

AIDA

ANNALI ITALIANI DEL DIRITTO D'AUTORE
DELLA CULTURA E DELLO SPETTACOLO

Anno XXXI

2022

Isbn 9788828853602

(Estratto)

MAURIZIO ONZA

Responsabilità “da condivisione on line” e diritti
(d'autore e connessi) altrui (Osservazioni preliminari
su regole legali e regole giurisprudenziali)

Responsabilità “da condivisione *on line*” e diritti (d’autore e connessi) altrui (*Osservazioni preliminari su regole legali e regole giurisprudenziali*) (*) (**)

INDICE SOMMARIO: 1. Avvio: premesse, avvertenze, consapevolezza, impostazione. – 2. Regole legali. – 3. Regole giurisprudenziali. – 4. Battute finali: “presenze” ed “assenza” nelle (e delle) regole legali.

1. L’intersezione tra il diritto d’autore ed i diritti connessi e lo sviluppo tecnologico, e segnatamente digitale, è, nel contemporaneo, esperienza tumultuosa e

(*) Questo scritto ha ricevuto un giudizio positivo di un referee.

(**) Sulla responsabilità del c.d. *internet provider* (o, nell’oggi, del «prestatore di servizi di condivisione di contenuti *on line*»), la letteratura è tanto vasta da scoraggiare una ricognizione completa. Alle riflessioni svolte utile è stato lo studio: tra i saggi, di ALPA, *La legge sui servizi digitali e la legge sui mercati digitali*, in *Contr. impr.*, 2022, p. 1 ss.; F. ASTONE, *Direttiva sul diritto d’autore e clausole generali. A proposito della condivisione non autorizzata di contenuti*, in questa *Rivista*, 2021, p. 141 ss.; BELLI, *La responsabilità dei «prestatori di servizi di condivisione di contenuti online» ai sensi della dir. 2019/790/UE*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2020, p. 551 ss.; COGO, *Il diritto d’autore nel mercato unico digitale*, in *Giur. it.*, 2022, p. 1253 ss.; D’URSO, *I profili informatici nella valutazione della responsabilità dell’Hosting Provider*, in *Riv. it. informatica e diritto*, 3/2021, p. 81 ss.; GALLI, *Il diritto d’autore e la tutela della proprietà industriale sulla rete Internet*, in AA.VV., *Internet e diritto civile*, a cura di C. PERLINGIERI e RUGGIERI, E.S.I., Napoli, 2015, p. 171 ss.; GAMBINI, *La responsabilità civile telematica*, in AA.VV., *Internet e diritto civile*, cit.; EAD., *Colpa e responsabilità nella fornitura di servizi internet*, in CLARIZIA, *I contratti informatici*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO e GABRIELLI, Utet, Torino, 2007, p. 555 ss.; FALCE e FARAONE, *Spunti di diritto positivo sull’art. 17 della direttiva copyright*, in *Dir. ind.*, 2021, p. 12 ss.; LICCARDO, sub art. 17, in VALENTINO, *Dei singoli contratti. Leggi collegate. Vol. III*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, Utet, Milano, 2020, p. 149 ss.; MAZZARELLA, *La responsabilità degli hosting provider sulle piattaforme digitali*, in *Gior. dir. amm.*, 2022, p. 396 ss.; F. MOLLO, *La responsabilità del “provider” alla luce del “Digital Service Act”*, in *Contr. Impr. Europa*, 2022, p. 173 ss.; RUOTOLO, *Le proposte europee di riforma della responsabilità dei fornitori di servizi su Internet*, in *Riv. it. informatica e diritto*, 1/2022, p. 17 ss.; SPADA, *La proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 635 ss.; ID., *La proprietà intellettuale tra “reale” e “virtuale”: un guado difficile*, in *Dir. dell’internet*, 2007, p. 437 ss.; TASSONE, *Quando un hosting provider è responsabile per le violazioni del copyright? La parola, di nuovo, alla grande sezione della Corte di giustizia (Commento a Cor. Giust.UE, Grande Sez., 22 giugno 2021, cause riun. C-682/18 e C-683/18)*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, p. 1840 ss.; TRAINA CHIARINI, *L’evoluzione della responsabilità degli “internet service provider”*, in *Corr. giur.*, 2021, p. 1434 ss.; tra le voci enciclopediche, di BRAVO, *Commercio elettronico*, in *Enc. dir.*, Annali V, Giuffrè, Milano, 2012, p. 253 ss.; NIVARRA, *Responsabilità del provider*, in *Dig. IV, disc. priv., sez. civ.*, Agg. II, Utet, Torino, 2003, p. 1198 ss.; e PICA, *Commercio telematico*, in *Dig. IV, disc. priv., sez. civ.*, Agg. I, Utet, Torino, 2003, p. 289 ss.; quanto alle opere monografiche, di AA.VV., *Internet e diritto d’autore. La Direttiva Copyright e la sua applicazione in Italia*, a cura di CARRARO, LONGHINI, UNNIA, Giuffrè, Milano, 2022; GIANNONE CODIGLIONE, *Opere dell’ingegno e modelli di tutela. Regole proprietarie*

quotidiana (1) rispetto alla quale l'ordine giuridico è, intuitivamente, chiamato a ricercare una costruzione di un (prevedibile) assetto di interessi bilanciato (almeno) tra l'*esigenza di tutela dei soggetti coinvolti*, da un canto, e, dall'altro, quella di *cogliere le «grandi opportunità»* (2) (potenzialmente) offerte da tale sviluppo (3).

E, così, tra le diverse regole del formante legale, già in vigore o appena entrate in vigore (4), un ruolo di primo piano può riconoscersi alla direttiva (UE) 2019/790 sul «diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale» (5), attuata dal legislatore domestico con il dlgs. n. 177/2021, e, tra quelle, alla disciplina sull'«utilizzo di contenuti protetti da parte di prestatori di servizi di condivisione di contenuti *on line*» (6). Regole, queste, che consigliano tre avvertenze preliminari:

a) quale nota lettura, nel relativo lessico compaiono locuzioni eterogenee per designare le opere dell'ingegno tutelate o da tutelare (tra le varie, “materiali”, “materiali protetti”, “opere protette”, “contenuti protetti”) ed i soggetti a cui tale tutela è riservata (soprattutto, “titolari dei diritti”). Conseguentemente, per semplicità espositiva, si scriverà, qualora ulteriori specificazioni o lemmi non siano necessari alla comprensione del pensiero, “opera” (o “opere”) e “autore” (o “autori”) per comprendere tutto il “materiale” 7 tutelato (o potenzialmente tutelato) sia dal diritto autore sia dai diritti connessi ed il suo destinatario;

b) sono, quelle regole, logicamente proprie dell'Unione europea, e da questa derivate, a cagione (1) della vocazione ubiquitaria dello “sfruttamento” delle opere, *intensificata dall'uso tecnologico* (meglio: digitale) in quello “sfruttamento” (cui la diffusione è, al fondo, pre-ordinata) e nella loro “confezione” e (2) della (conseguente) *connessione tra tutela e “sfruttamento” di esse* e (il diritto del) *la concorrenza*,

e soluzioni convenzionali, Giappichelli, Torino, 2017; TOSI, *Diritto privato delle nuove tecnologie digitali. Riservatezza, contratti, responsabilità tra persona e mercato*, Giuffrè, Milano, 2021. Questione, alla cui attenzione si è rivolta da tempo questa *Rivista* (cfr., tra i vari, SPOLIDORO, *Il sito web*, ivi, 1998, p. 178 ss.), confermando la lungimiranza del Suo fondatore, il Prof. L.C. Ubertazzi: alla Sua memoria questo scritto è dedicato.

(1) D'onde il costante avvertimento del legislatore sulla neutralità tecnologica. Limitatamente alle fonti qui rilevanti: v. *ultra*, nt. 46, 78 e 83.

(2) Così la direttiva (UE) 2019/790, considerando 61 (enfasi aggiunta).

(3) Naturalmente, la tecnologia può, in un certo senso specularmente, veicolare mezzi di “rafforzamento” della tutela del diritto d'autore e dei diritti connessi: v., tra i molti e per una prima panoramica, MOSCON, *Misure tecnologiche di protezione (Diritto d'autore)*, in *Dig. IV, disc. priv., sez. civ.*, Agg. VIII, Torino, Utet, Torino, 2013, p. 183 ss.

(4) Cfr. il regolamento (UE) 2022/1925 relativo «a mercati equi e contendibili nel settore digitale» (c.d. regolamento sui mercati digitali) è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea il 12 ottobre 2022; mentre il regolamento (UE) 2022/2065 relativo «al mercato unico dei servizi digitali» (c.d. regolamento sui servizi digitali) è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea il 27 ottobre 2022; sui quali, v. *ultra*, nt. 8 e nel testo.

(5) D'ora in avanti, indicata anche solo come “direttiva 2019”.

(6) Si tratta del Titolo II-*quater* (artt. 102-*sexies* ss. l.a.) introdotto dall'art. 1, comma 1, lett. n), dlgs. n. 177/2021 che ha attuato della direttiva 2019 l'art. 17. D'ora in avanti, nel testo ed in nota, ci si avvarrà per riferirsi al soggetto che svolge quel servizio anche della sola parola “prestatore”.

(7) Per una definizione del “titolare dei diritti”, benché in atti di rango secondario e non ancora in vigore, v. *ultra*, nt. 51.

marcando *la rilevanza nel e per il mercato* dei relativi soggetti, autore ed operatore che le opere “sfrutta” (8); e

c) quanto al “tipo” di formante legale ed in via generale, *lo sviluppo tecnologico* della “specie” *digitale*, quando materia da regolare, genera, sovente e in modo, potrebbe dirsi, inedito, *sovrapposizioni di piani da disciplinare attraverso coordinamenti di settore* (9); e, in via meno approssimativa, si potrebbe pure osservare come il *bilanciamento degli assetti di interessi in gioco* - che, per definizione, costringe a prescrivere regole più “elastiche”, soggette a *valutazioni concrete e contestualizzazioni* (10) - abbia consigliato, in uno con l’efficacia precettiva (tendenzialmente) mediata della direttiva 2019, *l’adozione di “orientamenti”* di «recepimento corretto e coerente» (11) (sia dei legislatori domestici (sia degli operatori del mercato e, si potrebbe aggiungere, dei decisori, giudiziali e non (12)), onde raggiungere l’obiettivo, proprio di quella, di rimozione dell’ «incertezza giuridica» (13) che affligge il tema.

Ebbene, iniziando così ad impostare il ragionamento, i «servizi di condivisione di contenuti on line», se hanno per oggetto «opere [...] protett[e] dal diritto d’autore» (14), costituiscono un punto di sicura emersione delle intersezioni e delle esigenze di

(8) Ed è nella prospettiva di agevolare l’accesso al mercato di nuovi operatori, in una visuale, pertanto, propriamente concorrenziale [in applicazione “astratta” ed *ex ante* del principio di proporzionalità da parte del legislatore; v. *ultra*, § 2, lett. *h*)], che si giustifica il precetto dell’art. 102-*octies* l.a. temperando i requisiti necessari per paralizzare la responsabilità per utilizzo illecito (v. *ultra* nel testo) dei prestatori «nuovi», in quanto «operanti nel mercato dell’Unione europea da meno di tre anni» e con un fatturato e un’attività (ritenuta dal legislatore) modesta (e v., infatti, la riduzione del temperamento prevista dal secondo comma della medesima disposizione qualora l’attività del “nuovo prestatore” si presenti quantitativamente meno “modesta”; le parole in esponente sono nel primo comma). Più in generale, v. il regolamento sui mercati digitali, per un primo commento alla cui proposta può leggersi MANGANELLI, *Il regolamento Eu per i mercati digitali: ratio, criticità e prospettive di evoluzione*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2021, p. 473 ss.; e, di recente, SCALZINI, *Abuso di dipendenza economica, mercati digitali e libertà d’impresa*, in *Orizz. dir. comm.*, 2022, p. 113 ss.

