



# **Università degli Studi di Padova**

Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto

Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

Anno accademico 2021/2022

**DIRITTO D'AUTORE E VIOLAZIONI ONLINE:  
RESPONSABILITA' DEGLI INTERMEDIARI DEI SERVIZI  
INTERNET  
DALLA DIRETTIVA 2000/31/CE ALLA DIRETTIVA 2019/790/UE**

Relatrice: prof.ssa Francesca Benatti

Laureanda: Giorgia Lucchetta  
Matricola n.: 1100438

*Ai miei genitori,  
a cui dedico ogni sorriso,  
ogni lacrima e ogni energia spesa in questo percorso.  
Senza di voi nulla di tutto ciò sarebbe mai stato possibile.  
Questo traguardo è anche, soprattutto, vostro.  
Siete la mia vita.*

*A Elia,  
perché grazie a te ho ricominciato a respirare,  
a vivere,  
ad amare,  
a credere in me stessa.  
Il tuo amore è il dono più grande.*

*A mia nonna,  
perché se ho tenuto duro in questi anni,  
l'ho fatto anche per te.  
Deluderti non è mai stata un'opzione.*

*A me stessa,  
per non aver ceduto.*

<b>INTRODUZIONE .....</b>	<b>4</b>
<b>CAPITOLO I.....</b>	<b>9</b>
<b>Introduzione al diritto d'autore: genesi, sviluppo ed evoluzioni della materia</b>	<b>9</b>
1.1    Fisionomia e genesi del diritto d'autore.....	9
1.2    Dall'invenzione della stampa e il sistema dei privilegi verso lo Statute of Anne.....	12
1.3    Copyright e diritto d'autore: due modelli a confronto .....	16
1.4    Uno sguardo al contesto statunitense .....	22
1.5    Il principio di territorialità e Convenzione di Berna: tentativi di armonizzazione .....	25
1.6    Il processo di armonizzazione prosegue: gli altri accordi internazionali.....	28
1.7    L'impatto della rivoluzione digitale sul diritto d'autore .....	32
1.8    Il contesto normativo europeo su cui si innesta la recentissima direttiva 2019/790/UE.....	37
<b>CAPITOLO II .....</b>	<b>40</b>
<b>Diritto d'autore: una fattispecie complessa. Nozione di «opera»; contenuto e caratteristiche della tutela. ....</b>	<b>40</b>
2.1    La complessità definitoria dell'opera d'ingegno.....	40
2.2    La definizione di opera nella sentenza Levola-Hengelo e le sue intrinseche criticità .....	43
2.3    Idea vs. expression dichotomy: distinzione tra contenuto e forma. La forma espressiva.....	49
2.4    Il carattere creativo dell'opera: il dibattito della giurisprudenza italiana e comunitaria .....	55
2.5    La struttura dualistica del diritto d'autore: il contenuto della tutela ..	62

<b>CAPITOLO III.....</b>	<b>68</b>
<b>La tutela dell’opera dell’ingegno in rete: violazione del diritto d’autore online e responsabilità degli Internet Service Providers (ISP).....</b>	<b>68</b>
3.1    Nuovi spunti e riflessioni alla luce della rivoluzione tecnologica .....	68
3.2    L’illecito online: il problema dell’individuazione del soggetto responsabile.....	78
3.3    Una risposta plausibile: gli Internet Service Providers .....	82
3.4    Il regime di responsabilità degli Internet Service Providers .....	88
3.4.1    Lettura comparatistica del panorama antecedente alla Direttiva 2000/31/CE .....	88
3.4.2    Digital Millenium Copyright Act e O.C.I.L.L.A .....	96
3.4.3    La direttiva 2000/31/CE, nota come Direttiva e-commerce .....	104
3.4.4    Sezione 4: Responsabilità dei prestatori intermediari. Articolo 12, «mere conduit».....	108
3.4.5    Sezione 4: Articolo 13, «Memorizzazione temporanea detta caching» 111	
3.4.6    Sezione 4: Articolo 14, «Hosting» .....	115
3.4.7    Sezione 4: Articolo 15, «Assenza dell’obbligo generale di vigilanza» 123	
 <b>CAPITOLO IV .....</b>	 <b>131</b>
<b>La Direttiva UE 2019/790 .....</b>	<b>131</b>
4.1    Il delicato e tortuoso percorso dalla Direttiva 2000/31/CE alla Direttiva UE 2019/790. ....	131
4.2    La Proposta di Direttiva sul diritto d’autore nel mercato unico digitale: l’art.13 .....	142
4.3    La Direttiva UE 2019/790 e l’art. 17 .....	146
4.4    Ambito soggettivo di applicazione dell’art. 17 .....	148
4.5    Ambito oggettivo di applicazione dell’art. 17.....	151
4.6    La responsabilità degli «o.c.s.s.p.» in mancanza di autorizzazione.	159

