestatori di servizi che svolgono attività di hosting … di provvedere di norma alla rimozione selettiva delle opere digitali medesime" (art. 8, co.3); d)disabilitazione: sempre con riferimento ai prestatori di servizi che svolgono attività di hosting se si accerta la "presenza di violazioni di carattere massivo, l'organo collegiale può ordinare ai prestatori di servizi di provvedere, in luogo della rimozione selettiva, alla disabilitazione dell'accesso alle suddette opere digitali" (art. 8 co.3, ult.parte). Allo stesso modo, in caso di mere conduit: "qualora il sito sul quale sono rese disponibili opere digitali in violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi sia ubicato fuori dal territorio nazionale, l'organo collegiale può ordinare ai prestatori di servizi che svolgano attività di mere conduit… di provvedere alla disabilitazione dell'accesso al sito".

In ordine al procedimento in generale, vedi L. DE LUCIA – F. GUZZI, L'incerta natura giuridica dei procedimenti amministrativi a tutela del diritto d'autore online (Regolamento dell'AGCom n. 680/13/CONS), in AIDA 2014, p. 136; ed in particolare sul contraddittorio, C. ALVISI, La protezione Agcom degli interessi contrapposti ai titolari, in AIDA 2014, p. 163.

[19] E' stabilito un rapporto di pregiudizialità in favore dell'Autorità giudiziaria ordinaria, ab initio ex art. 6 co. 3: "Il procedimento dinanzi all'Autorità non può essere promosso qualora per il medesimo oggetto e tra le stesse parti sia pendente un procedimento dinanzi all'Autorità giudiziaria"; e nel corso del procedimento, art. 7 co. 7: "Qualora nel corso del procedimento adisca l'Autorità giudiziaria per il medesimo oggetto, il soggetto istante ne informa tempestivamente la Direzione, che archivia gli atti e li trasmette all'Autorità giudiziaria, anche nel caso in cui gli stessi siano stati già inviati all'organo collegiale ai sensi del comma 6, dandone notizia ai destinatari della comunicazione di avvio del procedimento". E' quindi comprensibile come la celerità e l'efficacia di questa tutela – rispetto alle lungaggini di quella ordinaria- abbia determinato uno spostamento preferenziale a ricorrere all'esercizio dei poteri dell'AGCOM.

Sui rapporti fra procedimento amministrativo innanzi all'AGCOM e ricorso alla giurisdizione ordinaria, M. BINA, I rapporti tra Agcom e autorità giudiziaria, in Il regolamento AGCom sul diritto d'autore, cit., p. 211 ss.

[20] Su cui vedi A.M. ROVATI, Il dibattito sulla legittimità del regolamento Agcom: le opinioni in campo, in Il regolamento AGCom sul diritto d'autore, cit., p. 194 ss.

ISSN 2036-7821

superate (o meglio dichiarate inammissibili) con la nota sentenza della Corte Costituzionale 21 ottobre 2015 n. 247[21].

In una prima fase tuttavia, l'attuazione delle misure adottate non è riuscita a bloccare realmente la reiterazione delle violazioni di diritto d'autore *online*, che anzi sono risultate per certi versi implementate dal diffondersi di comportamenti emulativi e ripetitivi, in reazione ai provvedimenti repressivi degli illeciti.

Perciò, di fronte alla constatazione della diffusa pratica reiteratoria delle violazioni per il tramite di veri e propri siti pirati, che rischiava di rendere di fatto inefficace l'operatività dei provvedimenti adottati- si è assistito ad un ulteriore rafforzamento dei poteri dell'Autorità Garante per le Comunicazioni: modifiche ed aggiunte apportate al detto Regolamento, con delibera adottata dall'Autorità n. 247 del 21 ottobre 2015 (cfr. in part.: art. 8, co. 4, e l'aggiunta dell'art. 8 *bis*)[22].

---

[21] La Corte Costituzionale con sentenza n. 247 del 21 ottobre 2015 ha dichiarato l'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale sollevate in ordine all'attribuzione del potere all'AGCOM per le violazioni del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica. Si deve precisare che il Regolamento AGCOM per le violazioni del diritto d'autore è stato emanato sulla base del d.lgs. 31 luglio 2005 n. 177 (T.U. radiotelevisione): l'art. 32 bis co. 3 infatti prevede che "l'Autorità emana le disposizioni regolamentari necessarie per rendere effettiva l'osservanza dei limiti e divieti di cui al presente articolo". Da questo punto di vista il Regolamento poteva mostrare una criticità (in effetti evidenziata nella sentenza della Co.Cost.), in quanto l'art. 32 bis d.lgs. n. 177/2005 si riferisce alla tutela del diritto d'autore rispetto ai servizi di media audiovisivi.

La Corte ha evidenziato di certo una criticità, in quanto l'art. 32 ter T.U. radiotelev. non attribuisce all'AGCOM espressamente un potere regolamentare in tema di violazioni del diritto d'autore on line. Questo profilo di eccesso di potere viene superato, considerando che già gli art. 12, 13 e 14 direttiva n. 2000/31/CE (direttiva e-commerce) lasciano impegiudicata la possibilità per gli Stati membri di attribuire all'autorità amministrativa poteri inibitori anche in via d'urgenza. Cosicchè i poteri de quo "non solo non sono in discussione, ma … devono essere attribuiti, conformemente a quanto previsto dalla direttiva europea".

La questione di legittimità è stata ritenuta inammissibile in punto di rito perché "l'ordinanza nel suo insieme non chiarisce sufficientemente se intende ottenere una pronuncia ablativa o una pronuncia additivo-manipolativa e, per costante giurisprudenza di questa Corte … ciò preclude l'esame nel merito della questione determinandone l'inammissibilità…".

Nel merito, il Tar rimettente aveva eccepito la violazione dell'art. 21 Cost.it. "pietra angolare della democrazia" posta a presidio generale del diritto di manifestazione del pensiero , la cui compressione dunque (tramite sequestro) è consentita soltanto nei casi prefissati dalla legge; precetto che si porrebbe su di un piano prevalente rispetto alle libertà economiche ed alla tutela della proprietà (entro cui anche il diritto d'autore). Per il rigetto si erano costituite Confindustria Cultura Italia, che evidenziava come il diritto d'autore trova fondamento su di una molteplicità di precetti costituzionali: l'art. 41 Cost.it, l'art. 2 Cost.it. (in quanto tale, diritto inviolabile), l'art. 3 II co. Cost.it. (non ingiustificatamente discriminabile), l'art. 4 Cost.it. (in quanto attività connessa al progresso materiale e spirituale della società), l'art. 9 Cost.it. (per lo sviluppo della cultura e della tecnica), nonché lo stesso art. 21 Cost.it. (quale strumento della stessa manifestazione del pensiero), ed infine l'art. 33 Cost.it. (come forma di tutela di libero esercizio dell'arte e della scienza) e l'art. 35 Cost.it (in termini di prodotto dello svolgimento di un'attività lavorativa).

[22] Fin dalla emanazione del Regolamento, il ricorso alla tutela amministrativa presso l'AGCOM ha assunto di certo la prevalenza rispetto a quella giudiziaria e numerosi sono stati i procedimenti avviati e le decisioni dell'organo collegiale (si possono visionare sul sito dell'Autorità).

Ma si è potuto al tempo stesso constatare come l'attuazione dei provvedimenti dell'Autorità in alcuni casi sia stata vanificata dalla ripetizione a catena da parte dei cd. siti pirati, così risultando in definitiva impotente ad assicurare una efficace tutela. Di fronte al fenomeno della pirateria servivano poteri ancora più forti, e non sono tardati ad intervenire.

ISSN 2036-7821

3. *Profili generali di responsabilità dell'internet service provider ed orientamenti giurisprudenziali: applicabilità delle condizioni di esenzione, svolgimento di un ruolo attivo ed estensione alle piattaforme di condivisione di contenuti online.*

Sul piano del diritto sostanziale (e dunque in punto di responsabilità), la violazione del diritto d'autore *online* può configurare gli estremi di un illecito del *service provider* ai sensi del d.lgs. 9 aprile 2003 n. 70 (in attuazione della direttiva europea 2000/31/CE sul commercio elettronico)[23], che invero distingue fra tre fattispecie: *a)* responsabilità nell'attività di semplice trasporto (*mere conduit*), art. 14 d.lgs. n. 7/2003; *b*) responsabilità nell'attività di memorizzazione temporanea (*caching*), art. 15 d.lgs. n. 70/2003, e *c*) responsabilità nell'attività di memorizzazione di informazioni (*hosting*), art. 16 d.lgs. n. 70/2003.

Si tratta di una disciplina a carattere generale sulla responsabilità del *service provider*, ove non si ravvisano –diversamente da altri ordinamenti quale ad es. quello

---

Per questa ragione con la delibera n. 490/18/CONS del 16 ottobre 2018, sono stati introdotti nuovi poteri con relative aggiunte al Regolamento istituendo l'elenco dei siti pirata. In particolare, si modifica l'art. 8, 4 co. aggiungendosi: "Al fine di impedire la reiterazione delle violazioni già oggetto di ordini di disabilitazione emanati dall'Autorità, i prestatori di servizi che svolgono attività di mere conduit sono tenuti a disabilitare l'accesso ai siti indicati nell'elenco in formato .txt messo a disposizione dall'Autorità medesima". Si aggiunge ancora, l'art. 8 bis "Reiterazione di violazioni già accertate dall'Autorità": "1. Qualora il soggetto legittimato ritenga che vi sia reiterazione di una violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi già accertata dall'Autorità ai sensi dell'art. 8, comma 2, e dell'art. 9-bis, comma 7, ne dà comunicazione all' Autorità medesima, allegando ogni documentazione utile. Si applicano le disposizioni dell'art. 6. 2. Qualora verifichi la sussistenza della reiterazione di una violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi già oggetto di un ordine di rimozione selettiva ovvero di un ordine di disabilitazione dell'accesso alle opere digitali ai sensi dell'art. 8, comma 3, l'Autorità provvede ai sensi dell'art. 8, comma 7. 3. Qualora verifichi la sussistenza della reiterazione di una violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi già oggetto di un ordine di disabilitazione dell'accesso al sito ai sensi dell'art. 8, comma 4, la direzione provvede con proprio provvedimento all'aggiornamento dell'elenco di cui al suddetto comma. 4. Il provvedimento è adottato entro tre giorni dalla ricezione dell'istanza…".

Sulle problematiche del fondamento del potere regolamentare, vedi P. COSTANZO, Quale tutela del diritto d'autore in internet?, in Giur.cost. 2015, p. 2343; F. GOISI, Profili di legittimità nazionale e convenzionale europea della repressione in via amministrativa delle violazioni del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica: il problema dell'enforcement, in AIDA 2014, p. 180.

Ulteriori modifiche, sempre nella direzione della implementazione dei poteri, sono state effettuate con la Delibera n. 233/21/Cons del 22 luglio 2021, che ha aggiunto nella definizione di "prestatore di servizi" ex art. 1 lett.f del Regolamento, anche i fornitori di servizi della società dell'informazione di cui all'art. 195-bis I co. del d.l. 19 maggio 2020 n. 34 (conv. l. 17 luglio 2020 n. 77, cd. Decreto rilancio).

E si deve ulteriormente da ultimo rilevare l'avvio di una Consultazione pubblica come da Delibera n. 445/22/Cons del 20 dicembre 2022, diretto ad introdurre strumenti di più efficace contrasto (a fronte di una "pirateria" che viene definita in termini di "allarme sociale") all'utilizzo illecito di dirette live streaming di eventi sportivi.

[23] In merito vedi A.M. ROVATI, La responsabilità civile degli ISP, in Il regolamento AGCom sul diritto d'autore, cit., p. 194 ss.

ISSN 2036-7821

statunitense[24]- specifiche norme per le violazioni di diritto d'autore, ma che alle stesse risultano di certo applicabili.

Disciplina che peraltro non ha subito rilevanti modifiche e risulta sostanzialmente confermata nel Regolamento UE 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 "relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE" (cd. *Digital Service Act*), che infatti agli art. 3 ss. riproduce negli elementi essenziali la disciplina della Direttiva *e-commerce* in tema di attività di *mere conduit*, *caching* e *hosting*, ribadendosi l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza in capo al *service provider* (art. 7), e dettagliando il comportamento da osservare in presenza di "ordini di contrastare contenuti illegali" (art. 8)[25] e "ordini di fornire informazioni" (art. 9)[26]; e precisandosi al cons. 11 (ciò che rileva ai fini della disciplina introdotta con la Direttiva *copyright*, in esame) che "il presente regolamento fa salvo il diritto dell'Unione in materia di diritto d'autore e diritti connessi, il quale sancisce norme e procedure specifiche che non dovrebbero essere pregiudicate".