(9) Nell’ambito delle regole qui indagate, si pensi: (i) alla rilevanza dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni competente (*i'*) sul ricorso contro la definizione del reclamo sulla decisione del prestatore in ordine alla «disabilitazione» o alla «rimozione» delle opere protette dalla condivisione *on line*; ed (*i''*) alla redazione sia delle linee guida sui «meccanismi di reclamo» e sia del regolamento sui ricorsi [art. 102-*decies*, commi 2 e 4, l.a., sul quale anche *ultra*, § 2, *sub L.*; schemi di linee guida e regolamento sono ora allegati, *subb A* e *B*, alla delibera dell’AG-COM n. 276/22/CONS]; nonché (ii) al trattamento dei dati personali. Di quest’ultimo aspetto eloquente è l’art. 102-*novies*, comma 4, l.a. che, per un verso, esclude la qualificazione siccome «trattamento dei dati personali» delle informazioni (*lato sensu*) veicolate in conseguenza della disciplina del Titolo II-*quater* l.a.; e, per l’altro, dichiara comunque applicabile il regolamento (UE) 2016/679 (ed il dlgs. n. 196/2003) che quei dati tutela(no).

(10) Si direbbe “standards” e non “rules”: per tutti, v. LIBERTINI, *Ancora a proposito di principi e clausole generali, a partire dall’esperienza del diritto commerciale*, in *Rivista Orizzonti del diritto commerciale*, 2/2018, p. 1 ss..

(11) *Orientamenti relativi all’art. 17 della direttiva 2019/790/UE sul diritto d’autore nel mercato unico digitale* [Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 4 giugno 2021 – COM(2021) 288]; d’ora in avanti, “Orientamenti”.

(12) V., per esempio ed esplicitamente, i passaggi sugli elementi che «fino a prova contraria» consentono di reputare adempiuti o non gli obblighi dei prestatori ai fini dell’esclusione della responsabilità che si leggono negli *Orientamenti*, § VI, p. 27.

(13) V., tra i diversi luoghi, il considerando 61.

(14) Art. 102-*sexies*, comma 1, lett. *a*), l.a..

cui si diceva in avvio, fronteggiate innanzitutto dal *formante giurisprudenziale*, domestico ed europeo, il formante legale scontando la “lentezza” del processo decisionale politico, allora dandosi pronunce fondate *sull’applicazione e sull’adattamento delle regole positive di volta in volta disponibili*, prime tra tutte quelle dedicate alla “società dell’informazione” (15); il che, da parte quella “lentezza”, neppure stupisce, giacché, il *bilanciamento di assetti di interessi*, essenziale nella *sedes materiae*, è tipicamente realizzato dalla, ed affidato alla, *giurisprudenza*. Del resto, il *compendio disciplinare* applicato dalla giurisprudenza, nel presente, è sostanzialmente *sostituito* dal nuovo formante legale dell’Unione europea (del 2019) e, poi, italiano (del 2021) (16) nonché soggetto ad una *sostituzione più generale* disposta dal regolamento sui servizi digitali (17).

D’onde si può articolare l’indagine, *prima*, ricostruendo il quadro normativo oggi vigente, *poi*, scandagliando la giurisprudenza domestica per concludere con qualche battuta finale.

Con una evidente consapevolezza: il bilanciamento degli assetti di interessi in gioco, tra “libertà e diritti”, si polarizza su «libertà di espressione degli utenti», «diritto di proprietà intellettuale» degli autori e «diritto dei prestatori alla libertà di impresa» (18). Quindi: da una parte, sui «*nuovi modelli di business*» (19) che i servizi di “condivisione di contenuti *on line* delle opere” *schiodano sia al prestatore sia al loro autore*; dall’altra, e dall’angolo visuale di quest’ultimo, sulla *indipendenza*, per la “confezione” e lo “sfruttamento” delle opere, *dall’intermediazione* di “altri” e sulla *agevolazione* della loro diffusione (pre-condizione di quello “sfruttamento”) indipendente, *in thesi*, da spazio e tempo; dall’altro ancora, e sempre in questo angolo visuale, *sul bisogno di tutela dell’opera* qualora “diffusa” attraverso un’*intermediazione* qualificata *dalla pre-ordinazione alla condivisione* on line di opere protette e “caricate” da altri (20), essendo *a questo fine* realizzata dal prestatore attraverso i «suoi utenti» (21); bisogno di tutela dell’opera teso, essenzialmente e proprio in quanto *protetta*, ad impedire che lo “sfruttamento” - quale *specifico utilizzo* on line, *dettagliato dal legislatore*, dell’opera, e, così, la sua “diffusione” - generi per il prestatore, “profitti” (22) *senza l’autorizzazione dell’autore*.

(15) E delle regole del dlgs. n. 70/2003 (attuazione italiana della direttiva 2000/31/CE), v. gli artt. 14-17 sulla sostituzione dei quali v. *ultra, sub* § 2, C. e nt. 41.

(16) Cfr. l’art. 102-*sexies*, comma 5, l.a. che disapplica la limitazione di responsabilità prevista nell’art. 16 dlgs. n. 70/2003 il cui referente (all’epoca) comunitario, l’art. 14 direttiva 2000/31/CE essendo *lex generalis* rispetto all’art. 17 direttiva 2019: *Orientamenti*, § II, p. 2.

(17) Cfr., di questo (v. *supra*, nt. 4), l’art. 89.

(18) *Orientamenti*, § VI, p. 26.

(19) V. ancora della direttiva 2019 il considerando 61 (enfasi aggiunta).

(20) Che siffatta *qualificata intermediazione* possa avvenire *anche* a mezzo *piattaforme* è indiscutibile: e di «piattaforma» discorre (sia pur incidentalmente) il comma quarto dell’art. 102-*sexies* l.a.; tuttavia, occorre cautela nell’identificare *tout court* quell’intermediazione qualificata con le “piattaforme” definite, ma altrove, normativamente; si pensi ad un compendio regolamentare che, benché interferente, si dichiara non pregiudizievole per il diritto «dell’Unione in materia di diritto d’autore e diritti connessi» [v., rispettivamente, art. 3, lett. i), e art. 2, § 4, lett. b), regolamento sui servizi digitali].

(21) Art. 102-*sexies*, comma 1, lett. b), l.a.

(22) V. *ultra*, § 2, *sub* C., anche per un cenno sulla distinzione tra “profitti” e “ricavi” nonché sul requisito normativo della “significatività” di quest’ultimi (art. 102-*sexies*, comma 4, l.a.).

Rinvenuta in questa autorizzazione la (ovvia) *condizione di liceità di quell'utilizzo* (23), purché ad essa conforme, ne segue che la disciplina sulla “condivisione di contenuti *on line*” si risolve *nella fissazione delle condizioni* integrate che quali *l'utilizzo non autorizzato si apprezza comunque lecito* (24), *non rendendo responsabile* (25) il *prestatore* attraverso il quale la “attività” di condivisione (*i.e.* la *qualificata* intermediazione) si è realizzata; *precludendo*, in radice, il *riconoscimento stesso della responsabilità “da condivisione on line”*.

Si isola il *comportamento dovuto dal prestatore*, siccome *comportamento da lui esigibile*, al quale *ragguagliare il comportamento del prestatore concretamente tenuto*, la conformità *escludendo*, se non altro, la sussistenza dell'*elemento soggettivo della fattispecie della responsabilità*; o, se si preferisce ancor più radicalmente, *l'antigiuridicità del concreto comportamento stesso* (26).

Ciò, sul presupposto, già contenuto nel dlgs. n. 70/2003 (27), di non ostacolare lo svolgimento di attività reputate, per le ragioni poc'anzi abbozzate, *immeritevoli di spossione*, contenendo il *rischio di responsabilità* sì da non obbligare il prestatore a controlli (*lato sensu*), quanto ad efficacia e realizzazione, stimati, per costi e tecnica, *eccessivi*; d'onde l'espressa insussistenza in capo al prestatore di un «obbligo generale di sorveglianza» (28).

2. Movendo, secondo programma, dal quadro normativo, le regole possono così compendiarsi.

A. S'è cennato che le opere protette, del cui *specifico utilizzo* (29) si fissano le condizioni di liceità, comprendono *tutto ciò che è tutelato dal diritto d'autore e dai diritti connessi*. Comprensione basata *sia* su una interpretazione funzionale della disciplina *sia* su addentellati testuali di quest'ultima (30). Sicché la “*protezione*” dell'*opera funge da presupposto della sua applicazione*, l'illiceità dell'utilizzo, conseguentemente, potendosi sempre scongiurare: (i) con la dimostrazione del *difetto di “protezione”* da parte del *prestatore*; o, dipendendo, in ultimo, dalla scelta sulla ripartizione dell'onere probatorio (ii) con l'assenza di dimostrazione della *sussistenza di “protezione”* da parte dell'autore.

(23) Ed infatti l'art. 17 direttiva 2019 mira ad “incrementare” «le possibilità di concessione di licenze e di remunerazione» degli autori: *Orientamenti*, § II, p. 2

(24) Si legge «uso non lesivo» o «uso legittimo» in *Orientamenti*, § VI, p. 20.

(25) Sul significato, in questo ambito, di responsabilità, v. *ultra*, § 2, *sub K.*

(26) Nonostante la discontinuità terminologica del legislatore, secondo il quale da quella integrazione, *prima*, discende l'assenza di responsabilità e, *poi*, l'“esenzione” da questa: cfr., nella l.a., nell'ordine, l'art. 102-*septies*, comma 1, il comma 2 nonché l'art. 102-*octies*, comma 2; locuzione, quella dell'“esenzione”, assente, va precisato, nell'art. 17 direttiva 2019.

(27) E ribadito nell'art. 8 regolamento sui servizi digitali che, sul punto, ne sostituisce la base (all'epoca) “comunitaria” (la direttiva 2000/31/CE; v. *supra*, nt. 4 e *ultra*, nt. 41).

(28) Art. 102-*septies*, comma 4, l.a.; nel dlgs. n. 70/2003, v. art. 17, comma 1.

(29) Nei sensi poc'anzi chiariti e che si preciseranno *ultra, sub C.*

(30) Cfr., da un canto, il riferimento, nell'art. 17, § 1, ai titolari dei «diritti [previsti dall'] art. 3, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2001/29/CE» - quindi del diritto d'autore e dei diritti connessi - quali soggetti che possono rilasciare al prestatore l'autorizzazione; e, dall'altro, alle testuali ipotesi di disapplicazione di passi della direttiva 2019 stabilite nell'art. 23 [rispetto agli autori di un «programma per elaboratore»] ad esse sfuggendo, appunto, l'art. 17. E v., espressamente, *Orientamenti*, § II, p. 1.

B. L'area di rilevanza dell'opera protetta è ridotta dovendosi, da un lato, applicare «eccezioni» e «limitazioni previste dal diritto dell'Unione» (31): pertanto «citazione, critica, recensione [...] utilizzo a scopo di caricatura, parodia o pastiche» (32) *sterilizzano l'illiceità del comportamento del(l)utente e, per tale via, del) prestatore.*

Dall'altro lato e rispetto ad ogni "lecita disponibilità" dell'opera protetta ottenuta dall'utente ed a tutte le eccezioni e limitazioni previste nella disciplina domestica (33), questa sterilizzazione si attiva, allora proprio per l'utente, nonostante la «cooperazione» tra prestatore ed autore orientata alla concessione della legittimazione all'utilizzo (34). Sterilizzazione (35), questa e quella, che suppone una adeguata informazione affidata a «termini e condizioni del servizio» che il prestatore deve "comunicare" ai propri utenti (36).

C. L'individuazione del *referente soggettivo* della liceità o non di quell'utilizzo – vale a dire il «prestatore di servizi di condivisione di contenuti on line» (37) – si svolge dal generale al particolare, dovendosi, in primo luogo, riconoscere un "prestatore di servizi della società dell'informazione" (38).