4.6.1	Alcune riflessioni conclusive .....	166
4.7	Ulteriori disposizioni presenti all'art. 17 della Direttiva UE 2019/790 169	
	<i>Bibliografia</i> .....	<i>175</i>

## INTRODUZIONE

Questo lavoro nasce dalla volontà di approfondire una materia relativamente recente, eppure articolata e complessa: il diritto d'autore.

La creazione intellettuale e l'opera dell'ingegno, infatti, svolgono un ruolo di preminente importanza tra le attività produttive poste in essere dall'uomo, le cui insopprimibili esigenze creative non hanno mai smesso di essere celebrate in una molteplicità di forme e vesti differenti nel corso della storia.

Non stupisce allora, considerando l'ambizione dei moderni sistemi normativi di garantire un'idonea regolamentazione ad ogni attività umana giuridicamente rilevante, il posto che tale disciplina è riuscita nel tempo a riservarsi anche in ambito giuridico.

Per questo motivo ho dedicato il primo capitolo della presente trattazione a un breve *excursus* relativo alle trasformazioni storiche della disciplina. L'obiettivo è quello di delineare la cornice entro la quale nacque e prosperò l'interesse per la tutela del diritto d'autore, rendendo conto delle diverse tappe evolutive – nonché delle varie spinte ideologiche, sociali e culturali – che portarono a un inquadramento dogmatico e sistematico della materia.

In questo modo si vogliono fornire delle conoscenze utili per comprendere, da un lato, l'effettiva portata dei successivi sviluppi dell'istituto, il cui contesto di riferimento, a seguito dell'avvento dell'era digitale, risultò profondamente mutato rispetto alle sue origini; dall'altro, i motivi per i quali vennero alla luce modi diversi di intendere e disciplinare la tutela degli autori delle opere dell'ingegno. Adottando una prospettiva comparatistica, che è senz'altro una chiave di lettura essenziale per valutare opportunamente l'evoluzione del nostro argomento di discussione, è possibile riscontrare, infatti, una palese frattura tra i sistemi giuridici di *common law* e quelli, al contrario, di *civil law*. Il primo capitolo mira, allora, a far emergere i due diversi modelli di riferimento, quello del *copyright* anglosassone e quello continentale del diritto d'autore, giustificandone le principali differenze; al contempo intende rievocare i tentativi di conciliazione realizzati a livello internazionale ed

europeo, quali importanti occasioni di sviluppo e progresso della materia, ed evidenziare l'importanza dell'impatto della rivoluzione tecnologica sulla disciplina.

Una volta acquisita dimestichezza con il quadro storico e giuridico di riferimento, il secondo capitolo svolge, invece, una funzione definitoria. Il suo scopo, infatti, è quello di rievocare gli sforzi compiuti dalla dottrina e dalla giurisprudenza nel tentativo di fornire una definizione univoca e universalmente condivisa di «*opera dell'ingegno*», indicandone le caratteristiche essenziali, nonché il contenuto della tutela che gli ordinamenti giuridici intendono garantire in capo agli autori delle stesse.