Non è possibile ovviamente addentrarsi nell'ambito delle numerose questioni di carattere civilistico sulla natura della responsabilità, che la giurisprudenza oramai quasi consolidata ritiene inquadrabile nell'ambito della disciplina generale dell'illecito extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c. sia pure con la precisazione dell'onere[27] -incombente sull'*internet service provider*- di provare effettivamente la sussistenza delle condizioni di esenzione riconosciute *ex lege*.

In effetti, ferma restando l'inconfigurabilità a monte di un dovere generale di controllo, l'esonero di responsabilità da parte dell'*internet service provider* è subordinato alla prova che questi non sia a conoscenza della illiceità del contenuto e non appena ricevuta una comunicazione dalle autorità competenti agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso (art. 15 e 16, d.lgs. n.70/2003, ed ora art. 4 e 5 del *Digital Service Act*).

Siffatta previsione, rispetto alla tutela della proprietà intellettuale, ha trovato ovviamente un efficace sostegno applicativo tramite l'accertamento preventivo delle

[24] Per uno sguardo comparativo, A. BERTONI – M.L. MONTAGNANI, Il ruolo degli intermediari internet tra tutela del diritto d'autore e valorizzazione della creatività in rete, cit., p. 537 ss., ove si segnala la diversità della scelta normativa del Digital Millennium Copyright Act (DMCA) del 1998 che prevede alla sezione 512 disposizioni relative alla limitazione di responsabilità con riferimento alle sole violazioni del copyright: ove però i service provider si identificano negli intermediari che svolgono un'attività di "storage di materiale coperto dal diritto d'autore".

[25] Stabilendosi al I co. che il service provider non appena ricevuto l'ordine di contrastare specifici contenuti illegali (che sia stato emesso dalle autorità giudiziarie o amministrative competenti) debba informare "senza indebito ritardo" l'autorità emittente "in merito al seguito dato all'ordine, specificando le misure adottate e il momento in cui sono state attuate".

[26] Anche qui al I co., è specificato il dovere del service provider di informare prontamente l'autorità giudiziaria o amministrativa emittente, "in merito al ricevimento dell'ordine e al seguito dato allo stesso".

[27] In tal senso, di recente Trib. Roma 12 luglio 2019 n. 14757.

ISSN 2036-7821

relative violazioni da parte dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, in virtù del Regolamento suindicato.

Ma la giurisprudenza è divisa fra chi ritiene che la disciplina di esonero possa valere finquando non sia stato notificato un provvedimento da parte dell'autorità (giudiziaria ovvero amministrativa); e chi invece afferma la configurabilità della responsabilità, anche a prescindere dalla comunicazione di un provvedimento di fonte autoritativa, e comunque in ogni modo ne risulti provata l'*effettiva conoscenza* della illiceità delle opere caricate (a mezzo di una vera e propria diffida notificata, ovvero anche solo per il tramite di semplice comunicazione, purchè dotata degli elementi minimi di identificazione della relativa fattispecie)[28].

Un ulteriore punto controverso riguarda la qualificazione della natura della attività svolta nel servizio di *hosting*: se il comportamento del *service provider* per risultare

[28] Vedi in part., Trib. Roma 15 febbraio 2019, n. 3512, in Riv.dir.ind. 2019, II, p. 296, secondo cui la conoscenza effettiva da parte dell'hosting provider del contenuto illecito dei dati caricati è fonte di responsabilità senza che sia necessaria la comunicazione di un provvedimento da parte dell'autorità (amministrativa o giudiziaria). Nello stesso senso, App. Roma 19 febbraio 2018 n. 1065, Trib. Napoli Nord 4 novembre 2016, in Dir.inf. 2017, 2, p. 243, con nota di M. MONTANARI, Trib. Roma 27 aprile 2016 n. 8437 in Dir.giust. 2016, per cui la conoscenza dell'illiceità può essere acquisita in qualunque modo; conforme Trib. Catania 21 aprile 2011, secondo cui risponde del danno provocato al titolare del marchio indebitamente utilizzato da un terzo come domain name l'hosting provider che, pur informato dell'illecito e diffidato dal titolare del marchio, abbia omesso qualunque intervento. In tal senso in dottrina (valorizzando quanto stabilito dal Digital Millennium Copyright Act statunitense) vedi E. TOSI, Contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile degli hosting provider attivi e passivi. Tra tipizzazione normativa e interpretazione evolutiva applicata alle nuove figure soggettive e dei motori di ricerca, social network e aggegatori di contenuti, in Riv.dir.ind. 2017, p. 56.

Secondo invece Trib. Firenze 25 maggio 2012, in Giur.ann.dir.ind. 2013, 1, p. 527, la conoscenza effettiva da parte di un internet service provider dell'illiceità dei contenuti di un sito internet e conseguentemente la sua responsabilità per tali contenuti non può essere desunta dal contenuto delle diffide di parte, trattandosi di prospettazioni unilaterali, ma è necessario che un organo competente abbia dichiarato che i dati sono illeciti, oppure abbia ordinato la rimozione o la disabilitazione dell'accesso agli stessi, ovvero che sia stata dichiarata l'esistenza di un danno e che l'internet service provider sia a conoscenza di una tale decisione dell'autorità competente.

Sulla questione della (rilevanza e prova della) effettiva conoscenza dei contenuti illeciti (da parte dell'internet service provider), A. COLARUOTOLO, Facebook e Hyperlinking illecito degli utenti. L'inerzia ingiustificata del prestatore di servizi è fonte di responsabilità civile e risarcitoria, nota a Trib. Roma 15 febbraio 2019, n. 3512, in Riv.dir.ind. 2019, p. 308, ID., Diffusione di opere protette senza autorizzazione: c'è responsabilità dell'ISP in caso di editing del materiale online immesso dagli utenti, nota a Trib. Roma 22 gennaio 2021, in Riv.dir.ind. 2021, p. 88 ss..; e per una recente rassegna delle posizioni, R. PANETTA, Il ruolo dell'internet service provider e i profili di responsabilità civile, in Resp.civ.prev. 2019, p. 1017; con riferimento a concorso in responsabilità per fattispecie diffamatorie, R. PETRUSO, Responsabilità delle piattaforme online, oscuramento di siti web e libertà di espressione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo, in Dir.inf. 2018, p. 511, ID., Responsabilità degli intermediari di internet e nuovi obblighi di conformazione: robo-takedown, policy of termination, notice and take steps, in Eur.dir.priv. 2017, p. 451; M. COCUCCIO, La responsabilità civile per fatto illecito dell'internet service provider, in Resp.civ.prev. 2015, p. 1312.

In generale, E. TOSI, Responsabilità civile per fatto illecito degli internet service provider, in Digesto disc.priv. sez.civ., X Agg., Torino, 2016, ID., Diritto privato dell'informatica e di internet. I beni – I contratti – Le responsabilità, Milano, 2006, p. 430 ss. D. MULA, La responsabilità e gli obblighi degli Internet Providers per violazione del diritto d'autore, in Riv.dir.ind. 2010, p. 252 ss.

ISSN 2036-7821

veramente esente da responsabilità debba essere soltanto passivo (o comunque neutrale), ovvero se questa condizione non operi laddove si accerti invece che il detto prestatore abbia in qualche modo giocato un proprio ruolo, anche di filtro e selezione dei dati caricati.

La giurisprudenza in materia non è univoca[29], ma una recente pronuncia di legittimità[30] ha chiarito che se l'*hosting provider* venga a svolgere in qualche modo un *ruolo attivo*, e cioè non si sia limitato alla ricezione passiva delle informazioni caricate, allora l'operatività delle condizioni di esenzione *ex lege* previste resterebbe esclusa, con riespansione dell'ambito applicativo della disciplina generale della responsabilità civile extracontrattuale dell'illecito aquiliano.

Anche la Corte di Giustizia europea peraltro è intervenuta sulla questione, con numerose pronunce: la sentenza Co. Giust. UE 23 marzo 2010 gr.sez. cause C-236/08, C-237/08 e C-238/08 (caso *Google France*)[31], che con riferimento a pretese violazioni di

[29] Cfr. fra le tante, Trib. Roma 1 febbraio 2019 n. 3512: l'internet service provider che gestisca un servizio automatico consistente nella creazione di una scheda sull'attività di un professionista, non è tenuto a svolgere alcun ruolo di filtraggio; ancora, Trib. Palermo 7 giugno 2013, in Giur. comm. 2015, II, p. 179, con nota di D. GUARDI, non è esigibile un dovere di controllo del gestore del motore di ricerca sulla corrispondenza a possibili marchi di concorrenti di tutte le parole chiave indicate dai numerosissimi inserzionisti di un servizio di posizionamento pubblicitario a pagamento su internet, offerto dal motore stesso; in senso più radicale, Trib. Roma 22 marzo 2011, in Giur.comm. 2012, II, p. 894, con nota di M. COLANGELO, secondo cui la mancata attivazione del gestore di un motore di ricerca, venuto a conoscenza della natura illecita dei dati memorizzati o delle attività poste in essere dagli utenti, lo rende responsabile in concorso nella contraffazione dei diritti di proprietà intellettuale. In merito, vedi R. BOCCHINI, La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti, in Giur.it. 2017, p. 632 ss., ID., La responsabilità degli intermediari del commercio elettronico, Napoli, 2003.

[30] Cass. 19 marzo 2019 n. 7708, secondo cui la disciplina introdotta dalla direttiva e-commerce si riferisce (stabilendo uno speciale regime di esenzione di responsabilità, rispetto all'art. 2043 c.c.) esclusivamente all'internet service provider passivo, per cui ne resta esclusa l'applicabilità laddove venga posta una condotta attiva, dovendosi procedere (caso per caso) al relativo accertamento secondo elementi indicatori della interferenza dell'internet service provider.

In tal modo, viene a prendere corpo una fattispecie atipica di responsabilità dell'internet service provider attivo, fra cui anche i motori di ricerca e gli aggregatori di contenuti online secondo E. 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, p. 226 ss., ove ampia ricognizione della giurisprudenza, comunitaria e nazionale (spec. nota 38).

[31] La vicenda trae origine dall'impiego quali parole chiave (keywords) di segni corrispondenti a marchi notori (es. Luis Vuitton) in assenza di autorizzazione e dunque con relativa concorrenza sleale in danno di marchi notori. La Corte si è interrogata se nell'attività di caricamento dei dati tramite il software del motore di ricerca, potesse configurarsi una responsabilità della piattaforma Google ai sensi degli art. 12-15 della direttiva 2000/31 sul commercio elettronico. In effetti tramite il sistema Adword Google offriva un servizio di posizionamento che consentiva a pagamento la visualizzazione di annunci a determinate condizioni, questo aveva consentito l'indebito agganciamento a marchi notori. La Corte ha escluso anzi tutto che il posizionamento dei segni simili a marchi notori venga a rappresentare un uso del marchio da parte del prestatore del servizio di posizionamento, mentre ha rimesso al giudice nazionale l'accertamento se vi sia stata una effettiva compartecipazione in base alla direttiva UE n. 2000/31 di Google nello svolgimento del servizio di posizionamento e nell'organizzazione degli annunci, enunciando il seguente principio: "Il prestatore di un servizio di posizionamento su Internet che

ISSN 2036-7821

diritto di proprietà industriale nell'ambito di un servizio di posizionamento di annunci, ha sancito l'inestensibilità di una responsabilità al *service provider* in assenza della prova di un ruolo attivo effettivamente svolto, rimettendo però al giudice nazionale l'accertamento in concreto della condotta e l'idoneità a inquadrarsi nell'esenzione di legge; ancora, Co. Giust. 12 luglio 2011 causa C-324/09[32], che invece ha affermato la responsabilità dell'*internet service provider* in qualunque modo sia venuto a conoscenza della illiceità dei dati caricati, tanto a seguito di un esame svolto di propria iniziativa che laddove gliene sia stata notificata l'esistenza; nonchè Co. Giust. 24 novembre 2011 (caso Scarlet c. Sabam), che ha escluso la configurabilità di un dovere preventivo di filtraggio delle opere e contenuti caricati[33]; ed infine, la recentissima Co. Giust. gr.sez. 22 giugno 2021 (cause riunite C-682/18 e C-683/18) che ha confermato l'estensibilità alle piattaforme di condivisione di video (e comunque, di piattaforme di *hosting* e condivisione di *file*) della disciplina di cui all'art. 14 par. 1 della direttiva n. 2000/31/CE sul commercio elettronico[34].