Allo scopo, si può rinviare alle definizioni previste dall'art. 2, comma 1, lett. a) e b), dlgs. n. 70/2003 con due precisazioni: (i) funzionalmente, considerando l'identità degli assetti di interessi, il prestatore *potrebbe essere anche un "ente" privo di personalità giuridica*, superando la secca ed espresa alternativa «persona fisica o giuridica» (39); e (ii) nonostante le nuovissime regole (40) del regolamento sui servizi digitali (41), sulla responsabilità per il «semplice trasporto», per la «memorizzazione temporanea» e per la «memorizzazione di informazioni», non sembra convincente invocare, per quell'individuazione, il precetto lì previsto per il referente soggettivo della relativa disciplina, richiamando pertanto le caratteristiche fissate nell'art. 1, § 1,

(31) Considerando 61, direttiva 2019.

(32) Art. 102-*nonies*, comma 2, l.a.. Ipotesi da intendersi «come nozioni autonome di diritto dell'UE» e da "considerare" «nel contesto specifico» in cui sono collocate e da adottare, se del caso, «nell'ambiente on line»: *Orientamenti*, § VI, p. 21 s.

(33) Recupero il diritto dell'Unione europea. Si pensi all'utilizzo occasionale o all'utilizzo di opere, quali opere di architettura o scultura, realizzate per essere collocate stabilmente in luoghi pubblici (*Orientamenti*, § VI, p. 22); alle «opere di dominio pubblico o [ai] contenuti che non raggiungono la soglia di originalità o [che] non soddisfano qualsiasi altro requisito relativo alla soglia di protezione» pure alla «luce della giurisprudenza della CGUE» (ivi, § VI, p. 21 e 23). V. *Schema delle linee guida concernenti il meccanismo di reclamo predisposto dai prestatori di servizi di condivisione di contenuti online di cui all'articolo 102-decies della legge 22 aprile 1941, n. 633* (allegato sub B alla delibera dell'AGCOM n. 276/22/CONS del 19 luglio 2022), § 4, p. 9 (d'ora in avanti, "Schema linee guida").

(34) Art. 102-*nonies*, comma 1, l.a..

(35) La quale, assieme ai correlati meccanismi di contestazione (*ultra, sub L.*), essendo «obbligo di risultato» prevale «in caso di conflitto con le altre disposizioni di cui all'art. 17» tutelando «diritti fondamentali» (*Orientamenti*, § II, p. 3 e § VI, p. 21).

(36) Art. 102-*nonies*, comma 3, l.a..

(37) Art. 102-*sexies*, comma 1, l.a..

(38) *Orientamenti*, § III, p. 5.

(39) Così la lett. b) dell'articolo citato.

(40) E per di più racchiuse in un regolamento dell'Unione europea ad applicazione non mediata in tutti gli Stati membri.

(41) V. artt. 4-6 regolamento sui servizi digitali che recano nella rubrica le locuzioni in esponente nel seguito del testo e che sostituiscono, s'è detto (*supra*, nt. 15), gli art. 12-15 direttiva 2000/31/CE attuati negli artt. 14-17 del dlgs. n. 70/2003.

lett. b), direttiva (UE) 2015/1535 (42); con la conseguenza, se così si opinasse, di escludere dall'applicazione della responsabilità "da condivisione *on line*" i prestatori che svolgono «in linea – on line – [mere] attività economiche» (43). In realtà, il regolamento sui servizi digitali, espressamente, s'è già cennato (44), «non pregiudica le norme [che] disciplinano ulteriori aspetti della prestazione di servizi intermediari nel mercato interno o che precisano e integrano» il regolamento e, in particolare, il «diritto dell'Unione in materia di diritto d'autore e diritti connessi» (45).

In ogni caso quella (prima) definizione *sembra scolorire passando al particolare*, giacché il prestatore, per fungere da referente soggettivo, deve svolgere *una attività normativamente connotata*; ed è *questa attività a costituire l'utilizzo specifico le cui condizioni di liceità sono tratteggiate dal legislatore*.

Attività, appunto, connotata dallo scopo, «principale [...] o tra i principali [...]» (46), di «memorizzare e dare accesso al pubblico a grandi quantità» di opere protette «caricat[e]» dagli «utenti» del prestatore ed «organizzat[e] e promoss[e] allo scopo di trar[re] profitto direttamente o indirettamente» (47); connotati dell'attività che è difficile pensare possano darsi *in concreto se questa non sia svolta da un prestatore di servizi della "società dell'informazione"*.

Al riguardo, potrebbe osservarsi che: (i) deve trattarsi di un utilizzo delle opere protette (e non dell'attività (48)) *programmato per realizzare* non già un pareggio tra "ricavi e costi" bensì un "lucro" (49), restando *irrelevante la destinazione* di esso e potendo, ed è il caso del lucro "indiretto", altresì *derivare dallo svolgimento di un altro comportamento connesso (lato sensu)* a quell'utilizzo; (ii) dell'attività in quanto tale, conseguentemente, non è richiesto uno svolgimento "stabile", potendo *in thesi* pure essere "occasionale"; (iii) l'utilizzo in questione si compone *non solo*

(42) Cfr. art. 3, lett. a), regolamento sui servizi digitali. Vale a dire «qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi [...]», intendendosi «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 di dati, e che è interamente trasmesso, inoltrato e ricevuto mediante fili, radio, mezzi ottici o altri mezzi elettromagnetici; 3) a richiesta individuale di un destinatario di servizi: un servizio fornito mediante trasmissione di dati su richiesta individuale».

(43) In tal senso la prima parte della lett. a), primo comma, dell'art. 2 dlgs. n. 70/2003; unica conseguenza invero, considerando che la seconda parte, come noto, richiama l'articolo «1, comma 1, lettera b), della legge 21 giugno 1986, n. 317, e successive modificazioni», nel quale le caratteristiche prescritte dall'art. 1, § 1, lett. b), direttiva (UE) 2015/1535 sono state recepite.

(44) *Supra*, nt. 20.

(45) Art. 2, § 4, lett. b), regolamento sui servizi digitali.

(46) Con una «valutazione [...] neutrale sotto il profilo tecnologico e del modello di business per poter rispondere alle esigenze future»: *Orientamenti*, loc. cit.

(47) Art. 102-sexies, comma 1, lett. re a), b), c), l.a..

(48) Che potrebbe avere anche altri "scopi principali". Ed in caso di pluralità di attività (*i.e.* servizi) «occorre considerare ciascun[a] separatamente»: *Orientamenti*, § III, p. 6.

(49) V. l'art. 2, n. 6), direttiva 2019. Lo scopo di lucro, infatti, non può presumersi «in base al mero fatto che il servizio è [reso da] un operatore economico o in ragione della sua forma giuridica», non essendo neppure, *ex se*, "indicato" dalla ricezione «dagli utenti [di] un canone a copertura dei costi operativi di hosting dei contenuti o [dalla richiesta di] donazioni al pubblico»: *Orientamenti*, § III, p. 5.

dell'organizzazione delle opere protette e "caricate" ma pure della loro promozione, dovendosi rivolgere, quindi, alla fruizione (per generare profitti) del pubblico, "attirando" «un pubblico più vasto» (50); (iv) la necessità del "caricamento" da parte dell'utente (51) del prestatore si spiega perché l'eventuale "caricamento" da parte di quest'ultimo, in assenza delle condizioni di liceità, comporterebbe, di per sé, la di lui responsabilità; (v) le previsioni delle condizioni di liceità dell'attività lasciano qualificare la responsabilità del prestatore siccome responsabilità per fatto proprio; e (vi) quel bilanciamento tra "libertà e diritti" si coglie, tra l'altro, nella previsione di una "soglia di materialità", essendo, bensì richiesta la "memorizzazione" «non soltanto provvisoria» (52) con potenziale «accesso al pubblico» (53) di opere protette (54), ma, questo è il punto, solo di «grandi quantità», da accertare «caso per caso» (55), queste solo (in thesi) frustando la partecipazione degli autori ai "profitti" del prestatore ottenuti con il di esso (illegittimo) utilizzo, ritenendo il legislatore, in caso di "quantità non grandi", prevalente su quella mancata partecipazione i benefici per gli autori ottenuti dalla "diffusione" dell'opera resi dall'illegittimo utilizzo.

D. Le caratteristiche dell'attività appena descritta consentono di emarginare dai referenti soggettivi sia i prestatori che danno accesso «alle enciclopedie on line [...] ai repertori didattici o scientifici», qualora e in quanto privi di scopo di lucro assieme, per la medesima causa, alle condivisioni (lato sensu) di «piattaforme di sviluppo e di condivisione di software open source»; sia, avendo uno "scopo diverso" (56), «i fornitori di servizi di comunicazione elettronica» (57), i prestatori «di mercati on line» (58), «di servizi cloud da impresa a impresa e di servizi cloud che consentono agli

(50) *Orientamenti*, § III, p. 6. Per altro e connesso profilo, la concreta rilevanza del pubblico, il «numero di visitatori unici mensili», costituisce l'importante «fattore di differenziazione tra le due categorie» di «nuovi» prestatori soggetti ai regimi temperati di cui si parlava *supra*, nt. 8; le parole in esponente sono in *Orientamenti*, § V, 4., p. 19 (corsivo nell'originale).

(51) Non appare chiara la limitazione della definizione di utente all'alternativa «persona fisica o giuridica» scelta tanto dallo *Schema linee guida* quanto dallo *Schema di regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra prestatore di servizi di condivisione di contenuti online e utenti di cui all'articolo 102-decies della legge 22 aprile 1941, n. 633* [allegato sub A alla delibera dell'AGCOM n. 276/22/CONS, *cit.*; per entrambi all'art. 1, lett. l)], potendo, simmetricamente a quanto detto nel testo, includersi nella nozione di utente anche enti privi di personalità giuridica. Peraltro, siffatti schemi applicano quella alternativa alla definizione di prestatore, qui, in linea con la disposizione di rango primario; viceversa, in entrambi, estesa è la definizione di "titolare dei diritti", essendo tale «qualsiasi persona fisica o giuridica o ente privo di personalità giuridica, titolare o detentore – anche in base ad accordi di licenza – dei diritti d'autore o diritti connessi ai diritti d'autore» [v., dell'uno e dell'altro, l'art. 1, lett. m)].

(52) V. *Orientamenti*, § III, p. 5.

(53) Utile, ma solo quale "indizio" essendo compendi normativi interferenti ma differenti [v. *supra*, nel testo e nt. 20], per la comprensione della locuzione «accesso al pubblico» parrebbe la prima parte della definizione di «diffusione tra il pubblico» di cui si avvale il regolamento sui servizi digitali [art. 3, lett. k)], tale essendo la messa «a disposizione di un numero potenzialmente illimitato di terzi» delle informazioni (qui: di opere protette).

(54) Dando conto, in uno con la possibilità di "caricamento" da parte degli utenti, dell'uso lessicale (e tecnico) diffuso, sebbene non necessariamente esclusivo, che si avvale del lemma "piattaforme": v. *supra*, nt. 20.

(55) *Orientamenti*, *loc. ult. cit.* (enfasi nell'originale).

(56) Considerando 62 direttiva 2019.

(57) Secondo la direttiva (UE) 2018/1972.

(58) Dove si vende al dettaglio: considerando 62 direttiva 2019.

utenti di caricare contenuti per uso personale», purché il mercato *on line* o il servizio *cloud* non «consenta[no] di condividere» opere protette «tra più utenti» (59).

E. L'attività, ancora, *rileva se ed in quanto il prestatore conceda, in concreto, l'accesso al pubblico*, accesso *qualificato normativamente* siccome «atto di comunicazione al pubblico o di messa a disposizione del pubblico» (60). Il che ne rende ininfluyente la ricerca di significato normativo, agevolmente riconducibile, naturalmente, alla direttiva 2001/29/CE (61) ed alla sua attuazione.

F. Qualora *l'attività descritta sia concretamente svolta dal prestatore*, la condizione *par excellence* di sua liceità si rinviene nell'autorizzazione (62) (eventualmente (63)) concessa dall'autore la quale, benché ottenuta dal prestatore, *legittima pure gli utenti che abbiano "caricato" quell'opera* (64) purché questi non «agiscano per scopi commerciali o la loro attività non generi ricavi significativi».