Il capitolo che segue tratterà le violazioni del diritto d'autore poste in essere nel contesto digitale, soffermandosi in particolar modo sui soggetti a cui è possibile imputarne la responsabilità. Gli ordinamenti giuridici di tutto il mondo, infatti, hanno cercato di elaborare delle valide risposte normative, spesso affini tra loro, per contrastare efficacemente il fenomeno dell'illecito *online*, senza tuttavia pregiudicare eccessivamente le prerogative e le esigenze sottese al mondo di Internet. Se, però, alcune discipline, come quella statunitense, limitano il proprio raggio d'azione ai soli illeciti *online* che integrino una violazione del diritto d'autore; la disciplina che più ci coinvolge da vicino, quella europea, ha esteso a lungo i propri domini a qualsiasi illecito compiuto sul *web*, regolando in un'unica direttiva – quella sul commercio elettronico – tutte le possibili violazioni realizzabili dagli utenti *online*, per mezzo dei servizi messi a disposizione dai *providers*, sia che esse coinvolgessero il diritto d'autore, sia che, viceversa, toccassero altre realtà, sempre attinenti al mondo della proprietà intellettuale, come le violazioni di marchi e brevetti, ma anche a esso completamente estranee, come gli episodi di diffamazione posti in essere dall'utente avvalendosi del servizio Internet. Alla luce di queste considerazioni, si è ritenuto assolutamente necessario isolare il fenomeno del diritto d'autore e identificarlo quale unico argomento di interesse ai fini della presente trattazione.

Si tratta, infatti, di una materia che accoglie diverse forme creative, ma che non può dirsi infinitamente estesa: tentare di delimitarne i confini e di chiarirne la portata è apparso fin da subito un obiettivo di prioritaria importanza. Per questi motivi, prima di trattare il profilo patologico della materia, attinente alle violazioni del diritto

d'autore, è sembrato opportuno delineare chiaramente la fattispecie in esame, definendone l'ambito di applicazione ed esaminandone la struttura e il contenuto. D'altronde, per comprendere quando si concretizzi realmente un illecito utilizzo dell'opera dell'ingegno, è necessario sapere, innanzitutto, quando essa effettivamente sussista e quando, viceversa, la disciplina non possa trovare applicazione per assenza del suo oggetto. Sono stati così affrontati i concetti di «*originalità*», «*creatività*» e «*forma espressiva*», seguendo la strada percorsa dalla nutrita giurisprudenza europea e nazionale elaborata sul tema, per poi specificare brevemente quali forme di tutela la legge italiana garantisca alle creazioni dell'intelletto umano inquadrabili nella fattispecie in tal modo descritta. Nel nostro ordinamento, infatti, il diritto d'autore assume una struttura dualistica, distinguendo tra «*diritti di utilizzazione economica*» e «*diritti morali*», di cui si è cercato di dare una lettura d'insieme.

Il terzo e il quarto capitolo sono dedicati, nello specifico, alle violazioni del diritto d'autore *online* e alla responsabilità dei fornitori dei servizi *web*: gli Internet Service Providers, noti anche con l'acronimo ISP.

La scelta di approfondire una particolare tipologia di violazioni del diritto d'autore, quelle poste in essere nel mondo digitale da parte degli utenti dei servizi Internet, è dovuta alla personale convinzione che la rete Internet, e le piattaforme ivi operanti, costituiscano ormai il più importante luogo di diffusione delle opere d'autore.

Lo sviluppo delle tecnologie digitali e delle reti telematiche, infatti, ha potenziato enormemente le possibilità di creazione, comunicazione e circolazione delle opere dell'ingegno, consentendone l'accesso a un numero sempre più esteso di persone. Se, da un lato, tutto ciò ha moltiplicato le possibilità di fruizione delle produzioni creative, dall'altro ha determinato un considerevole e inevitabile aumento delle ipotesi di divulgazione non autorizzata di opere protette dal diritto d'autore.

In un primo momento, dunque, si è cercato di dar conto dell'impatto travolgente che la rivoluzione tecnologica ha prodotto sull'utilizzazione delle opere dell'ingegno e, di conseguenza, sull'approccio normativo alla materia. Fin da subito è emersa la profonda difficoltà, per gli ordinamenti giuridici, di assicurare un adeguato bilanciamento di tutti gli interessi coinvolti nella dimensione virtuale: da un lato tutelare l'indipendenza e l'autonomia della rete, la libertà d'informazione e gli



altri diritti del cd. cittadino digitale, dall'altro consentire un effettivo ed efficace controllo sui contenuti diffusi *online*, senza compromettere, con ciò, la posizione di coloro che operino sul *web*.

Si è così voluto ricostruire, alla luce delle diverse problematiche emerse in itinere, il complesso percorso argomentativo che ha portato a ravvisare negli *Internet Service Providers*, in funzione del ruolo da essi svolto nella rete, un plausibile centro di imputazione di responsabilità.