---

memorizza come parola chiave un segno identico a un marchio e organizza, a partire da quest'ultima, la visualizzazione di annunci non fa un uso di tale segno ai sensi dell'art. 5, nn. 1 e 2, della direttiva 89/104 o dell'art. 9, n. 1 del regolamento n. 40/94. L'art. 14 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 8 giugno 2000, 2000/31/CE, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno ("Direttiva sul commercio elettronico"), deve essere interpretato nel senso che la norma ivi contenuta si applica al prestatore di un servizio di posizionamento su internet qualora detto prestatore non abbia svolto un ruolo atto a conferirgli la conoscenza o il controllo dei dati memorizzati. Se non ha svolto un siffatto ruolo, detto prestatore non può essere ritenuto responsabile per i dati che egli ha memorizzato si richiesta di un inserzionista, salvo che, essendo venuto a conoscenza della natura illecita di tali dati o di attività di tale inserzionista, egli abbia omesso di prontamente rimuovere tali dati o disabilitare l'accesso agli stessi". In definitiva, non si deve trattare di un hosting provider attivo.

[32] In Giur.ann.dir.ind. 2011, 1, 1579: la Corte chiarisce che la percezione di un corrispettivo e l'offerta di informazioni di carattere generale non valgono a impedire l'applicazione delle deroghe di responsabilità previste dalla Direttiva 2000/31; soluzione diversa si ritiene invece debba essere adottata se abbia prestato un'assistenza al cliente, perché in tal caso la posizione non può ritenersi più neutrale ma attiva ed idonea a conferirgli una conoscenza effettiva o una funzione di controllo preventivo rispetto al posizionamento delle offerte.

In tal senso, anche Co. Giust. UE 11 settembre 2014 (caso Papasavvas c. Fileleftheros), ove si sottolinea la necessità –ai fini della applicabilità degli art. 12-14 della direttiva n. 2000/31- dello svolgimento di un comportamento meramente "tecnico, automatico e passivo" da parte dell'Internet Service Provider; ciò che invece non si ritiene sussistere, in caso di svolgimento di "un'assistenza consistente, segnatamente, nell'ottimizzare la prestazione delle offerte in vendita … e nel promuovere tali offerte: così in definitiva venendosi ad escludere il carattere di neutralità.

[33] Nello stesso senso, anche Trib. Roma 13 dicembre 2011, sez. impr., in Dir. inf. 2012 p. 462 ss., con nota di F. MERLA, Attività di "filtraggio" dei contenuti online, diritti di privativa e libertà di impresa.

[34] Nella sentenza (relativa al caricamento di video illeciti musicali su Youtube), si evidenzia come –stante l'inconfigurabilità di un obbligo generale di controllo preventivo) la predisposizione da parte del gestore di una piattaforma di contenuti online, di sistemi di indicizzazione automatica e di una funzione di ricerca non può ritenersi sufficiente per affermare che "detto gestore sia "concretamente" al corrente di attività illecite ivi memorizzate"; atteso che non si ritiene potersi prescindere dalla necessità di verificare in concreto l' "effettiva conoscenza da parte di quest'ultimo di fatti o circostanze in base ai quali un operatore economico diligente avrebbe dovuto constatare l'illiceità" (conf. Co. Giust. 12 luglio 2011, causa C-324/09), come nel caso in cui abbia ricevuto la notifica dell'esistenza di attività o informazioni illecite.

ISSN 2036-7821

4. *L'approvazione della direttiva del 17 aprile 2019 n. 790 (cd. direttiva copyright). Qualche osservazione sulle dibattute disposizioni dell'art. 15 (in tema di pubblicazioni giornalistiche) e dell'art. 17 (in tema di responsabilità dei "prestatori di servizi di condivisione di contenuti online"), come recepiti dal d.lgs. 8 novembre 2021 n. 177.*

Le vicende relative all'approvazione della direttiva *copyright*, sono state alquanto amplificate dai mezzi di informazione: le due fazioni in campo (convenzionalmente qualificabili l'una liberista, l'altra conservatrice) in ordine alla concezione sul nuovo equilibrio da costruire nel rapporto *internet*-proprietà intellettuale, sono pervenute ad un punto di massima rottura che è stato di certo amplificato dalle ferme opposizioni dei principali controinteressati ed *in primis* le grandi piattaforme *Google*, *Youtube*, *Facebook*, nonché l'enciclopedia *online Wikipedia*[35].

La direttiva presenta una serie di disposizioni normative che in parte appaiono accogliere soluzioni di compromesso, anche se nel complesso l'opzione prescelta sembra dirigersi verso una precisa scelta di campo (in chiave protezionistica).

Le disposizioni che più hanno fatto discutere, sono come noto, l'art. 15 ("*Protezione delle pubblicazioni di carattere giornalistico in caso di utilizzo online*") e l'art. 17 ("*Utilizzo di contenuti protetti da parte di prestatori di servizi di condivisione di contenuti online*").

Sulla nuova disciplina introdotta –come recepita dal d.lgs. 8 novembre 2021 n. 177 (in attuazione, pur con qualche ritardo[36], della l. 22 aprile 2021, n. 53, *Legge di delegazione europea 2019-2020*)- può svilupparsi qualche prima osservazione rispetto all'argomento oggetto della presente indagine.

4.1. *L'art. 15 e l'abuso delle informazioni giornalistiche. I diritti riconosciuti all'editore ed agli autori, eccezioni e limiti della tutela: in particolare, la problematicità della identificazione del contenuto della eccezione riferita agli "estratti molto brevi", e la soluzione adottata dal legislatore nazionale. La determinazione dell'equo compenso: tutela amministrativa e giurisdizione ordinaria.*

Iniziando dall'art. 15 della direttiva, la norma ha previsto una disciplina volta a proteggere l'editoria di fronte all'utilizzazione delle pubblicazioni giornalistiche[37] a

[35] Per una rassegna sul punto, G. ZAMMATARO, Il futuro del copyright nel Mercato Unico Digitale: l'arduo contemperamento di interessi nella Direttiva 2019/790, in Giustiziacivile.com 28.08.2019; ID., Il diritto d'autore nell'era digitale: nuove esigenze di tutela di fronte alle recenti evoluzioni tecnologiche, in Giustiziacivile.com 30.09.2019.

[36] E, dopo che la Commissione europea aveva avviato nei confronti di venti Paesi europei (fra cui l'Italia) una procedura di infrazione, visto che il termine per il recepimento era stabilito al 7 giugno 2021. Cronologicamente, è stata la Francia ad avviare per prima la procedura di attuazione (completata tuttavia soltanto in forma parziale), mentre l'unico Stato ad aver concluso in via definitiva era la Germania.

[37] Per la relativa nozione, art. 43 bis II co. l.a.: "per pubblicazione di carattere giornalistico si intende un insieme composto principalmente da opere letterarie di carattere giornalistico, che può includere altre opere e materiali protetti, come fotografie o videogrammi e costituisce un singolo elemento all'interno di una pubblicazione periodica o regolarmente aggiornata, recante un titolo unico, quale un quotidiano o una rivista di interesse generale o specifico, con la funzione di informare il pubblico su notizie, o altri argomenti, pubblicata su qualsiasi

ISSN 2036-7821

fini di informazione nei servizi *online* di aggregatori di notizie o servizi di monitoraggio dei *media* (finalità espressamente dichiarata al considerando n. 54). La relativa disciplina di recepimento è ora contenuta all'art. 1, lett. *c*, d.lgs. n. 177/2021, che ha aggiunto l'art. 43 *bis* l.a. che riconosce agli editori (sia in forma singola che associata o consorziata) i diritti di riproduzione e comunicazione di cui agli art. 13 e 16 l.a. per l'utilizzo *online* da parte dei prestatori di servizi della società dell'informazione (comprese le imprese di *media monitoring* e rassegne stampa)[38].
L'obiettivo perseguito è quello di arginare il fenomeno di abuso delle informazioni giornalistiche *online*, che ha messo in seria difficoltà l'impresa editoriale del settore[39], proprio in quanto tramite l'accesso gratuito e veloce al mezzo *internet*, che offre nell'immediato le prime notizie, ne possano risultare superate (e lese negli interessi economici) le testate giornalistiche.
Si è inteso così incoraggiare l'attività editoriale (ed al tempo stesso, preservare la qualità degli articoli giornalistici), garantendo agli editori la percezione di un equo compenso per lo sfruttamento delle informazioni tramite il riconoscimento di diritti

---

mezzo di comunicazione sotto l'iniziativa, la responsabilità editoriale e il controllo di un editore o di un'agenzia di stampa". Restano escluse le pubblicazioni periodiche a fini scientifici o accademiche.

[38] Per la definizione della nozione di "servizi della società dell'informazione", vedi d.lgs. 15 dicembre 2017 n. 223 art. 1 I co. lett. b: "qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi: ai fini della presente definizione, si intende per: 1) a distanza: un servizio fornito senza la presenza simultanea delle parti; 2) per via elettronica: un servizio inviato all'origine e ricevuto a destinazione mediante attrezzature elettroniche di trattamento, compresa la compressione digitale e di memorizzazione dei dati, e che è interamente trasmesso, inoltrato e ricevuto mediante fili, radio, mezzi ottici o altri mezzi elettromagnetici".

[39] I cd. siti aggregatori di notizie vengono vistati dall'utenza per essere informati ed accedere alle notizie ricavate dai giornali ivi riportate: con la conseguenza che da un lato l'impresa editoriale vede sottratta a favore dei siti online una parte consistente dei propri introiti; e dall'altro, il meccanismo ingeneratosi può indirettamente risolversi (proprio per la minore redditività degli investimenti) in un abbattimento della qualità dell'informazione (cfr. cons. n.54 dir. n. 790/2019).

Per una prima disamina delle questioni connesse all'attuazione dell'art. 15 della direttiva n. 790/2019, cfr. G. PRIORA, Diritto d'autore e accesso all'informazione giornalistica: accanimento o lungimiranza del legislatore comunitario?, in Dir.inf. 2020, p. 833 ss., che evidenzia (nella spinosa demarcazione della linea di confine, fra "sfruttamenti leciti ed illeciti" dell'opera giornalistica) la problematicità di un intervento protezionistico anche alla luce delle criticità riscontrate in sede applicativa delle eccezioni già stabilite dagli art. 65 l.a. (diritto alla ristampa degli articoli di attualità, la cui riproduzione o utilizzazione non sia stata espressamente riservata, cfr. I co.; e diritto di cronaca per la riproduzione al pubblico di opere protette, utilizzate in occasione di avvenimenti di attualità, cfr. II co.), art. 66 l.a. (libera riproduzione dei discorsi di interesse politico o amministrativo tenuti in pubblico, nei limiti dello scopo informativo), e 101 l.a. (riproduzione di informazioni e notizie in conformità agli "usi onesti in materia giornalistica").

Sul relativo regime di queste eccezioni, come ampliato con il d.lgs. 9 aprile 2003 n. 68 (in attuazione della direttiva n. 2001/29/CE, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e connessi nella società dell'informazione), N. ABRIANI, Le utilizzazioni libere nella società dell'informazione: considerazioni generali, in AIDA 2002, p. 98 ss.. E' che il rafforzamento della protezione autoriale non si traduce necessariamente in un beneficio, con riferimento a quel "attività che, in realtà, non pregiudicano l'obiettivo centrale del copyright, ossia la creazione di incentivi per gli autori", L. NIVARRA, Le opere multimediali su internet, in AIDA 1996, p. 131 ss., che su questa base riconosce al regime delle eccezioni un ruolo fondamentale.

ISSN 2036-7821

connessi (art. 32 *quater* l.a.)[40]; ed agli autori, l'osservanza degli accordi a monte conclusi con gli editori, nonché la riserva di una quota adeguata della massa complessiva dei proventi percepiti dallo sfruttamento *online* (art. 15, ult.par. dir. n. 790/2019)[41] compresa fra il due ed il cinque per cento (art. 43 *bis* co. 13, l.a.)[42]. Diritti tutti che si estinguono nel termine di due anni dalla pubblicazione (art. 43 *bis*, co. 14, l.a.)

La determinazione del compenso è effettuata (anche in sede di negoziazione) tenendo conto -ex art. 43 bis co. 8 l.a.[43]- dei criteri stabiliti da regolamento emanato dall'Autorità Garante per le Comunicazioni[44]; cui viene in effetti riservato un ruolo di

[40] "Il contributo organizzativo e finanziario degli editori nel produrre pubblicazioni di carattere giornalistico va riconosciuto ed ulteriormente incoraggiato" tramite il riconoscimento di diritti connessi a quello d'autore per la riproduzione e la messa a disposizione del pubblico di pubblicazioni di carattere giornalistico" (cons. n. 55, dir. n. 790/2019).