Ed è bene annotare che: (i) il "caricamento" *equivale* a "comunicazione al pubblico o messa a disposizione del pubblico" (65); (ii) poiché l'"atto di comunicazione al pubblico o di messa a disposizione del pubblico" *comprende* «le riproduzioni necessarie per l'esecuzione di tali atti», l'autorizzazione, specularmente, comprende le «riproduzioni eseguite nel contesto dell'articolo 17» (66); (iii) la causa della autorizzazione è *variabile* (67); (iv) lo "scopo commerciale" è certamente da *concedersi* in caso di *imprenditori e lavoratori autonomi* nonché, probabilmente, di *qualunque "operatore economico"* (68) che agisca(no) in quanto tale(i), persone o enti (persone giuridiche o non) che siano; (v) l'uso del lemma "ricavo" sembrerebbe comprendere *comportamenti economici* privi della preordinazione ad uno scopo di lucro (69); la *valutazione relazionale* in cui si sostanzia l'apprezzamento della sua "significatività" potrebbe attingere ai criteri di *contestualizzazione dell'esigibilità* del comportamento

(59) Art. 102-*sexies*, comma 2, l.a., ove i precedenti virgolettati. Elenco di soggetti che gli *Orientamenti*, al § III, p. 4, vorrebbero, sia pure con una formulazione non cristallina, «non [...] esaustivo».

(60) Art. 102-*sexies*, comma 3, l.a.. Cfr. *Orientamenti*, § II, p. 2.

(61) La cui applicazione «ad altri prestatori che utilizzano contenuti protetti dal diritto d'autore» resta comunque impregiudicata: considerando 64 direttiva 2019. Essendo, si ricordi (*supra*, nt. 16), l'art. 17 direttiva 2019 una «lex specialis rispetto all'art. 3 della direttiva 2001/29/CE»: *ibidem*.

(62) Ottenuta attraverso licenza diretta o, per "facilitare accordi", intermediata secondo il dlgs. n. 35/2017: art. 102-*sexies*, comma 3, l.a.. E gli «Stati membri [possono] prevedere modelli diversi di autorizzazione», essendo decisivi settori e costi dell'«operazione per l'acquisizione»: *Orientamenti*, § IV, p. 6 s..

(63) *Orientamenti*, § IV, p. 6.

(64) Nella «piattaforma del prestatore»: v. *supra*, nt. 20.

(65) V., infatti, l'art. 17, § 2, direttiva 2019 che rinvia all'art. 3 direttiva 2001/29/CE. Cfr. *supra*, sub E..

(66) *Orientamenti*, loc. ult. cit..

(67) Scambiando autorizzazione e «dati o attività promozionali»; oppure con concessione gratuita «nell'ambito di una licenza Creative Commons», *Orientamenti*, § IV, p. 7.

(68) Secondo, vuol dirsi, l'accezione propria dell'Unione europea.

(69) Tuttavia, per gli *Orientamenti* (§ IV, p. 8), il "caricamento" di «un video domestico che include musica utilizzata come sottofondo» sarebbe, in quanto "condivisione" senza «alcuno scopo di lucro», "autorizzato".

del prestatore (70) adattati al rapporto autore/utente (71); e (vi) l'autorizzazione al "caricamento" di opere protette concessa agli utenti "autorizza" anche il prestatore (72).

G. La seconda condizione di liceità dell'attività, quando concretamente svolta dal prestatore, *suppone l'assenza dell'autorizzazione e qualificati comportamenti*.

Secondo l'art. art. 102-septies, comma 1, l.a. (73), il livello di qualificazione si ravvisa in "elevati standard di diligenza professionale di settore" ai quali «cumulativamente» rapportare, «i massimi sforzi» (74): (i) per «ottenere un'autorizzazione» dell'autore; (ii) per assicurare «che non sono res[i] disponibili [...] specific[he]» opere delle quali, si deve ritenere, il prestatore sia a conoscenza della "protezione" essendo state somministrate dall'autore le «informazioni pertinenti e necessarie» (75); e (iii) per «impedire il caricamento in futuro» (c.d. rimozione permanente) di opere protette già «tempestivamente» espunte dall'utilizzo - "disabilitando l'accesso" al, o "rimuovendole" dal, "proprio sito web" - a seguito della «ricezione di una segnalazione sufficientemente motivata» degli autori (c.d. rimozione) (76).

Ne deriva che: (i) *non sembra riconoscibile una responsabilità c.d. oggettiva o c.d. da posizione del prestatore, l'illiceità richiedendo sempre un comportamento esigibile*; (ii) la soglia di esigibilità del comportamento del prestatore, che ne individua il "comportamento dovuto", è misurata *invocando un parametro di diligenza specifico*, ancorato ad un *professionista del settore* e poi (non già medio ma) "accorto" che adotti, cioè, cautele e presidi "elevati", in primo luogo, ed evidentemente, *organizzativi* «facendo uso di misure tecnologiche» (77), l'idoneità delle quali è da vagliare *nel contesto concreto* (78); e (iii) nella valutazione della esigibilità (nei sensi detti), il

(70) Stabiliti nel comma secondo dell'art. 102-septies l.a. e sui quali v. *ultra*, sub H..

(71) Potrebbe essere il caso di «utenti che caricano tutorial con musica o immagini da cui ottengono ricavi pubblicitari limitati» secondo gli *Orientamenti*, loc. ult. cit..

(72) D'onde lo stimolo, non colto (parrebbe) dal legislatore domestico, ad informare gli utenti «sui contenuti coperti dalle autorizzazioni concesse dai titolari dei diritti, consentendo a tutti i soggetti interessati di decidere come meglio rendere nota l'esistenza di un'autorizzazione»: *Orientamenti*, § IV, p. 9. Autorizzato, va da se, è l'utente che "carica" opere di cui è autore (ivi, § VI, p. 22).

(73) Ove i virgolettati successivi.

(74) Nozione che attua quella, della direttiva 2019, di «adoperarsi al meglio». Nella direttiva 2019, quest'ultima, non è «definita» ed è priva di «riferimento al diritto nazionale»: pertanto, quale «nozione autonoma di diritto dell'UE», dovrebbe «essere recepita dagli Stati membri conformemente» agli *Orientamenti* e «interpretata alla luce delle finalità e degli obiettivi» dell'art. 17 direttiva medesima (*ibidem*).

(75) Su questi requisiti, v. *ultra*, nt. 84.

(76) Della c.d. rimozione e della c.d. rimozione permanente, tre sono i «principali scenari» capaci di attivare il relativo obbligo del prestatore: (i) gli autori non «hanno fornito in anticipo ai prestatori [...] le informazioni "pertinenti e necessarie"»; (ii) nonostante l'adozione in concreto da parte del prestatore del comportamento dovuto, «i contenuti non autorizzati sono diventati disponibili per ragioni oggettive, ad esempio nel caso in cui alcuni contenuti non possano essere riconosciuti a causa di limitazioni tecnologiche intrinseche»; e (iii) in «alcuni casi specifici» la "notifica" dell'autore (*Orientamenti*, § V, 3., p. 17. V., per quest'ultima ipotesi, *ultra*, nt. 85 e testo corrispondente).

(77) *Schema linee guida*, § 3, p. 5 s.

(78) Per il richiamo ad una attuazione «in modo tecnologicamente neutro e tale da rispondere alle esigenze future», non dovendosi «prescrivere [...] l'uso di una soluzione tecnologica né imporre soluzioni tecnologiche specifiche ai prestatori», v. *Orientamenti*, § V, 2., p. 13.

comportamento dovuto dal prestatore è correlato, sempre, al comportamento dell'autore, l'uno e l'altro essendo tenuti a "cooperare" (79).

Sicché, in via esemplare: (iii') nel rilascio dell'autorizzazione, è sempre imprescindibile un giudizio che tenga conto (1) di rifiuti ingiustificati o, comunque, irragionevoli; anche in relazione all'equilibrio tra le prestazioni, all'equità complessiva e, più in generale, alla buona fede e (2) del grado di "facilità" di identificazione degli autori (80), fermo restando che «requisito minimo» per la liceità del comportamento per «tutti i prestatori» deve reputarsi il «fatto di contattare in modo proattivo gli organismi di gestione collettiva» (81); (iii'') è l'autore (direttamente o indirettamente) (82) a dover informare (83) il prestatore della "protezione" dell'opera e l'informazione deve essere tale da rendere edotto quello dell'esistenza della "protezione" stessa (84); neppure potendo «escludersi che in alcuni casi la disponibilità dei contenuti non autorizzati possano essere evitati solo previa notifica dei titolari dei diritti» (85); (iii''') nella "rimozione" delle opere protette, per un verso, l'esigibilità del comportamento presupposto è ancorata ad un comportamento dell'autore (la "segnalazione sufficientemente motivata") (86) adeguato all'attivazione della reazione del prestatore, la quale, essendo tipizzata, deve valutarsi solo nell'an (vale a dire: se è stata rimossa

(79) V. art. 17, § 8, direttiva 2019.

(80) Diversi sono gli elementi da valutare: le «prassi di mercato in settori diversi» sulla gestione individuale o collettiva, la presenza o non di «meccanismi volontari di mediazione», la «quantità e [il] tipo di contenuti»: *Orientamenti*, § V, 1., p. 10 s.

(81) *Orientamenti*, § V, 1., p. 10; ed anzi per i prestatori «più piccoli» quel contatto può essere l'unico esigibile (ivi, p. 11). Peraltro, la soggezione degli organismi di gestione collettiva alla direttiva 2014/26/UE obbliga (all'art. 16), tra l'altro, quest'ultimi alla conduzione di «negoziazioni in buona fede» ed all'applicazione di «tariffe determinate sulla base di criteri oggettivi e non discriminatori» (ivi, p. 12; e v., nel dlgs. n. 35/2017, l'art. 22). L'accordo sì concluso, potrebbe inferirsi, dovrebbe soddisfare, per questo rispetto, i «massimi sforzi» cui è tenuto il prestatore.

(82) Potendo gli autori «trasmettere tali informazioni» anche «tramite terzi da essi autorizzati»: *Orientamenti*, § V, 2., p. 13.

(83) Valutando, nella realizzazione di quella cooperazione tra autore e prestatore, la «natura» e la «qualità delle informazioni che [gli autori] possono realisticamente fornire» (*Orientamenti*, § V, 2., p. 16, corsivo aggiunto). In ogni caso, non si raccomanda «l'uso di alcuna tecnologia o soluzione specifica [lasciando gli autori ed i prestatori] la flessibilità necessaria per raggiungere accordi di cooperazione reciprocamente vantaggiosi al fine di assicurare che non siano disponibili contenuti non autorizzati»; proprio perché «è probabile che tali accordi si evolvano nel tempo, in particolare se si basano sulla tecnologia»; d'onde l'esigenza di rispetto della protezione dei dati personali se «l'uso di tecnologie come il riconoscimento dei contenuti [generi] l'identificazione degli utenti che caricano i loro contenuti» (ivi, § V, 2., p. 14, ove una rassegna delle diverse soluzioni: il *fingerprinting*, quale tecnica di «riconoscimento dei contenuti» prevalente per il settore «audio e video», «l'*hascing*», il «*watermarking*», l'«uso dei meta-dati», la «ricerca di parole chiave»).

(84) *Ibidem*; la «pertinenza» dell'informazione variando «a seconda delle opere interessate e delle circostanze relative alle opere» e dovendo «come minimo essere precis[a] per quanto riguarda i diritti di proprietà dell'opera». La «necessità» dell'informazione, invece, varia «a seconda delle soluzioni utilizzate dai prestatori [...] e dovrebbe consentire [a questi] di applicare efficacemente le soluzioni tecnologiche che decidono di utilizzare» (*ibidem*).

(85) Considerando 66, direttiva 2019 e *Orientamenti*, § V, 2., p. 15.