Successivamente si è analizzata, in chiave comparatistica, la genesi della disciplina nordamericana ed europea in materia di violazioni del diritto d'autore *online*, per poi esaminare nel dettaglio i primi e più importanti provvedimenti normativi elaborati sul tema: il *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA) e la Direttiva sul commercio elettronico 2000/31/CE.

In particolare, si è voluto rendere conto, tenendo in considerazione l'innegabile familiarità esistente tra i due testi di legge, delle differenze e delle somiglianze tra questi intercorrenti.

Si è osservato, allora, come la scelta portata avanti tanto dal legislatore statunitense, quanto da quello europeo, sia stata quella di prevedere specifiche aree di esonero di responsabilità – *safe harbors* – per i *providers*, operanti a seconda della tipologia di attività da essi svolta sul *web*. Si è parlato, allora, dell'attività di *mere conduit*, *Transitory Digital Network Communications* nel DMCA, di quella di *caching* e di *hosting*, sottolineando le differenti implicazioni in termini di responsabilità che la disciplina di riferimento a esse riconduce.

A causa del contesto e dei presupposti sui quali nacque, tuttavia, la Direttiva 2000/31/CE mostrò fin da subito la propria incompletezza e debolezza, riportando evidenti lacune e dando vita, di conseguenza, a notevoli incertezze interpretative. Il dibattito giurisprudenziale fu particolarmente acceso in sede applicativa, tanto da condurre la stessa Corte di Giustizia europea a perseguire degli orientamenti non sempre del tutto aderenti al portato letterale della direttiva. La disciplina europea, infatti, venne alla luce in un'epoca in cui la realtà digitale non aveva ancora raggiunto i livelli di complessità e dinamicità registrati al giorno d'oggi.

Internet, d'altronde, è un mondo soggetto a costanti e rapidissime trasformazioni, a cui difficilmente le istituzioni riescono a far corrispondere altrettante evoluzioni

normative. Come sosteneva il celebre filosofo e sociologo Zygmunt Bauman, infatti, l'uomo del ventunesimo secolo appartiene a due mondi: quello *offline* e quello *online* e tra questi è chiamato a dividere il proprio tempo, nonché a distinguere i codici comportamentali e le modalità di interazione.

La capacità degli ordinamenti giuridici di adeguarsi alla liquida mutabilità del virtuale non può che apparire, quindi, fortemente compromessa.

Non stupisce, allora, il motivo per cui, a distanza di quasi vent'anni dall'ultima normativa elaborata in tema di violazioni *online* del diritto d'autore, sia stata avvertita un'insopprimibile esigenza di rinnovamento, che ha portato all'entrata in vigore della Direttiva 2019/790/UE.

È di questa e, nello specifico, dell'art. 17, infatti, che si occupa il quarto e ultimo capitolo della presente trattazione, il cui fine è quello di mettere in evidenza l'imponente cambiamento di rotta apportato dal legislatore europeo rispetto alle scelte compiute nella precedente direttiva.

Mentre tutta la disciplina anteriore alla Direttiva 2019/790/UE invitava – neppure troppo velatamente – i *providers* a mantenere un atteggiamento quanto più neutro e passivo possibile, così da poter beneficiare del regime di esonero previsto dalla direttiva *e-commerce* ed evitare l'assunzione di responsabilità per gli illeciti compiuti da parte degli utenti; la più recente direttiva, al contrario, sollecita gli ISP ad assumere un atteggiamento attivo, in linea con le nuove esigenze dell'attuale contesto economico e tecnologico, oltre che dei titolari dei diritti connessi all'opera.

# CAPITOLO I

## Introduzione al diritto d'autore: genesi, sviluppo ed evoluzioni della materia

Parlare, oggi, dei remoti periodi storici in cui fiorirono i primi germogli di ciò che abbiamo imparato a definire come «*diritto d'autore*» soltanto in epoca recente, può apparire una digressione, anche concedendo d'interesse culturale, di dubbia rilevanza pratica.