[41] L'art. 9 I co., lett. h, l. delega 22 aprile 2021, n. 53, richiede (fra i criteri) che "nel caso di utilizzo on-line delle pubblicazioni di carattere giornalistico da parte dei prestatori di servizi della società dell'informazione trovino adeguata tutela i diritti degli editori, tenendo in debita considerazione i diritti degli autori di tali pubblicazioni".

[42] In caso di lavoro autonomo; viceversa, in presenza di rapporto di lavoro subordinato, si rinvia alla contrattazione collettiva.

[43] La relativa determinazione può tener conto (con elencazione non tassativa, come chiarito dall'inciso "tra l'altro") dei seguenti parametri: numero di consultazioni online, storia e rilevanza dell'editore, numero di giornalisti impiegati, "nonché dei costi sostenuti per investimenti tecnologici e infrastrutturali da entrambe le parti, e dei benefici economici derivanti, ad entrambe le parti, dalla pubblicazione quanto a visibilità e ricavi pubblicitari" (art. 43 bis, co. 8, l.a.).

[44] Si tratta del "Regolamento in materia di individuazione dei criteri di riferimento per la determinazione dell'equo compenso per l'utilizzo online di pubblicazioni di carattere giornalistico" di cui all'All. A alla Delibera n.3/23/Cons approvata li 19 gennaio 2023, ove –rispetto alla categoria generale dei prestatori di servizi della società dell'informazione- vengono stabiliti criteri di determinazione dell'equo compenso differenziati per le imprese di media monitoring e rassegne stampa: queste ultime definite (art.1 lett. f) come quelle imprese che erogano "un servizio della società dell'informazione consistente, tra l'altro, ma non esclusivamente, nella selezione, indicizzazione, organizzazione, collazione, estrazione, trasmissione, messa a disposizione di pubblicazioni di carattere giornalistico, normalmente dietro retribuzione, a distanza, anche mediante attrezzature informatiche di trattamento e memorizzazione di dati ed a richiesta individuale di un contraente anche mediante copia cartacea successivamente digitalizzata".

La ratio giustificatrice di questa differenziazione si fonda sulla constatazione effettiva che i ricavi sono strutturalmente formati in modo diverso: per i prestatori di servizi della società dell'informazione in generale, l'accesso è libero, ed il guadagno deriva dai ricavi pubblicitari e dallo sfruttamento dei Big data; per le imprese di media monitoring e rassegne stampa invece, tramite il compenso specificamente stabilito a titolo oneroso per la fornitura del servizio.

Così, per i prestatori di servizi della società dell'informazione diversi dalle imprese di media monitoring e rassegne stampa l'art. 4 stabilisce come base di calcolo (con un aliquota fino al 70% calcolata sulla base dei criteri specifici di riferimento dettagliati al co.3) i ricavi pubblicitari del prestatore derivanti dall'utilizzo online delle pubblicazioni di carattere giornalistico dell'editore (al netto dei ricavi dell'editore attribuibili al traffico di reindirizzamento generato sul proprio sito web).

Viceversa, per le imprese di media monitoring e rassegne stampa, ex art. 6 Reg. la base di calcolo è rappresentata dal fatturato derivante dalla relativa attività tenendo conto dei criteri specifici di riferimento indicati al co.1.

In entrambi i casi i prestatori sono obbligati a mettere a disposizioni i dati necessari alla applicazione dei criteri specifici di riferimento (cfr. art. 5 e 7 Reg.).

ISSN 2036-7821

vigilanza anche sull'adempimento dei doveri informativi, e salva la facoltà di adire la sezione del giudice ordinario specializzata in materia di impresa[45].
In tal modo, secondo la logica del legislatore comunitario si ritiene possa proteggersi anche il livello di qualità delle opere dell'ingegno, garantendo la giusta soddisfazione delle aspettative economiche degli autori, in modo equo e con un meccanismo redistributivo dei proventi ingenerato dalla obbligatorietà della prestazione del consenso preventivo per lo sfruttamento dei diritti d'autore sulle piattaforme *online*.
Emerge nel complesso la *ratio* di una politica conservatrice della tradizionale ossatura del diritto d'autore fondata sulla tripartizione di interessi fra *autore – editore – terzi*, rispetto alla quale dunque lo strumento di comunicazione dato da *internet* anche per il tramite delle piattaforme *online* finisce per aggiungersi, senza determinare alcuno sconvolgimento di sistema ma soltanto una variante di disciplina con gli opportuni adattamenti.
Sono riconosciute tuttavia una serie di eccezioni (affatto irrilevanti), fra cui "gli utilizzi privati o non commerciali … da parte di singoli utilizzatori", i "collegamenti ipertestuali"; ma soprattutto si è previsto che i diritti per lo sfruttamento *online* "non si applicano all'utilizzo di singole parole o di *estratti molto brevi* di pubblicazioni di carattere giornalistico" (art. 15 par. 1 dir. n. 790/2019 ed in termini identici art. 43 *bis*, co. 6, l.a.)[46].

[45]In sede di negoziazione devono inoltre essere osservati specifici doveri a protezione degli editori (in questa dimensione, considerati la parte debole del rapporto), atteso che i prestatori di servizi non devono esercitare azioni dirette a limitare "la visibilità dei contenuti degli editori nei risultati di ricerca"; ed in caso di violazione ingiustificata nel corso delle trattative, il comportamento può essere valutato rispetto all'osservanza del principio generale di buona fede e correttezza di cui all'art. 1337 c.c. in ambito precontrattuale.

A fronte dell'omessa conclusione dell'accordo (e "fatta salva la libertà negoziale delle parti", cfr. Regolamento art. 4 co. 4), ciascuna parte può rivolgersi all'Autorità Garante per le Comunicazioni indicando la propria richiesta economica; a fronte della quale l'Autorità procede entro sessanta giorni (anche in assenza dell'intervento della parte "pur regolarmente convocata") alla relativa determinazione (art. 43 bis, co. 10, l.a.). La procedura è specificata agli art. 8 ss. del Regolamento.

Resta ferma la tutela giurisdizionale ordinaria innanzi al Tribunale delle imprese anche a fronte della mancata conclusione dell'accordo nonostante la determinazione dell'Autorità (art. 43 bis, co. 11, l.a.). La norma stessa si preoccupa peraltro di identificare la possibile fattispecie di riferimento dell'illecito eventualmente compiuto, inquadrabile nell'abuso di dipendenza economica (così rinviando alla relativa azione prevista dall'art. 9, III co., l. 18 giugno 1998 n. 192).

La disciplina si completa con la previsione –atta a garantire l'effettività del procedimento di determinazione dell'equo compenso- dell'obbligo da parte dei prestatori di servizi della società dell'informazione di "mettere a disposizione … i dati necessari" a fronte della richiesta della parte interessata, anche tramite organismi di gestione collettiva, o d'ufficio su iniziativa dell'AGCOM cui viene in effetti riservato una funzione di vigilanza unitamente al potere di procedere alla irrogazione di sanzioni pecuniaria (per le relative violazioni) fino all'uno per cento del fatturato dell'ultimo esercizio.

[46] Nel cons. n.58 della direttiva n. 790/2019 si auspica che "l'esclusione degli estratti molto brevi sia interpretata in modo da non pregiudicare l'efficacia dei diritti previsti dalla seguente direttiva"; per questa ragione, l'art. 9, I co. lett. i, l.delega n. 53/2021 richiede di "definire il concetto di "estratti molto brevi" in modo da non pregiudicare la libera circolazione delle informazioni".

ISSN 2036-7821

In merito al significato da attribuirsi e nel tentativo di limitare le incertezze interpretative, il legislatore nazionale è opportunamente intervenuto, chiarendo (al co. 7 dell'art. 32 *quater* l.a.) che -per "estratto molto breve"- si debba intendere "*qualsiasi porzione*" della pubblicazione giornalistica "che *non* dispensi dalla necessità di consultazione dell'articolo giornalistico nella sua integrità".
Ne deriva che (più che il profilo quantitativo dell'estratto, che invero può risultare anche di "qualsiasi" dimensione) viene *essenzialmente* a rilevare la qualità del medesimo, e cioè la *capacità di sintesi in rapporto all'intero*: l'estratto cioè non deve vanificare l'intera pubblicazione, rendendone inutile la lettura, chè anzi (proprio sintetizzandone un aspetto) appare possibile innescare un processo indiretto di promozione della relativa pubblicazione giornalistica, senza comportarne alcun pregiudizio.
Si tratta –come evidente- di una soluzione di compromesso, ispirata ad una *ratio* di contemperamento fra tutela della pubblicazione giornalistica e protezione della libertà di circolazione delle idee e delle notizie; e che non appare di certo priva di profili problematici in sede applicativa (come già si è riscontrato per le eccezioni previste in questo ambito dagli art. 65, 66 e 101 l.a.) per l'inevitabile discrezionalità valutativa connessa ad un accertamento in concreto della liceità dell'estratto (e la configurabilità della relativa eccezione)[47].

4.2. *L'art. 17 ed il nuovo regime di responsabilità del "prestatore di servizi di condivisione di contenuti online": condizioni di esonero e criteri di diligenza. Il rischio di blocchi preventivi e la ricerca di un equilibrio fra principio di libertà di espressione e protezione della proprietà intellettuale: salvezza dei regimi di eccezione al diritto d'autore, sottoposizione a "verifica umana", meccanismi di reclamo e ricorso amministrativo.*
Anche la disciplina prevista dall'art. 17 della direttiva n. 790/2019 dichiara di partire dalla constatazione della presunzione di una incertezza applicativa di fondo, che

[47] E vedi i rilievi critici espressi da G. GHIDINI – F. BANTERLE, Copyright, news, and "information products" under the new DSM copyright Directive, in Studi di diritto commerciale per Vincenzo Di Cataldo, cit., p. 245 ss., secondo cui appare riduttivo e semplicistico limitarsi ad un approccio meramente quantitativo (come invece previsto dal Copyright Board del Deutsches Patent und Markenamt che identifica in seven words la soglia minima quantitativa di questa sorta di "ancillary right" già introdotto in quell'ordinamento dal German Federal Copyright Law, sect. 87f ss.; come anche in quello spagnolo, cfr. Ley del 4 novembre 2014 n. 21, ove tuttavia il parametro di riferimento è dato dalla sussistenza di "fragmentos no significativos"): emerge così secondo gli autori (anche attingendo a casi concreti, dati dall'esperienza di "information products") l'esigenza di procedere effettivamente ad un corretto balance fra gli interessi in modo da compensare i costi di investimento sopportati a monte per pervenire a quel tipo di "information products", optando per l'applicazione di un criterio più elastico: che viene identificato dagli autori in un sistema di "open access on fair … pratically defined through negotiatins among inline intermediaries and press publishers' associations" (p. 257).

ISSN 2036-7821

stavolta riguarda il regime di responsabilità per le violazioni di diritto d'autore rispetto ai prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online*[48].
Qui il decreto legislativo di recepimento (lett. *n*) introduce nella l. 22 aprile 1941 n. 633 il nuovo Titolo II *quater* con disposizioni dall'art. 102 *sexies* l.a. all'art. 102 *decies* l.a..
Si tratta di una disciplina in deroga all'art. 14 par. 1 della direttiva n. 2000/31/CE (*hosting*)[49], che promuove l'introduzione di un "meccanismo specifico di responsabilità" (considerando n. 66 dir. n. 790/2019); ferma restando la inconfigurabilità di un obbligo generale di controllo, e senza pregiudicare la possibilità di ricorrere alla disciplina ordinaria dell'illecito aquiliano (secondo i risultati della recente giurisprudenza nazionale e comunitaria soprarichiamata) in presenza dell'accertamento dello svolgimento di una condotta attiva (come attestata dalla sussistenza di uno o più "indici di interferenza")[50].
Certo, l'istituzione del dovere di compiere i massimi sforzi per procurarsi un'autorizzazione *a monte* (e di osservare gli speciali criteri di diligenza professionale previsti all'art. 17 par. 4 dir. n. 790/2019 ed art. 102 *septies* l.a.), appare in qualche modo idonea a ridimensionare anche la portata applicativa del regime di responsabilità (ordinario) della figura (atipica) dell'*hosting internet service provider* attivo.
Ma le fattispecie restano essenzialmente diverse: invero, il nuovo regime di responsabilità si riferisce allo svolgimento di un'attività (di servizi di condivisione di contenuti *online*) che non vede alcun tipo di interferenza rispetto al caricamento delle opere e dei materiali protetti, cosicchè resta nell'ambito dello svolgimento di un

[48] Secondo infatti il cons. n. 61 dir. n. 790/2019, sussiste una incertezza applicativa con riferimento a questi servizi, per cui è opportuno intervenire con nuova disciplina atteso che si tratta di un ruolo rilevante sul mercato dei contenuti online (cons. n. 62) e che si è in presenza di un atto di comunicazione al pubblico distante per cui si dovrebbe ottenere l'autorizzazione anche attraverso un accordo di licenza, da parte dei titolari dei diritti (cons. n. 64).