(86) Per la quale gli *Orientamenti* rinviano alla raccomandazione della Commissione sulle misure per contrastare efficacemente i contenuti illeciti *on line* del 1° marzo 2018 (ivi, § V, 3., p. 18).

l'opera o se l'accesso al sito è stato interdetto) e nella "tempestività"; per l'altro, il comportamento del prestatore, oggetto di valutazione, si completa, essendo *ricordato all'ipotesi di "conoscenza" dell'opera protetta*; con la conseguenza che l'attivazione della c.d. rimozione permanente è correlata all'informazione sull'esistenza della "protezione" affrontata poc'anzi *sub (iii')* (87). Informazioni, per la c.d. rimozione e per la c.d. rimozione permanente, *necessariamente diverse*, la prima, riguardando una singola, specifica "illiceità" su una determinata opera di un determinato autore; la seconda, stagliandosi su *tutte le possibili, future illiceità* di quell'opera di quell'autore (88).

Il coinvolgimento dell'autore, e così la cooperazione con il prestatore, spiega e giustifica, logicamente, *gli obblighi di informazione*, di questo verso quello, "completa ed adeguata", capace di *consentire all'autore di tenere i comportamenti* che, se *conformi*, per così dire, "aprono la via" *all'individuazione del "comportamento dovuto" dal prestatore da ragguagliare al comportamento concretamente da questo tenuto per apprezzarne o non la liceità*. Obblighi che, per un canto, devono illustrare *i presidi organizzativi ed i meccanismi adottati dal prestatore* e, dall'altro, devono *consentire una verifica di utilizzo "conforme" in caso di stipulazione di accordi di licenza* (89).

In definitiva, un *comportamento dell'autore "difettoso"*, se provato dal prestatore, *preclude la valutazione di illiceità del comportamento di quest'ultimo*: e sì, perché, a ben vedere, prescindendo da qualificazioni ricostruttive (90) e semplificando il discorso, all'autore che contesta (*lato sensu*) il comportamento del prestatore, quest'ultimo può resistere provando l'inadempimento dell'autore ai suoi obblighi; difesa alla quale l'autore potrebbe, a sua volta, resistere provando l'inadempimento agli obblighi del prestatore funzionali a consentire l'adempimento degli obblighi dell'autore.

H. L'individuazione del "comportamento dovuto" dal prestatore (91) richiede una *valutazione "di contesto"* retta dal «principio di proporzionalità» (92), che *attua, in concreto, il bilanciamento tra "libertà e diritti"* più volte richiamato, modellando il comportamento esigibile nel "concreto contesto" osservato; principio di proporzionalità applicato, in astratto, dal legislatore *nell'attenuazione parziale dei requisiti di*

(87) Ed infatti all'obbligo del prestatore di c.d. rimozione permanente «[divenuto] un determinato contenuto [...] disponibile» sono funzionali le «informazioni necessarie e pertinenti fornite» dagli autori e che, *in thesi*, non sono state rese, allora *ex ante*: *ibidem*, riferendosi allo "scenario" *sub (i)* descritto *supra*, nt. 76.

(88) V. *Orientamenti*, § V, 3., p. 18: è necessario «differenziare chiaramente il tipo di informazioni che [gli autori] forniscono in una "segnalazione sufficientemente motivata" per la rimozione dei contenuti [la c.d. rimozione] dalle "informazioni pertinenti e necessarie" che forniscono per impedire futuri caricamenti di opere oggetto di segnalazione [la c.d. rimozione permanente]».

(89) Art. 102-*septies*, comma 3, l.a.. Compresi i «dati sullo sfruttamento delle opere» degli autori e sui «proventi generati» dai prestatori: *Orientamenti*, § VII, p. 30.

(90) Gravitando la vicenda nell'area di rapporti, tra prestatore, autore ed utenti, se non contrattuali, certamente giuridicamente qualificati.

(91) S'intende: sempre in assenza di autorizzazione.

(92) Essendo «importante in particolare per tutelare la libertà d'impresa» dei prestatori: *Orientamenti*, § V, p. 10.

esigibilità prevista per nuovi prestatori nella prospettiva della agevolazione dell'accesso al mercato di nuovi operatori (93).

Dati da considerare - in questa valutazione di “contesto” inevitabilmente «caso per caso» - *sono tutte le circostanze*, appunto, del caso concreto e, *tra queste, necessariamente* «la tipologia, il pubblico e la dimensione del servizio e la tipologia» (94) delle opere protette “caricate” «nonché la disponibilità di strumenti adeguati ed efficaci e il relativo costo» per i prestatori (95). La rilevanza penale del comportamento del prestatore – nella specie di «pratica» o “facilitazione” della «pirateria» (96) - provoca, «in ogni caso», e sempre logicamente, la di esso illiceità “civile” (97).

I. Al vertice, *cooperazione ed obblighi informativi*, ancora, spiegano e giustificano, nel bilanciamento dei tra “libertà e diritti” coinvolti e stante i «limiti tecnologici esistenti» (98), la circoscrizione ai «caricamenti manifestamente lesivi» degli autori (99) dell'ammissibilità del «*blocco automatizzato*» delle opere “caricate”,

(93) V. *supra*, nt. 8. In questa chiave potrebbe pure spiegarsi la possibilità di «implementare misure differenziate e meno stringenti» per i meccanismi di reclamo prevista dallo *Schema linee guida*, § 9, p. 11, essendo concessa «anche al fine di non pregiudicare l'implementazione dei servizi forniti da tali soggetti».

(94) E, così, è ragionevole: (i) che «prestatori [...] di maggiori dimensioni e con un pubblico significativo [...] utilizzino soluzioni/tecnologie più avanzate rispetto ad altri prestatori [...] con un pubblico e risorse limitati»; (ii) che «piccoli prestatori [...] ricorrano a soluzioni più semplici (come i metadati o la ricerca di parole chiave) purché tali soluzioni non comportino un blocco eccessivo dei contenuti»; e (iii) che, in caso di «diversi tipi di contenuti, le azioni da intraprendere poss[ano] variare a seconda che il contenuto sia prevalente sul suo sito web o al contrario sia meno comune» impiegando «soluzioni più complesse in relazione al primo tipo di contenuti rispetto a quelle utilizzate per il secondo» (*Orientamenti*, § V, 2., p. 15 s.).

(95) Cosicché «non è ragionevole attendersi che i prestatori [...] applichino le soluzioni più costose o sofisticate qualora ciò risulti sproporzionato nel loro caso specifico»: *Orientamenti*, § V, 2., p. 15; pure considerando: (i) «i casi in cui i prestatori [...] acquistano soluzioni da terzi/fornitori di tecnologie o quando queste ultime sono sviluppate internamente»; (ii) «i costi cumulativi delle diverse soluzioni che un prestatore [...] potrebbe trovarsi a dover attuare, nonché i limiti delle tecnologie in funzione del tipo di contenuti», soppesando la possibilità che gli autori abbiano «sviluppato diverse soluzioni di protezione dei contenuti [...] che impongono ai prestatori [...] di utilizzare software diversi»; e (iii) la necessità di «soluzioni diverse per diversi tipi di contenuti (ad esempio, le tecnologie di riconoscimento dei contenuti per la musica potrebbero non essere le stesse che per le immagini fisse e potrebbero essere sviluppate da diversi fornitori di tecnologie)» (ivi, p. 15 s.).

(96) Sembra doversi ammettere che qualunque reato che tuteli il diritto d'autore ed i diritti connessi attivi, *ex se*, l'illiceità “civile” purché commesso dal prestatore, anche in concorso, nello svolgimento dell'attività oggetto di responsabilità “da condivisione *on line*”.

(97) Art. 102-*septies*, comma 2, l.a..

(98) *Orientamenti*, § VI, p. 24 e, a p. 23, anche i successivi virgolettati (enfasi aggiunta).

(99) Segnali della “manifesta lesività” possono trarsi da «lunghezza [e/o] dimensioni dei contenuti” “caricati”, dalla «proporzione del contenuto corrispondente/identificato in relazione all'intero caricamento (ad esempio se il contenuto corrispondente è utilizzato separatamente o in combinazione con altri contenuti)», dal «livello di modifica dell'opera (ad esempio se il caricamento corrisponde solo in parte al contenuto identificato perché è stato modificato d'utente)» (*Orientamenti*, § VI, p. 24). Non “manifestamente lesivo”, unitamente ad una valutazione di «contesto dell'uso», potrebbe allora reputarsi il “caricamento” di «un video generato da un utente comprendente un estratto di un lungometraggio o di una canzone» (ivi, p. 25). Si avverte, comunque, «un certo margine di tolleranza [degli autori] per consentire la disponibilità di alcuni contenuti non autorizzati, ad esempio estratti di film di breve durata» (ivi, p. 24, nt. 30).

conseguenza dell'impiego da parte dei prestatori di «tecnologie automatizzate per il riconoscimento» dell'utilizzo lecito di opere protette. All'evidenza, cruciale diventa l'informazione, su «contenuti specifici», dagli autori somministrate ai prestatori tanto da presumere siccome «caricamenti non manifestamente lesivi» le opere che quelli «non hanno chiesto al prestatore» di bloccare (100). Ad una «rapida verifica umana ex ante», viceversa, e sempre se tecnica «proporzionat[a] e possibile», induce il «caricamento» di opere protette che «includano contenuti la cui disponibilità potrebbe [provocare] un danno economico significativo» - se ed in quanto «adeguatamente giustificato» dagli autori (101) - ed «identificat[o] da uno strumento automatizzato di riconoscimento» (102).

J. L'insussistenza di un «obbligo generale di sorveglianza» (103) in capo al prestatore, se si tiene a mente la ricostruzione delle condizioni di liceità appena proposta, *non significata affatto assenza di specifici obblighi di sorveglianza*, all'attivazione dei quali concorre il comportamento dell'autore (104).

K. La *responsabilità* del prestatore, in caso di illiceità del di esso comportamento, normativamente significa *applicazione di tutte le disposizioni approntate per l'ipotesi di violazione del diritto d'autore e dei diritti connessi*.

L. Al bilanciamento tra «libertà e diritti» e, se così può dirsi, «chiudendo il cerchio», è riconducibile il *meccanismo*, tra autore ed utente, *di contestazione del comportamento del prestatore*; contestazione che, pertanto, si colloca *su altro piano rispetto alla responsabilità «da condivisione on line» del prestatore*.

Protagonisti sono *l'autore e l'utente* che ha «caricato» l'opera.

L'autore *deve poter obbligare il prestatore alla reazione* – nelle due forme tipiche: «rimozione» (105) e disabilitazione nonché «blocco» *ex antea* (106) – *all'utilizzo (preteso) illecito*, dovendo, conseguentemente, dimostrarlo motivando «la richiesta» (107) e costringendo (108) il prestatore ad un «verifica umana» (109), rilevante specialmente nelle ipotesi di «blocco automatizzato».

L'utente *deve poter affermare la (liceità) dell'utilizzo* contestando, con una gestione del conflitto «celere ed efficace», l'attivazione della reazione (110) che nel

(100) *Orientamenti*, § VI, p. 24.

(101) *Orientamenti*, § VI, p. 26. Aspetto, in vero e una volta in più, decisivo nell'apprezzamento del comportamento esigibile.

(102) *Ibidem*, ove la precisazione sulla sensibilità di quella verifica al «fattore tempo».

(103) Anch'esso «obbligo di risultato» prevalente sulle altre disposizioni dell'art. 17: *Orientamenti*, § II, p. 3.

(104) Gli *Orientamenti* (§ VI, p. 26), nel confermare quell'insussistenza, invitano a tenere conto «del contesto, del regime e dell'obiettivo» della disciplina e «del ruolo speciale» dei prestatori.

(105) Anche c.d. permanente.

(106) Automatico o con «verifica umana rapida» in caso di possibile «danno significativo»: *supra*, sub I..

(107) Giustificando la «natura lesiva di un caricamento specifico»: *Orientamenti*, § VI, p. 28 s.. Richiesta che può essere reiterata, in caso di rigetto, «qualora emergano nuovi elementi o circostanze che giustificino una nuova valutazione» (ivi, p. 27).