Certamente le radicali differenze esistenti tra il mondo di oggi e quello di ieri condizionano la percezione di ciò che crediamo significativo per orientarci nella realtà odierna, portandoci inevitabilmente a concentrare l'attenzione sulle evoluzioni che toccano più da vicino la nostra epoca. È pur vero, infatti, come insegna un famoso proverbio arabo, che gli uomini somigliano molto più al loro tempo che ai loro padri, ed è inevitabile, dunque, condurre ricerche sempre più circoscritte all'attuale. Eppure, una conoscenza anche soltanto sommaria di quanto accadde è spesso fondamentale per la comprensione di quanto accade. È lo stesso J. Michelet a scrivere, nelle prime pagine del suo *Le Peuple*, che «*chi vorrà limitarsi al presente, all'attuale, l'attuale non lo comprenderà*»<sup>1</sup>.

È inesorabilmente necessario, allora, partire dalle origini.

### 1.1 Fisionomia e genesi del diritto d'autore

Prima di occuparci rapidamente delle tappe evolutive che hanno contraddistinto l'evolversi del diritto d'autore, occorre inquadrare sinteticamente il fenomeno.

L'espressione «*diritto d'autore*» fa riferimento a quella disciplina giuridica che si occupa, nello specifico, della protezione delle opere dell'intelletto dotate di carattere creativo e dei diritti riconosciuti in capo al soggetto che le ha prodotte. La letteratura giuridica, in tal senso, si sofferma sulla possibilità di considerare il diritto d'autore sia quale diritto oggettivo, e quindi come complesso di norme che regola

---

<sup>1</sup> J. MICHELET, *Le peuple*, Comptoir des Imprimeurs, Unis, Hachette – Paulin, Paris, 1846

e disciplina l'intera materia, sia come diritto soggettivo, riferendosi all'insieme di diritti che si riconoscono in capo all'autore.<sup>2</sup>

Fondamentale, per comprendere le problematiche legate all'evoluzione della disciplina, è riconoscere l'esistenza di una distinzione intrinseca al concetto stesso di «opera»: quella tra bene materiale e immateriale. Il primo – l'opera considerata nella sua concretezza materiale – rappresenta il risultato tangibile prodotto dal secondo – lo sforzo intellettuale.

Le modalità attraverso le quali, nel corso del tempo, si è attribuito maggior rilevanza all'una piuttosto che all'altra componente, hanno determinato l'emergere di differenti forme di tutela, ispirate a loro volta dalla necessità di bilanciare interessi potenzialmente contrastanti: quello dell'autore alla diffusione del proprio lavoro e al godimento dei profitti da ciò derivanti; quello al guadagno che ne traggono gli intermediari, grazie alla cui attività è resa possibile la circolazione delle opere; quello della collettività allo sviluppo culturale e alla libera manifestazione del pensiero.

Riservando ai capitoli successivi la trattazione della nozione tecnica di opera dell'ingegno e dei caratteri che la contraddistinguono, possiamo qui indicare come, in realtà, la distinzione tra bene materiale e immateriale non sia propriamente figlia dell'età moderna, ma ponga piuttosto le proprie radici in tempi ben più remoti.

Lo stesso Seneca, già nei primi anni del I secolo d.C., all'interno dell'opera «*De Beneficiis*», s'interrogava in merito alla duplicità dell'opera d'autore<sup>3</sup>, intesa contestualmente come creazione intellettuale e come bene materialmente disponibile a terzi. Seneca, infatti, sosteneva che per i libri di Cicerone vi fossero due padroni,

---

<sup>2</sup> E. PIOLA CASELLI, A. ARIENZO, F. BILE, in *Diritti d'autore*, in *Novis. Dig. it.*, V, Torino 1957, 669 ss.; T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Torino 1960, 683 ss.; M. ARE, *L'oggetto del diritto d'autore*, Milano 1963, 2 e in part. nt. 4; A. COGO, *I contratti di diritto d'autore nell'era digitale*, Torino 2010, 1 ss.; M. BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, Torino 2011, 71 ss.; V. DE SANCTIS, *Il diritto d'autore (Del diritto di autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche. Artt. 2575-2583)*, in *Il Codice civile, Commentario*, (diretto da F. D. BUSNELLI), Torino 2012, 1 ss.