[49] Art. 17, par.3, dir. n. 790/2019: "la limitazione di responsabilità di cui all'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2000/31/CE non si applica alle fattispecie contemplate dal presente articolo".

[50]Ricavati dalla giurisprudenza comunitaria e ritenuti estendibili anche ai motori di ricerca ed in generale agli aggregatori di contenuti di terzi, laddove siano svolte "ulteriori significative attività –lucrative- di organizzazione di contenuti digitali, non meramente automatiche", su cui vedi E. 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, cit., p. 226 ss., per il quale gli "indici di interferenza" sono individuabili nelle seguenti attività: "indicizzazione, organizzazione, catalogazione, aggregazione, valutazione, uso, modifica, estrazione dei contenuti digitali in base a specifici criteri di gestione imprenditoriale del servizio; filtro e selezione dei contenuti digitali e sfruttamento commerciale mediante raccolta pubblicitaria; promozione dei contenuti digitali e sfruttamento commerciale mediante raccolta pubblicitaria; organizzazione di un team editoriale preposto alla selezione dei contenuti digitali; sistema di valutazione comportamentale degli utenti per aumentare la fidelizzazione al servizio; poteri di rimozione dei contenuti digitali caricati e facoltà di segnalazione degli illeciti da parte dell'utente, disciplinati da regolamento generale del servizio".

ISSN 2036-7821

ruolo (non attivo, bensì) di mera ricezione passiva con funzione aggregativa a scopo di lucro (cfr. art. 17, par. 3, dir. n. 790/2019, ed art. 102 *sexies*, co. 5, l.a.).

In effetti, l'ambito *soggettivo* di applicazione è rappresentato dalla identificazione della figura del "prestatore di servizi di condivisione di contenuti *online*", che è espressamente definita all'art. 2 par. 6 dir. n. 790/2019 (ed ora, all'art. 102 *sexies* l.a.): lo stesso è "un prestatore di servizi della società dell'informazione il cui scopo principale o uno dei principali scopi è quello di *memorizzare e dare accesso al pubblico a grandi quantità di opere* protette dal diritto d'autore[51] o altri materiali protetti caricati dai suoi utenti, che il servizio organizza e promuove a *scopo di lucro*. La stessa norma esclude espressamente dal novero (esenzione in cui si è tradotta la soluzione di compromesso, a fronte dell'acceso dibattito fra la parti in campo) le enciclopedie *online* senza scopo di lucro, i repertori didattici o scientifici senza scopo di lucro, le piattaforme di sviluppo e condivisione di *software open source*, i fornitori di servizi di comunicazione elettronica ai sensi della direttiva UE n. 2018/1972, i mercati *online*, i servizi *cloud* da impresa a impresa e i servizi *cloud* che consentono agli utenti di caricare contenuti per uso personale[52].

In attuazione di questa norma comunitaria ora l'art. 102 *sexies* l.a. dispone che la figura ricorre ogni qualvolta si presentino cumulativamente: *a*) uno scopo principale (o fra i principali) diretto a memorizzare e dare accesso al pubblico a grandi quantità[53] di opere o di altri materiali protetti dal diritto d'autore; *b*) il caricamento di opere (o altri materiali protetti) da parte degli utenti; nonchè *c*) l'organizzazione e la promozione delle opere o degli altri materiali protetti, "allo scopo di trarne profitto direttamente o indirettamente"[54].

---

[51] In positivo, gli elementi che devono essere compresenti affinchè si ricada nella figura del service provider di condivisione di contenuti online, sono i seguenti: a) quanto all'oggetto, che l'attività consista nel caricamento di grandi quantità di opere; b) rispetto allo scopo, che l'attività sia rivolta al perseguimento di un lucro (su questa base si giustifica peraltro la ratio delle numerose esenzioni previste dalla stessa norma); c) che l'attività svolta abbia un ruolo rilevante nel mercato, dovendosi trattare di "grandi quantità" di dati: valutazione che "dovrebbe essere effettuata caso per caso e dovrebbe tener conto di una combinazione di elementi, come l'utenza del servizio e il numero di file di contenuti protetti caricati" (cons. n. 63, dir. n. 790/2019).

[52] La norma prevede dunque una serie di esenzioni soggettive dall'applicazione della disciplina a seguito dell'approvazione di alcuni emendamenti diretti principalmente a proteggere le piattaforme ad uso didattico e prive di lucro (come Wikipedia, che aveva intrapreso una vera e propria serrata di protesta nel luglio 2018, impedendo l'accesso ai contenuti della enciclopedia online).

[53] Non sono tuttavia indicate soglie precise per la quantificazione di questo "large amount", ciò che si espone al rischio di disomogeneità applicative, per quanto segnala la Comunicazione della Commissione europea COM (2021) 288 final del 4 giugno 2021, Guidance on the Article 17 of Directive 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market, cit., p. 6.

[54] Si segnala qui, la precisazione della rilevanza anche del cd. lucro indiretto, ricorrente in presenza del ritorno di qualsiasi vantaggio che risulti economicamente valutabile (si pensi agli introiti pubblicitari connessi alla gestione delle piattaforme, cfr. Co. Giust. UE gr.sez. 22 giugno 2021, cause riun. C-682/18 e C-683/18): in tal senso, vedi la Comunicazione della Commissione europea COM (2021) 288 final del 4 giugno 2021, Guidance on the Article 17 of Directive 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market, p. 6.

ISSN 2036-7821

Il presupposto *oggettivo* di applicazione invece è che, quando uno dei *service provider* in esame venga a concedere l'accesso al pubblico di opere tutelate dal diritto d'autore, ne risulta integrato "un *atto di comunicazione al pubblico o un atto di messa a disposizione del pubblico*" (art. 7, par. 2, dir. n. 790/2019)[55].

Su questa base, la conseguenza che se ne ricava è che il prestatore di servizi di condivisione di contenuti *online* debba preventivamente procurarsi una specifica *autorizzazione* dai rispettivi titolari dei diritti[56]: per cui in caso di messa a disposizione del pubblico che sia avvenuta in assenza di autorizzazione, debba essere ritenuto responsabile –senza che possa operare l'esenzione di responsabilità prevista dall'art. 16 d.lgs. n. 70/2003- e salvo che non offra la prova di aver adottato una serie di precauzioni, come indicate dal co. 4 della medesima disposizione (e nello stesso senso, ora l'art. 102 *septies*, I co., l.a.) e cioè: "*a*)aver compiuto i massimi sforzi[57] per ottenere un'autorizzazione, e *b*)aver compiuto, secondo *elevati standard di diligenza professionale di settore*, i massimi sforzi per assicurare che non siano disponibili opere e altri materiali specifici per i quali abbiano ricevuto le informazioni pertinenti e necessarie dai titolari; e *in ogni caso c*)aver agito *tempestivamente*, dopo aver ricevuto una segnalazione sufficientemente motivata dai titolari dei diritti, per disabilitare l'accesso o rimuovere dai loro siti *web* le opere o altri materiali oggetto di

[55] In senso oggettivo ed al di là dell'accertamento di un profilo intenzionale della piattaforma, già nella direttiva europea 2001/29/CE del 22 maggio 2001 sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, si evidenziava che la nozione di "comunicazione al pubblico" debba essere intesa in senso ampio. Sul punto vedi già Co.Giust. UE 26 aprile 2017 causa C-527/15 (ove si segnala il riferimento alla rilevanza del carattere lucrativo della comunicazione), nonché Co.Giust. UE 14 giugno 2017 causa C-615/15 che peraltro si riferisce proprio ad una piattaforma di condivisione che "mediante l'indicizzazione di metadati relativi ad opere protette e la fornitura di un motore di ricerca, consente agli utenti di tale piattaforma di localizzare tali opere e di condividerle nell'ambito di una rete tra utenti (peer to peer)"; nonché, con riferimento al collegamento ipertestuale, Co. Giust. 8 settembre 2016 (causa C-160/15).

Sulla configurabilità di una "comunicazione al pubblico", di recente anche Co. Giust. gr.sez. 22 giugno 2021 (cause riun. C-682/18 e C-683/18), ove si evidenzia che l'opera deve esere rivolta ad un pubblico indeterminato e "nuovo", e cioè "che non sia stato già preso in considerazione dal titolare del diritto nel momento in cui egli ha autorizzato la comunicazione iniziale della sua opera al pubblico" (in senso conf., Co. Giust. 19 dicembre 2019, causa C-263/18). Nella stessa sentenza tuttavia, si precisa la rilevanza dell'adozione di altri criteri, quali "il carattere intenzionale dell'intervento" del gestore (ritenuto ricavabile dalla omessa adozione delle "misure tecniche che ci si può attendere da un operatore normalmente diligente sulla sua situazione per contrastare in modo credibile ed efficace violazioni del diritto d'autore su tale piattaforma").

[56] Il che può avvenire "ad esempio mediante la conclusione di un accordo di licenza, al fine di comunicare al pubblico o rendere disponibili al pubblico opere o altri materiali" (art. 17, co. 1 dir. n. 790/2019), anche tramite organizzazioni di gestione collettiva (EGI ed OGC) di cui al d.lgs. 15 marzo 2017 n. 35.

[57] Non è identificato il contenuto dei "massimi sforzi": secondo la Comunicazione della Commissione europea COM (2021) 288 final del 4 giugno 2021, Guidance on the Article 17 of Directive 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market, p. 10, la consultazione delle organizzazioni collettive può essere considerata "as a minimum requirement", ma si auspica che gli Stati membri incoraggino lo sviluppo di "registries of rightholders" consultabili online.

ISSN 2036-7821

segnalazione e aver compiuto i massimi sforzi per impedirne *il caricamento in futuro* conformemente alla lettera *b*)"[58].

Questo ultimo punto della disposizione (lett. *c*) ha provocato la contestazione della Polonia, che ne ha chiesto l'annullamento presentando ricorso contro il Parlamento europeo ed il Consiglio dell'Unione europea (causa C-401/19), per violazione della libertà di espressione e di informazione di cui all'art. 11 par. 1 Carta Cost. UE (nonché del pedissequo art. 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali).

Si è riproposto così (sia pure con diversi profili) la questione del rapporto fra distinti interessi e valori costituzionalmente tutelati, già emersa in occasione della questione di legittimità costituzionale sollevata (di cui *supra*) con riferimento al Regolamento AGCOM di cui alla delibera n. 680/13/Cons.[59].

Qui la normativa non appare del tutto priva di una certa criticità rispetto alle garanzie costituzionali della libertà di espressione e di circolazione delle idee: e ciò specialmente in considerazione del *potere-dovere* (*ex lege* predisposto a carico delle piattaforme) di bloccare il *futuro caricamento* delle medesime opere o contenuti di cui si abbia ricevuto la segnalazione della assenza di autorizzazione o comunque di violazione dei diritti d'autore, da parte dei relativi titolari[60].

---

[58] Acquista dunque una centralità la definizione del criterio di diligenza "al fine di ritenere integrato il criterio dei "massimi sforzi", nel rispetto del principio di ragionevolezza", come espressamente richiesto fra i criteri dettati dalla l. delega 22 aprile 2021 n. 53, art. 9, lett. n.

Difatti la relativa norma di recepimento e cioè l'art. 102 septies I co. lett. a, b e c, l.a., provvede a precisare che – in tutte le tre fasi di valutazione (ai punti a, b e c) il criterio di riferimento è sempre rappresentato dalla osservanza di "elevati standard di diligenza professionale del settore". I parametri di valutazione possono peraltro tener conto (art. 17 par. 4.5 direttiva n. 790/2019 e art. 102 septies II co. l.a.) dei seguenti elementi: "la tipologia, il pubblico e la dimensione del servizio e la tipologia di opere o di altri materiali caricati dagli utenti del servizio, nonché la disponibilità di strumenti adeguati ed efficaci e il relativo costo per i prestatori di servizi". La norma di recepimento si limita ad aggiungere –rispetto alla disciplina comunitaria- che la valutazione deve essere condotta con riferimento alla fattispecie concreta ("caso per caso"); e (precisazione questa, forse superfua), che "in ogni caso non è esente da responsabilità il prestatore di servizi di condivisione di contenuti online che pratica o facilita la pirateria in materia di diritto d'autore".