(108) Con ricorso «semplice da utilizzare e gratuito per gli utenti»: *Orientamenti*, § VI, p. 29.

(109) Art. 102-*decies*, comma 1, l.a..

(110) Art. 102-*decies*, comma 2, l.a..

mentre resta immutata (111) e, quindi, oggetto di «immediata comunicazione», del prestatore «agli utenti», adeguata, a sua volta, all'eventuale di essa contestazione; contestazione la cui ultima decisione spetta, con «meccanismo imparziale di risoluzione stragiudiziale» (112), all'AGCOM salvo, in ogni caso, il diritto di azione dinanzi all'autorità giudiziaria (113).

M. Da ultimo, due note.

La prima.

Nonostante i timori della Commissione europea (114) nell'attesa, non sembra che la sentenza della Corte di giustizia, pronunciata infine il 26 aprile 2022 (115), abbia influito sul quadro normativo appena ricostruito.

In effetti, si ammette che i prestatori sono “*de facto*” – ed allo stato della tecnica – *obbligati «a svolgere un controllo preventivo dei contenuti* che gli utenti intendono caricare sulle loro piattaforme, a condizione che essi abbiano ricevuto, da [gli autori] le informazioni o le segnalazioni» richieste dall'art. 17 direttiva 2019; conseguentemente, si riconosce *l'inevitabilità dell'uso di «strumenti automatici di riconoscimento e filtraggio»*, con ciò *limitando* l'esercizio «del diritto alla libertà di espressione e d'informazione degli utenti [dei] servizi di condivisione, garantito dall'articolo 11» della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; eppure, per la Corte, siffatta limitazione è *compatibile con la Carta* rispettando il «contenuto essenziale» di quel diritto, *essendo necessaria e rispondendo* «effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui»; ammettendo che «nell'ambito dei servizi di condivisione di contenuti on line, la tutela dei diritti d'autore deve necessariamente essere accompagnata, in una certa misura, da una limitazione nell'esercizio del diritto alla libertà di espressione e d'informazione degli utenti»; in definitiva *escludendo*, con un richiamo a principi già espressi dalla Corte, solo un «sistema di filtraggio» che *rischi di non distinguere adeguatamente tra un contenuto illecito e un contenuto lecito» in assenza di quelle garanzie* che sono state stabilite *indispensabili* per il trattamento “automatizzato” dei dati personali (116).

Si deve segnalare, ed ecco la seconda, la *perdurante applicazione della disciplina* sulla “società dell'informazione”, nella “versione”, si badi, introdotta dal regolamento sui servizi digitali (117), *qualora non si riscontri l'attività ed il referente soggettivo*

(111) Art. 102-*decies*, comma 3, l.a..

(112) Anch'esso «facile da utilizzare e gratuito per gli utenti»: *Orientamenti, loc. ult. cit.*.

(113) Art. 102-*decies*, comma 4, l.a..

(114) V. *Orientamenti*, § I, p. 1.

(115) Corte di giustizia, *Repubblica di Polonia*, 26 aprile 2022, C-401/19. I passi e i riferimenti successivi sono, rispettivamente, nei §§ 53, 54, 58, 63, 82, 86 e 85. I corsivi sono aggiunti.

(116) Individuati da Corte di giustizia, 16 luglio 2020, *Facebook Ireland et Schrems*, C-311/18, §§ 176 ss., pronuncia richiamata da Corte di giustizia, *Repubblica di Polonia*, 26 aprile 2022, *cit.*, § 67 e 85.

(117) V. *supra*, sub C., testo e note corrispondenti.

descritti (118), essendo solo *preclusa, in caso di riscontro*, l'applicazione dell'art. 16 dlgs. n. 70/2003, da intendersi quale art. 6 regolamento sui servizi digitali (119).

3. Passando, ora, al *formante giurisprudenziale*, i provvedimenti esemplari in rassegna sono stati adottati applicando il regime pre-vigente l'attuazione, con il dlgs. n. 177/2021, della direttiva 2019.

Ebbene ed intanto, delle pronunce della Corte di Cassazione disponibili, l'una, l'ordinanza del 1° dicembre 2021 (120), aderisce all'altra (seguita da un arresto più recente (121)), la sentenza del 19 marzo 2019 (122), nella quale ultima, essenzialmente, si provvede: (i) a *distinguere* tra il c.d. *hosting provider* (i.e. il prestatore) "attivo" e "passivo"; (ii) ad individuare il *comportamento* del prestatore "passivo" che comanda l'applicazione del "regime speciale" di responsabilità "ex art. 16 dlgs. n. 70/2003"; (iii) a qualificare tale *responsabilità* siccome per "fatto proprio colpevole", "attiva di concorso" e "da garanzia"; (iv) a riconoscere quale *presupposto* della fattispecie la *conoscenza* dell' "illiceità del fatto altrui"; (v) a ritenere *sufficiente* la *comunicazione* o la "notizia" da parte del "terzo il cui diritto si assuma leso", la prova della conoscenza della quale *spetta al mittente* e, se scritta, secondo "il sistema della presunzione semplice ex art. 1335 c.c."; (vi) a rimettere ad una *valutazione di fatto* e sulla base della *tecnologia disponibile* e di cui il prestatore *avrebbe dovuto disporre* l'*identificabilità* nella comunicazione o nella notizia delle opere protette "illecitamente caricate"; (vii) a ritenere obbligato il prestatore alla reazione non appena *conosciuto* l'*illecito con la comunicazione* o aliunde, *rimuovendo* l'opera protetta "illecitamente caricata" ed *impedendo* "violazioni dello stesso tipo"; (viii) nell'apprezzamento della liceità o no del "caricamento" e dell'attivazione dell'obbligo di reazione, ad *assoggettare* il *comportamento del prestatore* ai "criteri di comune esperienza alla stregua della *diligenza tipicamente dovuta*", riducendo, sotto il profilo soggettivo, l'illiceità del comportamento del prestatore al "dolo ed alla colpa grave", presupposti, in vero, nelle ipotesi di "caricamenti manifestamente illeciti"; e (ix) a costruire l'inerzia del prestatore quale *responsabilità* c.d. *ommissiva*, gravando il "titolare del diritto leso" dell'onere

(118) Per i quali è previsto un «meccanismo specifico di responsabilità» le cui disposizioni «costituiscono un insieme» non separabile: nell'ordine § 29 e § 20 Corte di giustizia, *Repubblica di Polonia*, 26 aprile 2022, *cit.* e v. pure i successivi §§ 30 e 31.

(119) *Orientamenti*, § 2, p. 2, nt. 4. Appare arduo, poi, considerare applicabili il secondo ed il terzo comma dell'art. 17 dlgs. n. 70/2003 non solo perché in buona parte sovrapponibili all'art. 102-*decies* l.a. ma poiché, come visto (*supra*, nt. 27 e 41), la di essi base (all'epoca) "comunitaria" (art. 15, § 2, direttiva 2000/31/CE) è stata sostituita del regolamento sui servizi digitali (e segnatamente dall'art. 8 nel contenuto precettivo del quale non si scorgono le regole racchiuse in quei commi).

(120) Cass. n. 39763/2021, in *banca dati* De Jure.

(121) Cass. n. 25070/2021, in *banca dati* De Jure.

(122) Cass. n. 7708/2019, in *banca dati* De Jure. Una ulteriore pronuncia si trova *ultra*, nt. 134. Merita altresì segnalazione Cass. n. 18430/2022, in *banca dati* De Jure, nella quale si conferma il provvedimento impugnato, giacché pur disapplicando il dlgs. n. 70/2003 – confinato, secondo il Tribunale, «solo alla memorizzazione di informazione commerciali fornite da» terzi – ravvisa comunque «un illecito nella condotta della società, che, notiziata della sentenza penale di condanna per diffamazione d'ill'originario proपालatore della notizia falsa, ha ommesso di provvedere alla sua deindicizzazione».

dalla prova della *conoscenza dell'illecito* indicando gli “elementi *che lo rendono manifesto*”.

Elementi, tutti questi, a cui l'ordinanza del 2021 aggiunge la *possibilità di provare la “protezione” dell'opera* con il meccanismo processuale dell'*onere del convenuto di contestazione specifica* rispetto ai fatti allegati dall'attore (123). Nella stessa linea si colloca l'arresto, recentissimo, del Cons. Stato (13 settembre 2022), in cui, tra l'altro: (i) si valorizza il carattere della condotta rilevante, dovendo avere «in sostanza l'effetto di completare ed arricchire in modo non passivo la fruizione dei contenuti da parte degli utenti»; (ii) si dà rilievo al «carattere intenzionale dell'intervento del [...] gestore» (124); da un canto, la «mera circostanza che il gestore sia al corrente, in via generale, della disponibilità illecita di contenuti protetti sulla sua piattaforma [restando insufficiente] per ritenere che esso intervenga allo scopo di dare agli internauti l'accesso a tali contenuti»; e, dall'altro, essendo diversa la «situazione [...] nel caso in cui [il] gestore, seppur informato dal titolare dei diritti del fatto che un contenuto protetto è illecitamente comunicato al pubblico tramite la propria piattaforma, si astenga dall'adottare immediatamente le misure necessarie per rendere inaccessibile tale contenuto»; e (iii) si distingue, del c.d. *hosting provider*, il «ruolo attivo nella transazione commerciale» ed il ruolo «agevolativo con servizi di “contorno” (o ancillari)».

Quanto alla giurisprudenza del merito sia cautelare sia a cognizione piena (125) - ricordato che l'illiceità dei comportamenti del prestatore, causata soprattutto da “associazioni automatiche” di “nomi” e “dati”, riguarda anche, e soprattutto ad uno sguardo storico ha riguardato, i cc.dd. diritti della personalità ed ai propri “dati personali” (126) - si può rimarcare questo:

(123) L'art. 115 c.p.c.: v. Cass. n. 39763/2021, *cit.*, §§ 6.1 e 6.2.

(124) Essendo, allora, «pertinenti, in particolare: a) il fatto che il [...] gestore, anche se sa o dovrebbe sapere che, in generale, contenuti protetti sono illecitamente messi a disposizione del pubblico tramite la propria piattaforma da utenti di quest'ultima, si astenga dal mettere in atto le opportune misure tecniche che ci si può attendere da un operatore normalmente diligente nella sua situazione per contrastare in modo credibile ed efficace violazioni del diritto d'autore su tale piattaforma; b) il fatto che detto operatore partecipi alla selezione di contenuti protetti comunicati illecitamente al pubblico; c) che esso fornisca sulla propria piattaforma strumenti specificamente destinati alla condivisione illecita di siffatti contenuti o che promuova scientemente condivisioni del genere (il che può essere attestato dalla circostanza che il [...] gestore ha adottato un modello economico che induce gli utenti della sua piattaforma a procedere illecitamente alla comunicazione al pubblico di contenuti protetti sulla medesima)»; così, ancora, Cons. Stato, 13 settembre 2022, p. 30 e, nell'ordine, a p. 17, 29, 31 e 36 i virgolettati, precedenti e successivi, nel testo.

(125) Si è consultata, essenzialmente, la *Banca dati De Jure*.

(126) Tra le varie, v. Trib. Genova, 2 agosto 2022, in *banca dati De Jure*, Trib. Milano, 25 gennaio 2011, in *banca dati De Jure*; Trib. Milano, 25 maggio 2013, in *banca dati De Jure*; Trib. Milano, 31 marzo 2011, in *banca dati De Jure*; Trib. Bergamo n. 2600/2013, in *banca dati De Jure* (sul danno non patrimoniale reputazione subito da una Onlus); Trib. Roma n. 237771/2015, in *banca dati De Jure*. Sulla diffamazione, Trib. Mantova, n. 1225/2009, in *banca dati De Jure*, distingue la posizione del «content provider da quella dell'host provider, sussistendo la responsabilità risarcitoria del primo e l'irresponsabilità del secondo per gli illeciti eventualmente posti in essere on line, salvo l'obbligo dell'host provider di rimuovere il dato illecito di terzi di cui sia venuto a conoscenza». Cfr., infine e più di recente, App. Firenze, n. 862/2018, in *banca dati De Jure*, secondo la quale «finché il dato illecito è sconosciuto al service provider, questo non può essere considerato quale titolare del trattamento» dei dati sensibili.

a) si assiste da un affinamento dei *comportamenti del prestatore rilevanti* e dei *provvedimenti conseguenti dell'Autorità giudiziaria*.

Nel dettaglio, (1) non responsabile del “caricamento illecito” di opere protette è il prestatore di servizi di “*miglioramento delle performance in rete e di innalzamento dei livelli di sicurezza*” di siti *internet* ove quel “caricamento” è stato effettuato (servizio di *Content Delivery Network*; c.d. CDN), limitandosi ad “agevolare” la fruizione di dati (*in thesi*) illeciti perché relativi ad opere protette; ciò *in assenza di prova del concorso cosciente nella loro illecita pubblicazione* (127); (2) è conforme al divieto dell'obbligo generale di sorveglianza *la responsabilità del prestatore “inerte” a fronte di una specifica segnalazione* (128), in grado, poi, di attivare l'obbligo di reazione (129) per «illeciti fenomenologicamente identici, in ripetuta e plateale violazione di diritti di proprietà intellettuale, iterativamente perpetrati nonostante le pregresse pronunce dell'autorità giurisdizionale e amministrativa, semplicemente mutando la declinazione del sito a dominio»; tanto assicura, in uno con il sistema delle *astreintes* e della pubblicazione del provvedimento, *l'effettività della tutela inibitoria*, colpendo pure le violazioni future (130) volte ad eludere «la portata imperativa delle inibitoria anteriormente emessa attraverso espedienti tecnologici»; la *scelta tecnologica* per evitare la reiterazione essendo *rimessa al prestatore*, il quale, si scrive, non è “autore dell'illecito” ma mero “intermediario” (131); (3) ciò non dimeno, per un verso, si è sostenuto *il contrasto con la libertà di impresa del prestatore* del «sistema di filtraggio automatico» di «contenuti sulle comunicazioni elettroniche in relazione a possibili, future violazioni», postulandosi (si ritiene: *inammissibilmente*) la «tutela di diritti non ancora venuti in essere»; “libertà” di impresa che coesiste con il “diritto d'autore”, il diritto alla “privacy” e la “libertà di informazione”, diritti e libertà, tutti, in posizione “pariordinata” (132); per l'altro, si concede che «una volta accertato in sede giudiziale che è possibile impedire il caricamento di video già caricati utilizzando delle funzionalità tecniche minime [il prestatore] deve attivarsi dando corso a tutte le proprie conoscenze e utilità informatiche, nonché a tutte le proprie risorse umane e materiali, per eseguire il comando normativo e giudiziario, essendo a ciò tenut[o], sia dall'obbligo generale di adempiere agli ordini normativi e giudiziari, sia dai canoni di

(127) V. Trib. Roma, 12 maggio 2022, inedita.

(128) Che Trib. Roma, 16 febbraio 2012, in *banca dati De Jure*, ha reputato «obbligo specifico e a posteriori di sorveglianza»; ugualmente App. Milano, n. 29/2015, in *banca dati De Jure*.

(129) Non essendo necessario «un apposito ordine dell'autorità giudiziaria»: Trib. Roma, 11 febbraio 2010, in *banca dati De Jure*.

(130) Non essendo sufficiente un “oscuramento soltanto temporaneo” con «il concreto rischio di reiterazione dell'illecito»: Trib. Roma, 16 febbraio 2012, *cit.*.

(131) Trib. Milano, (ord.) 8 maggio 2017, inedita, ove a p. 10 s. e p. 16 i virgolettati nel testo.

(132) Trib. Roma, 13 dicembre 2011, in *banca dati De Jure*. Altro ancora essendo il «servizio automatico [...] consistente nella creazione di una scheda sull'attività di un professionista»; servizio per il quale, per certi versi specularmente, il prestatore «non è tenuto a svolgere alcun ruolo di filtraggio delle comunicazioni elettroniche» né a dover rimuovere, «sulla base della sola istanza del professionista, recensioni negative che non risultino oltraggiose»: Trib. Roma, 1° febbraio 2019, in *banca dati De Jure*.

diligenza, cooperazione e buona fede ex artt. 1173, 1375 e 1176 del c.c.» (133); (4) l'attività di c.d. *mere conduit* (che può consistere nel servizio di c.d. CDN) è soggetta all'*inibitoria* quando contribuisce, sebbene meramente conservando temporaneamente dati statici, a *consentire a terzi l'azione illecita* (134); (5) il prestatore può svolgere funzioni di c.d. *hosting* sia "attivo" sia "passivo", *secondo i casi*, lo svolgimento di quelle "passive" dovendo essere *dimostrato dal prestatore* (135); (6) un'*attività non è "neutrale"*, e quindi di c.d. *hosting* "attivo", qualora il prestatore svolga "*calibrazione e profilazione*" quand'anche «effettuate ex ante [...] *solo a mezzo cookies*», ciò non escludendo «un disegno preventivo finalizzato alla gestione/manipolazione complessiva del materiale caricato» essendo *«sempre l'uomo, secondo schemi*

(133) Trib. Torino n. 1928/2017, in *banca dati De Jure*, p. 40; v. pure App. Milano n. 29/2015, *cit.*, §§ 64 ss..

(134) Trib. Milano, (decr.) 22 maggio 2019 e Trib. Milano, 19 novembre 2021, inedite e Trib. Milano, 30 settembre 2020, inedita; v. anche Trib. Milano, (ord.) 24 luglio 2017, inedita. Per la sussistenza, comunque, dell'obbligo di "rimozione" al momento della conoscenza del contenuto illecito di specifici siti, v. Trib. Roma n. 90007/2011 in *banca dati De Jure*. Secondo Cass. n. 7709/2019, in *banca dati De Jure*, «la responsabilità del cd. caching [...] sussiste in capo al prestatore [...] che non abbia provveduto alla immediata rimozione dei contenuti illeciti, pur essendogli ciò stato intimato dall'ordine proveniente da un'autorità amministrativa o giurisdizionale».

Sulla distinzione tra le diverse attività di c.d. *hosting*, cfr.: (i) Trib. Milano, 3 marzo 2020, in *banca dati De Jure*, che reputa attività di c.d. *hosting* "attivo" lo sviluppo «di un'applicazione (nella specie un videogioco) che arricchisce i contenuti multimediali caricati dagli utenti mediante attività sistematiche di organizzazione e profilazione»; (ii) Trib. Milano, 19 ottobre 2020, in *banca dati De Jure*, per il quale è un prestatore "attivo" chi fornisca un servizio di «marketplace online» qualora, benché non «venda direttamente i prodotti», ne «curi [...] l'attività logistica, il servizio clienti e l'attività promozionale (anche mediante inserzioni sui siti internet di terzi), concorrendo ad ottimizzare la promozione delle offerte di vendita e consentendo ai consumatori di inferire l'esistenza di un legame tra [il prestatore] e l'azienda cui afferiscono i prodotti»; (iii) App. Roma, 2835/2017, in *banca dati De Jure*, per la quale «sussiste la responsabilità del provider c.d. attivo (content-provider), quando l'attività, lungi dal limitarsi a un servizio neutro di hosting provider, si concretizza in un servizio di intrattenimento audiovisivo, in concorrenza con l'attività imprenditoriale del titolare dei diritti d'autore sui contenuti diffusi, mediante la cernita e la diffusione, a fini economici, di tali contenuti», giacché la «cernita dei contenuti audio video da collegare alla pubblicità in base ai dati di maggiore o minore visione [...] palesa l'interesse diretto [del prestatore] alla natura ed al tipo di contenuti esistenti nella propria piattaforma digitale per l'anzidetto scopo [...] di tornaconto economico», essendo, quindi, «ravisabile un'attività volontariamente finalizzata a concorrere o cooperare col terzo nell'illecito» (non diversamente, Trib. Roma, n. 8437/2016, in *banca dati De Jure*); e (iv) Trib. Roma, 27 aprile 2016, in *banca dati De Jure*, che confina all'attività di c.d. *hosting* "passivo" i soli prestatori che non «intervengano in alcun modo sul contenuto caricato dagli utenti, che viene, quindi, pubblicato automaticamente senza alcuna elaborazione».

Sul gestore di motori di ricerca v. Trib. Roma, 22 marzo 2011, in *banca dati De Jure*, secondo cui quello, essendo «caching provider», non «svolge un ruolo attivo nella selezione e posizionamento delle informazioni richieste dall'utente». V., infine, App. Milano n. 29/2015, *cit.*, § 38, secondo cui la nozione di c.d. «hosting attivo risulta fuorviante [...] in quanto non si addice ai servizi di "ospitalità in rete"», e Tar Roma, n. 11036/2021, in *banca dati De Jure*.

(135) Trib. Roma, 22 gennaio 2021, in *banca dati De Jure* e Trib. Roma n. 14757/2019, in *banca dati De Jure*, p. 20. La prova dello "stato" «di mero "service provider" rispetto ai contenuti ritenuti illeciti pubblicati» sul sito spetta al prestatore essendo, in difetto, «responsabile di tali contenuti in qualità di "content provider" e deve rispondere del danno causato dalla pubblicazione degli stessi»: Trib. Catania, 29 giugno 2004, in *banca dati De Jure*.

ben precisi, [a] profila[re] i cookie di profilazione» (136); e, per la “perdita di neutralità” nello svolgimento dell’attività, non è necessaria «una conoscenza personale e diretta del contenuto illecito» da parte del prestatore bastando l’idoneità dei «mezzi tecnologici utilizzati «a conferirgli la conoscenza o il controllo dei dati memorizzati» (137); (7) per il prestatore “attivo” è irrilevante la comunicazione da parte del danneggiato ai fini della prova della conoscenza dell’illiceità delle opere protette e “caricate” (138); e, così in parte simmetricamente, la dimostrazione dell’ «effettiva conoscenza dei contenuti illeciti [...] rende irrilevante verificare se l’attività [del prestatore] sia riconducibile alla figura» del prestatore “attivo” o “passivo”, entrambi, in tal caso, dovendo «attivarsi al fine di consentire la pronta rimozione» di quei contenuti o «per impedire l’accesso» a questi (139); (8) sovente v’è, nelle piattaforme di condivisione on line, una dissociazione tra il gestore di queste, con cui gli utenti che hanno un rapporto radicato in un contratto e che è responsabile in quanto tale del “caricamento illecito” di opere protette, ed il prestatore che il sito di queste “gestisce”, soggetto di conseguenza e quale internet service provider (quindi: in quanto prestatore) alla relativa disciplina (140); (9) sempre, in caso di attività di condivisione svolta nelle piattaforme on line, la “direzione” della comunicazione verso un “pubblico nuovo”, un potenziale indeterminato numero di clienti della piattaforma privi di diritti sull’opera protetta (141), testimonia un’attività l’aumento di valore della quale dipende dall’attrarre un maggior numero di utenti (c.d. effetto di rete) (142) incompatibile con la “neutralità” dell’intervento del prestatore; (10) la diligenza esigibile del prestatore dipende dallo stato della tecnica (143); e ciò pure in ordine all’estrazione, segnalati gli “URI” dall’autore, dalle opere protette delle «impronte digitali necessarie per individuare e rimuovere anche ulteriori contenuti» relativi a quelle; non trovandosi, il prestatore, più in generale, in una posizione di garanzia (144); (11) non è parso ammissibile, in mancanza di specifica segnalazione, calibrare l’inibitoria sui cc.dd. alias, su, cioè, tutti i “siti” riconducibili al prestatore responsabile che presentino una radice

(136) Trib. Roma, 27 giugno 2019, inedita, p. 22 s. (enfasi aggiunta).

(137) Trib. Roma, 5 dicembre 2018, inedita, p. 18 (enfasi aggiunta).

(138) V. Trib. Roma, n. 18727/2019, in *banca dati De Jure*.