[59] Ora, la protezione autoriale si deve ritenere strumento essenziale della manifestazione del pensiero (Co. Giust. UE 10 aprile 2014, causa C-435/12). In conseguenza, la funzione di protezione del diritto d'autore non risulta (di per sé) in contrapposizione con l'art. 21 Cost. it. chè anzi ne rappresenta attuazione. In diritto internazionale, l'art. 27 II co. Dichiarazione universale dei diritti umani, nonché l'art. 6-bis della Convenzione di Berna. Ed in ambito europero, l'art. 17 II co. della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea ("la proprietà intellettuale è protetta"), nonché l'art. 118 TFUE. Cfr. infine le Conclusioni dell'Avvocato generale nel proc. C-401/19 Repubblica di Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea, punti 137 ss. e 216 ss., ove (pur riconosciuto il pericolo dell'attuazione di blocchi preventivi illegittimi ed in violazione così della libertà di espressione) si evidenzia al contempo (e nell'ambito di una ragionevole ponderazione degli interessi in gioco) "l'importanza del danno causato ai titolari dei diritti dalla messa in rete illecita di loro opere sui servizi di condivisione online".

[60] Il riferimento al "caricamento in futuro" delle medesime opere si allinea alla più recente giurisprudenza (Cass. 19 marzo 2019, n. 7708, Co. Giust. UE 12 luglio 2011 C-324/09, Co. Giust. UE 24 novembre 2011, caso Scarlet c. Sabam, Trib. Torino sez. impr. 3 giugno 2015, in Riv.dir.ind. 2017, p. 3 ss.) in ordine alla configurabilità di un

ISSN 2036-7821

Si tratta con ogni evidenzia, della introduzione di un vero e proprio *obbligo di filtraggio*, la cui portata tuttavia non sembra avere valenza generale, ma deve piuttosto ritenersi limitata ad impedire che le opere ed i materiali *già segnalati*[61] quali lesivi dei diritti autoriali vengano *ulteriormente* caricati sulla piattaforma: entro questi confini allora (di reiterazione di condotte manifestamente illecite), la previsione di un blocco preventivo appare potersi giustificare.

Il prestatore di servizi di condivisione *online* deve qui provvedere ai massimi sforzi (secondo il medesimo criterio di diligenza di cui alle lett. *a* e *b*), per impedire la ripetizione dell'illecito: la possibilità gli è data dall'utilizzazione dei sistemi di intelligenza artificiale fondati sull'utilizzazione di algoritmi (già peraltro in uso presso le principali piattaforme) che consentono agevolmente il riconoscimento della identità delle opere e materiali caricati, in modo da consentirne automaticamente un *blocco preventivo*.

E questo è di certo un aspetto alquanto delicato e potenzialmente in contrasto con le garanzie costituzionali: non può escludersi infatti un blocco ingiustificato di caricamento, sia laddove le opere in origine segnalate non siano manifestamente

obbligo (preventivo) di filtraggio consistente nella "prevenzione o rimozione di nuove violazioni prevedibili, relativamente allo stesso contenuto digitale illecito" (E. 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, cit., p. 226 ss.).

[61] Qui si ripropone la problematica dell'accertamento della sufficienza dell'informazione ("a sufficient substantied notice for the removal of content": Comunicazione della Commissione europea COM (2021) 288 final del 4 giugno 2021, Guidance on the Article 17 of Directive 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market), da cui risulti manifesta l'illiceità (ancorchè non accertata giudizialmente). In particolare, "the notice should bee sufficiently precise and adequately substantied to enable the service providers to take an informed and diligent decision in respect of the content to which the notice relates, in particular whether or not that content is to be considered illegal content. In particular, the notice should contain an explanation of the reasons why the notice provider considers that content to be illegal content and a clear indication of the location of that content" (p. 17). Ed i criteri di valutazione possono includere "the lengh size of the identified content used in the apload, the proportion of the matching/identified content in relation to the entire upload (eg. whether the matched content is used in isolation or in combination whith other content) and the level of modification of the work …" (p. 22).

Cfr. sul punto anche le Conclusioni dell'Avvocato generale nella causa C-401/19 Repubblica di Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea, cit., p. 21, secondo cui l'esercizio del blocco preventivo risulta legittimo in presenza di "contenuti che sono identici o equivalenti alle opere e agli altri materiali protetti identificati dai titolari dei diritti".

ISSN 2036-7821

illecite[62] sia in presenza di opere successive che presentino significative differenze rispetto a quelle precedentemente segnalate[63].

Ma è altresì evidente che l'ordinamento è chiamato ad una scelta, e che la disciplina comunitaria sembra aver soddisfatto l'esigenza di un rafforzamento di fronte al rischio (ben più grave) di una sostanziale deriva verso la caducazione della protezione autoriale *online*.

In effetti, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea all'art. 5.2 par. 1 sancisce l'ammissibilità di limitazioni alla libertà di espressione "purchè previste dalla *legge*", sia rispettato il *contenuto essenziale* del precetto ed osservato un *criterio di proporzionalità*.

---

[62] Ed in effetti, come specificato dall'art. 17 par. 7 della Direttiva n. 790/2019, non si deve "impedire la disponibilità di contenuti che non violino il diritto d'autore o i diritti connessi".

Vedi in merito, la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio di Stato del 4 giugno 2021, Orientamenti relativi all'articolo 17 della direttiva 2019/790/UE sul diritto d'autore nel mercato unico digitale, ove si chiarisce che il contenuto caricato non può mai ritenersi in violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi se rientra nella operatività delle eccezioni previste dall'art. 17 par. 7 II co. della Direttiva, se l'utilizzazione è effettuata da parte di coloro che ne detengano o abbiano acquistato i relativi diritti, ovvero se comunque si tratta di contenuti non protetti dal diritti d'autore (perché divenuti di dominio pubblico o non siano dotati della necessaria creatività).

[63] Non sembra che il gestore della piattaforma possa sottrarsi all'obbligo in presenza di opere con lievi variazioni formali (magari create ad arte per sfuggire i sistemi di riconoscimento automatico), dovendosi invece riferirsi ad un parametro di identità sostanziale. E' evidente però che qui si apre l'ulteriore questione della rilevanza di una elaborazione creativa ex art. 4 l.a. (e del consenso dell'autore dell'opera originaria), e così del confine di demarcazione (tutt'altro che semplice) con il plagio. Sembra che la responsabilità del gestore possa configurarsi in presenza del caricamento di opere identiche o con lievi variazioni formali da cui emerga una illiceità manifesta.

E' questo forse, uno degli aspetti più spinosi della nuova disciplina, destinato di certo a riemergere in sede applicativa. Sul punto, vedi anche la Comunicazione della Commissione europea COM (2021) 288 final del 4 giugno 2021, Guidance on the Article 17 of Directive 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market, p. 22, per cui se "the user has significantly modified the work in a creative manner, for example by adding elements to a picture to create a "meme", would generally not be manifestly infringing (this example may be covered by the parody exception)".

In effetti, al di là del plagio-contraffazione (dato, come noto, dalla sussistenza di differenze di mero dettaglio, cfr. Cass. 27 ottobre 2005, n. 20925), ove risulta pervero evidente l'appropriazione dell'opera altrui, appare alquanto problematico richiedere –da parte del gestore- l'espletamento di un giudizio valutativo nel merito intrinseco del contenuto delle opere, e rispetto all'accertamento di un plagio evolutivo (su cui cfr. Cass. 11 febbraio 2019, n. 3106; sul plagio in generale, vedi P. SPADA, Variazioni sul tema del plagio musicale, in Riv.dir.civ. 2003, II, p. 1 ss., G. CASABURI, Commento a Cass. 19 febbraio 2015, in Foro it. 2015, I, 2032 ss., R. MONGILLO, Opere dell'ingegno, idee ispiratrici e diritto d'autore, Napoli, 2016).

Il punto appare però alquanto problematico, specialmente in connessione alla valutazione della legittimità delle eccezioni, in particolare per quanto concerne la parodia o pastiche prevista dall'art. 102 nonies l.a. (contraddistinta da un margine di discrezionalità valutativa alquanto ampio).

In merito, la Co. Giust. UE nella sentenza C-401/19 del 26 aprile 2022 identifica proprio nella utilizzabilità di siffatta eccezione un argomento atto a supportare l'osservanza del principio di proporzionalità, onde giustificare la limitazione del diritto di libertà di espressione e di informazione. Qui si entra però in un percorso accidentato, dove la ragionevolezza di sistema sembra agganciata alla efficienza dei sistemi di machine learning ed alla valutazione della verifica umana richiesta dalla disciplina di recepimento nazionale.

ISSN 2036-7821

Ed è proprio su questa base, anche in considerazione della previsione dei meccanismi di reclamo e ricorso "celeri ed efficaci" (ex art. 17 par. 9, dir. n. 790/2019)[64] e della salvezza di operatività dei regimi di eccezione e limitazione al diritto d'autore prevista dall'art. 17 par. 7 dir. n. 790/2019[65], che il ricorso proposto dalla Polonia è stato rigettato con la recente Co. Giust. UE gr.sez. C-401/19 del 26 aprile 2022[66].
E tuttavia, le questioni sollevate sono presumibilmente destinate ad essere riproposte in sede contenziosa, specialmente in presenza dello sviluppo di una tendenza espansiva di pratiche di blocco preventivo.
Il pendolo si sposta sul fronte del *diritto alla difesa* (art. 24 Cost.it.) rispetto alla reale efficacia (e celerità) degli strumenti di reazione: ove si ripropone nuovamente, la delicata questione della opportunità di una implementazione dei poteri amministrativi e così di un rafforzamento del ruolo dell'Autorità Garante per le Comunicazioni ("fatto salvo il diritto di ricorrere all'autorità giudiziaria", art. 102 *decies*, IV co., l.a.).
In questo ambito, la disciplina trasposta nel d. lgs. n. 177/2021 si contraddistingue per la previsione di un meccanismo di reclamo celere ed efficace secondo apposite linee guida da adottarsi da parte dell'Autorità Garante per le Comunicazioni (cfr. art. 102 *decies* II co. l.a.)[67]; la cui proposizione genera un effetto automatico di disabilitazione

[64] In base al cons. 70 della Direttiva il reclamo è considerato strumento necessario "al fine di raggiungere un equilibrio tra i diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ("Carta"), in particolare la libertà di espressione e la libertà delle arti, e il diritto di proprietà, inclusa la proprietà intellettuale".

[65] Per cui non deve essere pregiudicata "la disponibilità delle opere o di altri materiali caricati dagli utenti nel rispetto del diritto d'autore e dei diritti connessi, incluso il caso in cui tali opere o altri materiali sia oggetto di un'eccezione o limitazione".

La rilevanza dei regimi di eccezioni e limitazioni è sottolineata – fra gli obiettivi principali, nella funzione di "balance fundamental rights" (ed in particolare, con riferimento alla "freedom of expression and the freedom of the arts and the right to property, including intellectual property")- dalla Comunicazione della Commissione europea COM (2021) 288 final del 4 giugno 2021, Guidance on the Article 17 of Directive 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market, p. 1 e p. 19 ss..

Sono espressamente dichiarate utilizzabili le seguenti eccezioni (art. 17 par. 7 dir. n. 790/2019 ed art. 102 nonies l.a.): a) edizione, critica, recensione; b) utilizzo a scopo di caricatura, parodia o pastiche.

[66] Il ricorso della Polonia è stato rigettato proprio sulla base della considerazione che "l'obbligo, per i fornitori di servizi di condivisione di contenuti online, di controllare i contenuti che gli utenti intendono caricare sulle loro piattaforme prima della loro diffusione al pubblico, derivante dal regime specifico di responsabilità introdotto dall'articolo 17, paragrafo 4, della direttiva 2019/790, e segnatamente dalle condizioni di esonero previste all'articolo 17, paragrafo 4, lettera b), e lettera c), in fine, di quest'ultima, è stato accompagnato dal legislatore dell'Unione da garanzie adeguate per assicurare, conformemente all'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, il rispetto del diritto alla libertà di espressione e d'informazione degli utenti di tali servizi, garantito all'articolo 11 della Carta, nonché il giusto equilibrio tra tale diritto, da un lato, e il diritto di proprietà intellettuale, protetto all'articolo 17, paragrafo 2, della Carta, dall'altro".

[67] Con delibera n. 276/22/Cons del 19 luglio 2022, l'Autorità Garante per le Comunicazioni ha avviato una consultazione pubblica sullo schema di linee guida concernenti i meccanismi di reclamo, tramite cui si "intende formulare puntuali e vincolanti indirizzi operativi" ai prestatori di servizi di condivisione di contenuti online, in modo tale da abbattere quanto più possibile la percentuale di errori (cd. "falsi positivi") osservando la celerità del procedimento (da trattarsi "senza indebito ritardo") e la soggezione alla "verifica umana", ex art. 17 par. 9 della Direttiva.

ISSN 2036-7821

temporanea nelle more della decisione (art. 102 *decies* III co. l.a.); e fatta salva la possibilità di procedere ulteriormente alla contestazione della relativa decisione, con ricorso a proporsi innanzi alla Autorità Garante per le Comunicazioni secondo le modalità (anche qui)[68] a stabilirsi in base ad un regolamento della stessa Autorità, ex art. 102 *decies* II co. l.a., di cui si attende a breve l'emanazione[69].

Nell'Allegato A alla detta delibera sono indicati: nella parte A la ricognizione dei criteri di riferimento ricavabili dalla Direttiva; mentre nella parte B, sono previste le regole procedurali del reclamo.

Sui criteri di riferimento, si evidenzia come il diritto di procedere al reclamo non sia comprimibile in alcun modo e che debbano essere pubblicizzati dai Prestatori di servizio nelle condizioni generali i requisiti di ricevibilità; le decisioni reclamabili possono derivare da una disabilitazione all'accesso o rimozione ex ante dei contenuti ritenuti "manifestamente lesivi" del diritto d'autore o dei diritti connessi (blocco preventivo), ovvero da una disabilitazione o rimozione disposta ex post a seguito di una segnalazione sufficientemente motivata presentata dai titolari dei diritti (notice and take down).

In particolare con riferimento ai blocchi preventivi, in ordine alla "manifesta lesività" si riporta l'orientamento della Corte di Giustizia UE (sentenza C-401/19) per cui i prestatori di servizio non siano tenuti ad un obbligo generale di sorveglianza, e su questa base si rileva come "la disabilitazione all'accesso o la rimozione ex ante devono pertanto ritenersi lecitamente effettuati … allorquando il prestatore –facendo uso di sistemi elettronici di filtraggio o rimozione che verificano la corrispondenza tra i files caricati dagli utenti e i files ex ante forniti dai titolari dai diritti- agisce sulla base delle informazioni "pertinenti e necessarie" fornite ex ante dai titolari dei diritti o, ai sensi dell'art. 102-septies, comma 1, lett. c), ultima parte (che ovviamente includano impronte digitali elettroniche, files o quanto necessari per effettuare i controlli elettronici automatizzati)".

Quanto ai tempi della decisione sul reclamo, nell'ottica di garantire la celerità si prevede un termine di venti giorni (salvo che si tratti di Nuovi prestatori, in tal caso si amplia a trenta), a seguito di una trattazione ispirato ad una forma di contraddittorio semplificato fra titolare dei diritti e utente. In particolare, cfr. art. 6 Allegato B, co. 3-6: "3. se il Prestatore non ritiene che il reclamo sia irricevibile, ne informa tempestivamente il Titolare dei diritti e inoltra a quest'ultimo l'istanza di reclamo dell'Utente. 4. Il Titolare dei diritti deve confermare i motivi della richiesta di disabilitazione o rimozione, giustificando la natura lesiva del caricamento specifico oggetto di reclamo entro 7 giorni dall'inoltro dell'istanza di reclamo da parte del Prestatore. 5. Se il Titolare dei diritti non riscontra l'istanza di reclamo o non conferma i motivi alla base dei quali è stata assunta la Decisione, il meccanismo di reclamo o non conferma i motivi alla base dei quali è stata assunta la Decisione, il meccanismo di reclamo si conclude e il Prestatore rende immediatamente disponibile il contenuto oggetto di reclamo. 6. Se il Titolare dei diritti conferma i motivi alla base dei quali è stata assunta la Decisione, il Prestatore è tenuto a effettuare la verifica umana sul contenuto oggetto di reclamo tramite soggetti qualificati".

[68] Con la stessa delibera n. 276/22/Cons del 19 luglio 2022, l'Autorità Garante per le Comunicazioni ha avviato una consultazione pubblica sullo schema di regolamento concernente la risoluzione della controversie fra prestatore di servizi di condivisione di contenuti online ed utenti, riportato all'Allegato B.

Nello schema si prevede la possibilità di ricorrere entro novanta giorni dalla decisione sul reclamo ovvero dallo spirare del relativo termine senza che si assuma alcuna decisione (art. 3 I co.). Anche qui si prevede l'inammissibilità del ricorso se già risulta pendente un procedimento innanzi all'Autorità giudiziaria (art. 3, III co.) e l'improcedibilità nel caso in cui l'azione innanzi all'Autorità giudiziaria intervenga in corso di contestazione (art. 3 IV co.).

Il procedimento si deve concludere nel termine di trentacinque giorni dal ricevimento della istanza (art. 5, I co.), con lo svolgimento di un contraddittorio snello che consente la presentazione di memorie e il deposito di documenti da parte del prestatore (art. 5 II co.); nonché la partecipazione del titolare dei diritti laddove ne facciano motivata richiesta l'utente o il prestatore (art. 5, III co., e forse questo è un punto critico del procedimento perché non sarebbe inopportuna una partecipazione obbligatoria del titolare dei diritti). La decisione dell'Autorità ex art. 7, è impugnabile innanzi all'autorità giudiziaria amministrativa.

[69] Si segnala l'esigenza di garantire (ex art. 24 Cost.it.) un'adeguata difesa a fronte di eventuali blocchi illegittimi da parte dei gestori di piattaforme, in quanto i contenuti non risultino manifestamente illeciti ovvero comunque rientrino nel campo di applicazione dei previsti regimi di eccezioni e limitazioni (ex art. 17 par. 7, dir. n. 790/2019

ISSN 2036-7821

Risalta inoltre l'assoggettamento delle decisioni in ordine alla richiesta di disabilitazione o rimozione di contenuti ad una "verifica umana" (ex art. 102 *decies* I co. l.a.)[70]: il che rappresenta un opportuno correttivo introdotto dal legislatore nazionale proprio al fine di limitare il rischio di errori, nella operatività di meccanismi di blocco automatico, su cui peraltro anche la Corte di Giustizia Europea gr.sez. nella recente sentenza C-401/19 del 26 aprile 2022 incentra l'attenzione[71]: evidenziando come siffatti sistemi in tanto possono essere ritenuti legittimi in quanto risultino effettivamente in grado di distinguere i contenuti leciti da quelli illeciti[72].

---

ed art. 102 nonies, II co., lett. a e b, l.a.). Ma si deve anche tener conto del rischio concreto di comportamenti inerti da parte degli utenti, che risultino caricati del peso di far valere i propri diritti, su cui vedi l'analisi empirica di J.M. URBAN – B. SCHOFIELD, Notice and Takedown in Everyday Practice, in UC Berkeley Public Law Research Paper n. 2755628, 22 marzo 2018.

[70] Il che si può abbinare all'utilizzazione di sistemi di intelligenza artificiale (sottoposti a verifica umana), come peraltro già in fondo avviene (e vedi in Youtube: i software di riconoscimento di contenuto denominati "Content ID", "Youtube Audio ID" e "Youtube Video ID") tramite ricorso a forme di algoritmo per il riconoscimento automatico dei contenuti, per quanto risulta dalla Comunicazione COM (2017) n. 555 del 28 settembre 2017.

Tramite la predisposizione di un "hash numerico" (hashing), ovvero una marcatura numerica (watermarking), si può efficacemente procedere alla individuazione delle medesime opere impedendone il caricamento: in merito, cfr. J.P. MOCHON, Rapport de mission – Une application effective de droit d'auteur sur les plateformes numériques de partage: Etal de l'art ed propositions sur les outils de reconnaissence del contenus, Conseil supérieur de la proprieté littéraire ed artistique, 29 gennaio 2020.

[71] La Corte di Giustizia Europea ha preliminarmente riconosciuto che in effetti il nuovo regime introdotto dalla direttiva n. 790/2019 si risolve nella possibile compressione dei principi di libertà di espressione e di informazione di cui all'art. 11 par. 1 della Carta di diritti fondamentali dell'Unione europea; ma che siffatta compressione si ritiene complessivamente giustificata in applicazione del principio di proporzionalità di cui all'art. 52, par. 1 e 3 della medesima Carta) in virtù di una serie di ragioni che non possono prescindere dalla valutazione nel suo insieme della disciplina di cui all'art. 14 della direttiva (non risultando scorporabili le disposizioni in via principale specificamente contestate, di cui alle lett. b e c di quella disposizione).

La Corte ha quindi affermato la necessità di procedere ad un contemperamento equilibrato (e cioè, nell'ottica di un ragionevole balance) nel raffronto fra i principi di libertà di informazione ed espressione con la tutela del diritto della proprietà intellettuale, anch'esso espressamente protetto dalla Carta cost. UE, all'art. 17. Percorso interpretativo, che conclude per la legittimità della limitazione, alla condizione della verifica della osservanza del principio di proporzionalità.

Giudizio che -secondo la Corte- riscontra un esito positivo, in considerazione essenzialmente della compresenza di questi elementi: a) la disciplina presuppone che le misure automatiche di blocco non sono legittime se impediscono il caricamento di contenuti leciti; b) sono previste una serie di rilevanti eccezioni (fra cui spicca, quella a titolo di parodia o pastiche); c) non è stabilito alcun obbligo generale di sorveglianza; e d) è prevista l'introduzione di adeguate garanzie procedurali a tutela della libertà di espressione e di informazione, qualora sia impedito il caricamento di contenuti leciti.

[72] Ma è proprio questo forse il punto critico, atteso che andrebbe empiricamente dimostrato, quale che sia il margine di certezza di funzionamento di questi sistemi.

In merito, l'allegato A alla delibera AGCOM n. 276/22/Cons del 19 luglio 2022 evidenzia la necessità di ricorrere a sistemi tecnologici che "si conformino alle best practice di settore vigenti sul mercato in un dato momento e si dimostrino efficaci rispetto agli obiettivi perseguiti", e ciò allo scopo di evitare un fenomeno di "overblocking".

Nello stesso documento l'Autorità precisa come l'efficacia del funzionamento di questi sistemi non possa comunque "prescindere dalla collaborazione con i titolari dei diritti, nell'individuazione di precise informazioni "pertinenti e necessarie"; ed evidenzia come, al fine di "garantire l'efficacia dei meccanismi di reclamo … i Prestatori dovrebbero fornire all'Autorità una rendicontazione periodica sui contenuti bloccati".

ISSN 2036-7821

In definitiva, il nuovo regime di responsabilità sembra volgere nel senso di un complessivo aggravamento del regime probatorio di esonero, puntando sull'accentuazione del livello di *diligenza* che si fonda e giustifica sulla *professionalità* dell'operatore di condivisione di contenuti *online* e che acquista senza dubbio una sua specialità nell'ambito dell'*internet service provider*: a questi si richiede infatti una particolare accortezza nello svolgimento dell'attività[73] che implica un incremento a monte dei costi organizzativi[74].

Gli effetti economici della riforma non sono difficili da prevedere: un sicuro aggravio di costi (e dunque indirettamente un minor lucro) da parte delle piattaforme di settore (che per tale ragione si sono fermamente opposte all'approvazione della direttiva)[75], e con ogni probabilità un significativo incremento del contenzioso in materia (specialmente in una prima fase, di assestamento della normativa).

---

[73] Fenomeno questo da inquadrarsi nell'ambito della generale tendenza ad un ampliamento della "responsabilità civile d'impresa", su cui vedi E. 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, cit., p. 226 ss.

[74] Si tratta di una diligenza che in realtà presuppone l'osservanza a monte di una regola di adeguatezza organizzativa fondata sulla rilevanza della attività effettivamente svolta. Ciò significa che (in assenza della predisposizione di adeguate misure organizzative) risulta violato un dovere di omessa prevenzione del rischio dell'utilizzo non autorizzato di opere dell'ingegno, ex ante.

Peraltro, trattandosi di imprenditore collettivo o societario, questo dovere sembra potersi inquadrare -in termini di species- rispetto a quello di portata generale oramai stabilito dall'art. 2086 II co. c.c. (come riformato ex art. 375 I co. cod.ins. fra le modifiche richieste al codice civile, d.lgs. 12 gennaio 2019 n. 14, Codice della crisi e dell'insolvenza) di istituzione di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa".