(139) Trib. Roma, 13 marzo 2019, inedita, p. 11 s. (enfasi aggiunta).

(140) Tra le molte, v. Trib. Roma, 20 gennaio 2021, *cit.* Sulla necessità di dimostrare (sia pur ad altri fini) la «riconducibilità [...] della proprietà e, soprattutto, della gestione della piattaforma internet [...] grazie alla quale sarebbero state commesse le violazioni contestate», v. Cons. Stato, 13 settembre 2022, inedita, p. 22.

(141) Trib. Roma, (ord.) 27 giugno 2018, inedita.

(142) Trib. Roma, n. 693/2019, in *banca dati De Jure*.

(143) *Ibidem*. Già per Trib. Roma, 22 marzo 1999, in *banca dati De Jure*, l’ “evidenza illecita” (nel caso di specie in tema di concorrenza sleale) del «contenuto [...] delle comunicazioni e dei messaggi [...] immessi in un sito» integra la «responsabilità per colpa» del prestatore, concorrendo causalmente «alla commissione dell’illecito stesso»; non diversamente, Trib. Catania, 29 giugno 2004, *cit.*, secondo il quale il prestatore «è responsabile per l’illecito in materia di diritto d’autore commesso attraverso il sito da lui gestito soltanto quando abbia consapevolezza del carattere antiguridico dell’attività svolta dall’utente: si tratta [...] di responsabilità soggettiva, non essendo estensibile analogicamente al [prestatore] la responsabilità in sostanza oggettiva prevista per il «responsabile editoriale per gli illeciti commessi a mezzo stampa, stante la concreta imponibilità di operare una verifica dei dati trasmessi da tutto il mondo sul sito “de quo”».

(144) Trib. Napoli, 4 novembre 2016, in *banca dati De Jure*.

comune (145); posizione successivamente *disattesa* muovendo dalla *Communication from the Commission to the Institutions on Guidance on certain aspects of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council on the enforcement of intellectual property rights* (146);

b) sul comportamento di “segnalazione” dell’autore, si è sostenuto (1) la di essa *irrelevanza se posteriore* ai comportamenti contestati (147); (2) la possibile *irrelevanza della indicazione degli “URL”* o dei «dati identificativi con cui i singoli programmi sono caricati sul portale» (148), dovendosi applicare il «principio di buona fede ex art. 1375» c.c.; *bastando*, ad esempio, per integrare la “comunicazione” o lo stato di conoscenza “dei fatti” (149), *la richiesta al prestatore di eliminazione* dal «portale di tutti i contenuti relativi ad una determinata trasmissione, segnalando il titolo della trasmissione e anche [i] dati caratterizzanti» (150), elementi ritenuti “specificamente descrittivi” dei “contenuti illeciti” (151);

c) la responsabilità del prestatore è stata qualificata *extra-contrattuale* e con “condotte dagli effetti territorialmente pluri-offensivi”, rilevando il luogo dove l’evento lesivo si verifica e restando, al contrario, *indifferente l’inutilizzo dei sistemi di reclamo* predisposti dal prestatore da parte di chi lamenta l’illecito, *non intercorrendo tra loro rapporti contrattuali* (152);

d) *incertezze* si riscontrano sulla *quantificazione del danno*, benché sia stato proposto *l’utilizzo del criterio* «del prezzo per ogni contenuto pubblicato illecitamente parametrato al tempo di visualizzazione del programma, *il c.d. minutaggio*», collegato a *un criterio di equità, comprensivo* degli “utili realizzati dal prestatore tramite lo sfruttamento pubblicitario” dell’opera protetta ma “illecitamente caricata”; criterio, s’è opinato, più convincente rispetto a quello c.d. *a condivisione del fatturato* fra

(145) V. Trib. Milano, 27 luglio 2016, in *banca dati* De Jure.

(146) Cfr. Trib. Milano, 11 giugno 2018, in *banca dati* De Jure, § 18.

(147) Cfr. Trib. Roma, 12 maggio 2022, *cit.*.

(148) Indicazione, però, imprescindibile quando la titolarità si limiti ad alcuni diritti sull’opera protetta ed ad “alcuni territori”, potendo così «legittimamente essere esercitati da terzi anche attraverso le reti telematiche» e, quindi, dovendosi distinguere quelli provenienti da soggetti legittimati da quelli abusivi: Trib. Roma, 16 giugno 2011, in *banca dati* De Jure (ove, a p. 8, le parole in esponente).

(149) E v. Trib. Roma, 27 aprile 2016, *cit.*. Per Trib. Roma n. 3512/2019, in *banca dati* De Jure, in caso di «evidenti risultanze documentali» spetta al prestatore fornire, «in via alternativa, valida dimostrazione del fatto di essersi trovat[o] nella situazione giuridica oggettiva di non conoscibilità *ex post* dei contenuti illeciti segnalati» dall’autore (le parole in esponente sono a p. 20).

(150) Trib. Roma, 22 gennaio 2021, *cit.*, p. 20 (enfasi aggiunta). Cfr. anche Trib. Roma, n. 14757/2019, *cit.*, p. 26 s. nonché Trib. Roma, n. 3512/2019, *cit.*; prima ancora Trib. Roma 20 ottobre 2011, in *banca dati* De Jure, riferendosi alla «manifesta [...] illiceità»; v. anche Trib. Roma n. 17278/2020, in *banca dati* De Jure. Sull’interazione tra il diritto per l’autore di ottenere, in via d’urgenza, «l’ostensione dei dati anagrafici degli assegnatari degli indirizzi IP che sulla base dei dati raccolti in rete appaiono autori di condotte illecite» - diritto titolato dall’art. 156-bis l.a. - ed il diritto alla riservatezza, v. le contrastanti posizioni di Trib. Roma, 18 agosto 2006, in *banca dati* De Jure (ove le parole in esponente) e Trib. Roma, 14 luglio 2007, in *banca dati* De Jure.

(151) V. App. Milano, n. 29/2015, *cit.*, § 55, reputando inidonea una «diffida generica per nome o titolo commerciale dell’opera».

(152) Cfr. Trib. Roma, 12 maggio 2022, *cit.*.

prestatore ed autore *calcolando il c.d. prezzo del consenso*; più convincente stante l'intrinseca variabilità connesse alle (*in thesi*) diverse "posizioni di mercato" dei protagonisti (153). Per altro verso, *la difficoltà della quantificazione del danno*, in sede cautelare, *integra il periculum in mora*, sussistente proprio «in considerazione dell'idoneità della condotta [apparentemente illecita del prestatore] a produrre danni di difficile quantificazione (quali la violazione del diritto di esclusiva e di immagine) e di difficile rimozione (perdita irreversibile di quote di mercato)» (154);

e) *il comportamento illecito del prestatore* per il "caricamento" di opere protette *può centrarsi sui segni distintivi*, e in particolar modo sul marchio, a condizione che l'uso (asserito) illecito degli stessi *sia collegato agli interessi da quelle "riserve" tutelate*, aprendosi lo spazio concettuale per l'applicazione della disciplina della concorrenza sleale purché sia riscontabile un rapporto concorrenziale (155); e

f) *sul prestatore è allocato l'onere della prova delle eccezioni e limitazioni* (156).

(153) Trib. Roma, 22 gennaio 2021, *cit.*. V., però, per l'applicazione del c.d. prezzo del consenso "corretto" con l'equità, Trib. Roma n. 18727/2019, *cit.*, e Trib. Roma, 13 luglio 2016, inedita; nonché Trib. Roma, n. 8437/2016, *cit.*, in una ipotesi di un servizio in cui appariva ragionevole distinguere un compenso fisso (per accedere "a porzioni di library") da un compenso variabile (in rapporto al "successo pubblicitario"), propendendo, prudenzialmente ed in mancanza di dati attendibili, per solo compenso fisso; negli stessi sensi v., inoltre, Trib. Roma, 20 gennaio 2021, in *banca dati* De Jure. Valutando inadeguati rispetto al caso concreto gli altri, si affida al criterio equitativo, specificato nel «prezzo per ogni contenuto pubblicato parametrato al minutaggio», Trib. Roma, n. 14757/2019, *cit.*, p. 25 s. (ed. *ivi*, a p. 26, le parole in esponente). Per Trib. Milano, 3 marzo 2020, *cit.*, il criterio di liquidazione del danno «fondato sul parametro della retroversione degli utili non può essere utilizzato quando non sussistono elementi che lascino presumere un incremento patrimoniale che sia diretta conseguenza della violazione della privativa» ed è comunque necessario aver riguardo a «rinomanza dell'opera» e all'effettivo «periodo di riproduzione invito domino».

(154) Trib. Roma, (ord.) 27 giugno 2018, p. 10.

(155) *Ibidem*. E, per l'accertamento di quel rapporto, nel caso in cui il prestatore «in diretta concorrenza con l'attività» dell'autore «ha conseguito un illegittimo vantaggio economico attraverso la vendita di spazi pubblicitari in associazione alla diffusione» delle opere protette, v., Trib. Roma, 13 luglio 2016, *cit.*, p. 9. In tali ipotesi e per la concessione in via cautelare dell'inibitoria, rinviando alla sede di merito l'eventuale accertamento della responsabilità del prestatore, cfr. Trib. Milano, (ord.) 13 giugno 2017. Peraltro, Cons. Stato n. 3851/2021, in *banca dati* De Jure, stima compatibile professionista, «ai sensi della normativa sulle pratiche commerciali scorrette», e «hosting provider»; e v. Cons. Stato, 15 settembre 2022, *cit.*, p. 15, per la precisazione del necessario coordinamento tra la normativa sulle pratiche commerciali scorrette e quella di «hosting provider», essendo, da un lato, «possibile sanzionare le condotte che violano le regole della correttezza professionale» e, dall'altro, interdetto l'imposizione «mediante l'applicazione della disciplina sulle pratiche scorrette [...] all'hosting provider [di] prestazioni non previste dalla disciplina sul commercio elettronico e dallo specifico contratto concluso». Resta non esigibile per il prestatore la 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»: Trib. Palermo, 7 giugno 2013, in *banca dati* De Jure.

(156) Per gli artt. 65 e 70 l.a., v. Trib. Roma, 13 luglio 2016, *cit.*, l'integrazione delle quali, nel caso di specie, è stata, comunque, esclusa dal fine commerciale riconosciuto dal prestatore. Che la responsabilità del prestatore non si applichi al «soggetto che consente la realizzazione di una enciclopedia on-line le cui voci sono opera del pubblico e sono da quest[*i*] modificabili», quello limitandosi a «offrire ospitalità ad informazioni fornite dal pubblico degli utenti», è stato sostenuto da Trib. Roma, 9 luglio 2014, in *banca dati* De Jure.

4. Concludendo con qualche battuta finale:

- nel dialogo tra disciplina vigente e giurisprudenza a diritto “pre-vigente”, la “presenza” *nelle* regole legali di vincoli per riconoscere prestatore, attività, comportamento esigibile e del regime delle contestazioni tra autore ed utente sarà di certo di massimo ausilio; e così, al vertice, lo sarà la stessa “presenza” di regole legali. Ciò non dimeno la “presenza” di *regole legali* che *obbligano alla cooperazione prestatori ed autori* - obblighi che, come visto, “misurano” i comportamenti dovuti, reciprocamente e verso gli utenti - segna *una discontinuità tutta da indagare*;

- per converso, l’“assenza” di regole legali sulla *selezione dei criteri per liquidare il danno* da responsabilità da “condivisione *on line*” impone e stimola l’indagine sulla ricerca di *punti di equilibrio tra punizione, deterrenza, riparazione e compensazione* in caso di diritti violati e di inadempimento ad obblighi legali; indagine funzionale, anche per questo rispetto, ad un’*armonizzazione nel trattamento giurisprudenziale* di attività economiche *nello spazio giuridico europeo*.

ABSTRACT

The essay analyzes the new liability regime of the provider of online content sharing services for the use of protected content due to Directive (EU) 2019/790 and to the relevant Italian transposition. The study is conducted through the deepening of the legal rules, European and domestic, as well as the available judgments.