Ed è un dovere predisposto chiaramente in funzione preventiva rispetto al rischio dell'insorgenza di una responsabilità verso terzi (da comportamento omissivo, ex art. 2043 c.c.). Diversamente però dal sistema normativo della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche (art. 7, II co., d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231) ove si può efficacemente adottare –onde esonerare l'ente- un "modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi" e fra cui può rientrare anche un delitto inerente la violazione del diritto d'autore (espressamente cfr. art. 25 novies del medesimo d.lgs. n. 231/01); l'osservanza di questa regola preventiva non appare condizione di esonero della responsabilità civile tout court ma sembra implicitamente richiesta ai fini dell'adempimento dei criteri di diligenza richiesti dalla norma.

Resta d'altra parte espressamente esclusa (art. 17, par. 8, dir. n. 790/2019; art. 102 septies co. 4 l.a.) la configurabilità di un obbligo generale di sorveglianza, per cui anche un inquadramento nella disciplina della responsabilità per attività pericolose ex art. 2050 c.c. non sembra in definitiva appropriato (per quanto il raffronto non sia privo di una qualche sia pur parziale sovrapponibilità).

Piuttosto sembra essersi in presenza di una speciale forma di responsabilità aggravata che richiede l'assolvimento di specifici elementi probatori in termini di diligenza, che trovano giustificazione e si spiegano essenzialmente in funzione della dimensione complessiva dell'attività.

Nel senso invece della configurabilità di un vero e proprio obbligo di protezione del service provider (in ragione di un principio di affidamento creato dalla rete nell'accesso al sito), A. DI MAJO, La responsabilità del provider tra prevenzione e rimozione, in Corr.giur. 2012, 557.

[75] La direttiva è espressamente rivolta al perseguimento di un obiettivo di riequilibrio economico fra gli ingenti guadagni delle piattaforme online ed i creatori delle opere dell'ingegno, per il tramite delle imprese editoriali (o comunque concessionarie-licenziatarie) cui siano stati ceduti di diritti d'autore.

ISSN 2036-7821

E poichè soltanto le organizzazioni più rilevanti appaiono in grado di creare quella struttura *adeguata* all'osservanza degli *standard* normativi richiesti (ed a fronteggiare il carico dell'ampio numero di contestazioni presumibilmente a venire), sembra ragionevole attendersi uno sviluppo del mercato di riferimento a vantaggio di pochi grandi operatori (e dunque in senso oligopolistico)[76].

5. *Conclusioni: interesse dell'impresa e sviluppo tecnologico, espansione in chiave protezionistica dei confini di protezione della tutela autoriale e soluzioni di compromesso (con qualche necessaria cautela).*

A questo punto, si può tracciare qualche riflessione finale sulle linee di sviluppo della disciplina autoriale nella tutela *online* della proprietà intellettuale.

Le istanze socio-culturali dirette ad un superamento degli istituti portanti del diritto d'autore in nome di una pretesa libertà del *web* non hanno ad oggi avuto prevalenza.

Non si può negare tuttavia che nella nuova disciplina vi sia qualche punto di compromesso: in questo senso milita (rispetto alla protezione delle pubblicazioni giornalistica ex art. 15 dir. n. 790/2019 ed art. 43 *bis* l.a.) la deroga per gli estratti "molto brevi" di pubblicazioni giornalistiche, nonchè l'esenzione dal campo soggettivo di applicazione di numerosi operatori (fra cui ad es. *Wikipedia*, tutto il mondo del *service no profit* e dell'*open source*) in nome di un interesse non lucrativo che rievoca al fondo gli interessi generali del bene comune della collettività; e quanto alla disciplina della responsabilità del prestatore di servizi di condivisione *online* (ex art. 17 dir. n. 790/2019 e art. 102 *sexies* ss. l.a.) la proporzionalità in funzione delle dimensioni dell'*internet service provider*, la salvezza dei regimi di limitazioni ed eccezioni al diritto d'autore, la speciale diligenza richiesta (specialmente con riferimento alla fattispecie –come si è visto- non priva di problematicità, del futuro caricamento delle medesime opere), ed infine la predisposizione delle indispensabili garanzie di difesa.

---

[76] Ciò che tuttavia risulta in parte mitigato dalla attenuazione del regime probatorio di esenzione della responsabilità per i nuovi prestatori di servizi di condivisione di contenuti online, a seconda che abbiano iniziato l'attività da meno di tre anni ed un fatturato annuo inferiore a dieci milioni di euro (art. 17, par. 6, dir. n. 790/2019, ed art. 102 octies I co. l.a.), ovvero il fatturato sia superiore a cinque milioni (II co. della medesima disposizione).

Per i primi, ad escludere la responsabilità basta provare aver compiuto i massimi sforzi per ottenere un'autorizzazione (secondo il medesimo criterio di diligenza professionale) ed aver agito tempestivamente (a seguito della ricezione di una segnalazione sufficientemente motivata) per disabilitare l'accesso alle opere ed altri materiali notificati (o rimuovere dai siti web tali opere o altri materiali).

Per i secondi invece, l'esenzione di responsabilità richiede anche la prova di aver compiuto "i massimi sforzi per impedire il futuro caricamento di opere o di altri materiali segnalati per i quali i titolari dei diritti hanno fornito informazioni pertinenti e necessarie".

Un meccanismo di gradualità questo, in funzione dell'intrapresa della nuova attività e del livello di fatturato raggiunto, che risponde proprio ad un ratio di diversificazione del regime di (prova delle condizioni di esenzione della) responsabilità in rapporto alle esigenze di un principio di adeguatezza organizzativa e nel tentativo di scongiurare la produzione di un sostanziale effetto antimonopolistico di barriera di accesso al mercato (per l'insostenibilità dei costi iniziali).

ISSN 2036-7821

Si tratta quindi di verificare l'effettiva applicazione della nuova disciplina, specialmente con riferimento alla valutazione della diligenza del *service provider* di condivisione di contenuti *online*, su cui sussiste un concreto rischio di squilibri di protezione e disomogeneità di tutela, anche a livello territoriale (nazionale e comunitario); e per questa ragione, si è previsto (ex art. 2 d.lgs. 8 novembre 2021, n. 177) un primo *chek* dei profili applicativi della nuova disciplina, tramite una relazione da trasmettersi dalla Autorità Garante per le Comunicazioni (il cui ruolo appare sempre più centrale) alle Camere entro due anni (dalla data di entrata in vigore).
Ma, a parte questi rilievi critici, si può di certo convenire che la nuova disciplina sia orientata verso un rafforzamento della protezione della tutela autoriale, sia per quanto riguarda l'utilizzo delle notizie giornalistiche che l'intermediazione svolta dai prestatori di servizi di condivisione *online* (nonché degli autori artisti ed esecutori in generale anche a garanzia di una remunerazione più equa[77]): complessivamente ne

[77] Su cui –per qualche prima osservazione- vedi V. FALCE – M.L. BIXIO, Brevi note sul principio di fair remuneratione fair contract nella Direttiva copyright, in Riv.dir.ind. 2020, p. 261 ss., ove si evidenzia l'obiettivo strategico del rafforzamento dell'industria culturale e creativa.

Ora, gli art. 18 – 23 della dir. n. 790/2019 si riferiscono alla tutela di autori ed artisti (interpreti od esecutori) nella direzione di assicurare loro una maggiore tutela, trattandosi della "parte contrattuale più debole" (cons. n. 72), e tenendo conto che "la remunerazione …dovrebbe essere adeguata e proporzionata al valore economico effettivo o potenziale dei diritti concessi in licenza o trasferiti" (cons. n. 73). L'art. 18 nello stabilire il principio della "remunerazione adeguata e proporzionata" afferma (II co.) che "nel recepire il principio stabilito al paragrafo 1 nel diritto interno, gli Stati membri sono liberi di utilizzare meccanismi di vario tipo e tengono conto del principio della libertà contrattuale e di un giusto equilibrio tra diritti e interessi".

I caratteri essenziali della disciplina sono i seguenti: l'art. 19, par. 4, dir. n. 790/2019, stabilisce il diritto ad avere informazioni "aggiornate, pertinenti e complete sullo sfruttamento delle loro opere" anche laddove i diritti siano stati concessi in licenza e salvo che il contributo dell'autore o dell'artista non sia significativo; l' art. 20 prevede un meccanismo di adeguamento contrattuale, con diritto a "rivendicare una remunerazione ulteriore adeguata ed equa dalla parte con cui hanno stipulato un contratto per lo sfruttamento dei diritti o gli aventi causa, se la remunerazione inizialmente concordata si rivela sproporzionatamente bassa rispetto a tutti i proventi originati in un secondo tempo dallo sfruttamento delle loro opere o esecuzioni"; a tal fine si prevede (art. 21) la predisposizione di una "procedura alternativa di risoluzione delle controversie".

In attuazione della direttiva, l'art. 1 lett. q del d.lgs. n. 177/2021 ha inserito gli art. 110 ter - 110 septies l.a., all'interno delle norme generali del capo II "Trasmissione dei diritti di utilizzazione".

Si tratta di una serie di norme, riproduttive della disciplina comunitaria, che si contraddistinguono per l'accentuazione della protezione di autori ed artisti interpreti esecutori in ordine all'adempimento di doveri informativi e di trasparenza (art. 16 quater l.a.) da parte dei concessionari, licenziatari e sublicenziatari, e sotto la vigilanza (e connesso potere sanzionatorio) della Autorità Garante per le Comunicazioni; ma che finiscono in fondo per rinnovare (sia pure senza sconvolgimenti di sistema) la disciplina della trasmissione dei diritti d'autore.

In particolare, l'art. 110-quinquies l.a. introduce un meccanismo di riadeguamento contrattuale; l'art. 110-sexies l.a. ("fermo restando il diritto di adire l'autorità giudiziaria") rimette all'AGCOM la risoluzione delle controversie inerenti l'adempimento degli obblighi di trasparenza e l'adeguamento contrattuale; l'art. 110 septies l.a. riconosce agli autori ed interpreti artisti esecutori, il diritto di chiedere la risoluzione del contratto di concessione (in licenza ovvero con trasferimento in esclusiva) dei diritti d'autore in caso di omesso sfruttamento dell'opera nel termine stabilito dal contratto, non superiore a cinque anni o a due anni dalla disponibilità dell'opera (e salva la facoltà di assegnare un "termine congruo", elasso il quale è consentito revocare l'esclusiva o risolvere il contratto); ed in

ISSN 2036-7821

risulta in fondo preservata (ed anzi, per certi versi rafforzata) la struttura tradizionale della tutela autoriale di fronte al rischio di un superamento in nome di un principio di assoluta libertà di informazione.

In realtà il conflitto in corso è ben lungi dall'essere risolto, perché è molto più profondo di quanto *prima facie* appaia: è *realmente* fra l'uomo e la tecnologia, che nell'opera di *artificial intelligence* si palesa in modo diretto, mentre rispetto alla utilizzazione di *internet* si nasconde dietro le spoglie del nuovo mezzo di comunicazione.

Il punto è che se la tecnologia riesce a creare un'opera in concorrenza con quella umana e se la stessa consente la trasmissione a distanza della opera dell'ingegno in modo sostanzialmente immediato, si ripropone in forma diversa quella tentazione della originaria tesi negazionista *proudhoniana* che la protezione autoriale sia una sovrastruttura non essenziale ed anzi contraria alla libera circolazione della cultura, tanto da essere destinata ad un progressivo ma ineludibile esaurimento della sua funzione.

La contrapposizione di fondo sociale proprietà letteraria – interessi borghesi, sembra oramai del tutto superata ed in effetti anche le aspettative economiche degli autori di opere dell'ingegno (quanto meno, quelle letterarie salvo rare eccezioni) sono in genere alquanto modeste.

L'interesse primario oggi sembra piuttosto essere quello dell'*impresa* nella intermediazione svolta fra gli autori ed i consumatori finali, per la segnalata prevalenza della funzione produttivistica nella moderna impostazione della proprietà intellettuale.

Su questa base, la tendenza evolutiva che emerge sembra andare in una direzione complessivamente conservatrice della struttura della disciplina autoriale, ed in favore di un rafforzamento della funzione di protezione dell'opera dell'ingegno.

E' presto certo, troppo presto, per poter dire che questa sia la tappa finale di consolidamento del percorso, ma il diritto della proprietà intellettuale ad oggi –di fronte alle evoluzioni della tecnologia- non solo resiste contro le tentazioni di una libertà assoluta del *web*, ma sembra orientarsi verso una estensione rilevante dei propri orizzonti.

---

recepimento dell'art. 23 dir. n. 790/2019, il nuovo art. 114 bis dispone infine la inopponibilità di qualsiasi pattuizione contraria.

ISSN 2036-7821