<sup>3</sup> «*Libros dicimus esse Ciceronis; eosdem Dorus librarius suos vocat, et utrumque verum est. Alter illos tamquam auctor sibi, alter tamquam emptor adserit; ac recte utriusque dicuntur esse, utriusque enim sunt, sed non eodem modo. Sic poter Titus Livius a Doro accipere aut emere libros suos*»; SENECA, *De beneficiis*, VII, 6, 1.

uno tale in quanto autore (*auctor*) e un altro, il libraio Doro, tale in quanto compratore (*emptor*), al quale se ne riconosceva l'uso. La riflessione muoveva certo da premesse e presupposti estranei al nostro modo di pensare al diritto d'autore e all'opera intellettuale; tuttavia, consente di mettere in luce come, già all'epoca, si percepisse una certa distinzione tra la proprietà immateriale, definita poi come *corpus mysticum*, e la proprietà materiale, a sua volta identificata successivamente come *corpus mechanicum*.

Il diritto romano cercò di approcciare il problema relativo all'attribuzione della proprietà dell'opera servendosi del principio *superficies solo cedit*<sup>4</sup>, di cui troviamo menzione nelle *Institutiones* di Gaio. Guardando alla disciplina dell'istituto dell'accensione, modo di acquisto della proprietà a titolo originario, in base al quale la proprietà di una cosa si estende a quello che ad essa si unisce per incorporazione materiale, Gaio ritenne che il proprietario del supporto scrittoria dovesse, sempre e per ciò solo, considerarsi proprietario anche di ciò che in esso risultasse scritto. Il riconoscimento, pure indiretto, di una distinzione, tra l'opera intesa nella sua materialità di supporto scrittoria e l'opera intesa quale contenuto creativo, rivela una certa consapevolezza, già nel giurista romano, della duplice natura dell'opera, sebbene non vi fosse alcuna nozione giuridica che portasse a scindere, sul piano soggettivo, tra proprietario del supporto scrittoria e autore dell'opera.

All'autore dell'antica Roma, infatti, non veniva riconosciuto alcun diritto patrimoniale sulle proprie creazioni, le quali, presumibilmente, dopo la loro pubblicazione appartenevano a colui che le avesse commissionate, piuttosto che a colui che le avesse create. Il fenomeno del mecenatismo, in ragione del quale i committenti sostenevano gli artisti, era in effetti strettamente connesso alla circolazione delle opere, la cui riproduzione avveniva per mezzo della sola copiatura manuale e godevano, di conseguenza, di una diffusione piuttosto limitata.

Non vi erano dunque le condizioni necessarie perché potesse concretamente porsi il problema della tutela economica degli autori. E, difatti, il diritto d'autore, se messo a confronto con altri istituti come la proprietà privata, figlia di una storia e

---

<sup>4</sup> Principio giuridico in base al quale tutto ciò che viene costruito sul suolo altrui ne costituisce un incremento e appartiene di conseguenza al proprietario. GAIO, *Institutiones*, G. 2. 73.

di una letteratura millenaria, risulta essere un prodotto relativamente recente della scienza giuridica.

Rispetto alla sua configurazione attuale, il diritto d'autore emerge soltanto agli inizi del XVIII secolo in Inghilterra, quando lo Statuto della Regina Anna (*Statute of Anne*) riconobbe, per la prima volta agli stessi autori, il diritto esclusivo di riprodurre le opere letterarie da questi realizzate (*right to copy*, da cui deriva la celebre denominazione di *copyright*).

I privilegi di stampa invece, che fecero la loro comparsa in Europa in seguito all'invenzione della stampa a caratteri mobili nella seconda metà del XV secolo e che spesso sono indicati come i veri e propri antenati del diritto d'autore, garantivano una tutela concettualmente diversa, più affine alla disciplina dei brevetti che a quella del diritto d'autore<sup>5</sup>.

Effettivamente i privilegi conferivano a singoli librai e stampatori, specificatamente indicati dal sovrano, il monopolio di attività, quali la stampa e la vendita di libri, di natura prettamente commerciale. Si trattava, in sostanza, di una disciplina orientata più ai soggetti preposti a gestire la circolazione delle opere, che ai creatori veri e propri delle stesse. Sarebbe dunque impreciso ricondurre la genesi della protezione autoriale, così come la intendiamo oggi, alla fase dei privilegi, senza il rischio di incorrere in equivoci e fraintendimenti.

Ma procediamo per gradi.

## **1.2 Dall'invenzione della stampa e il sistema dei privilegi verso lo *Statute of Anne***

Il sistema dei privilegi, sviluppatosi tra il XV e XVI secolo, in seguito all'invenzione della stampa a caratteri mobili, ha avuto in ogni caso un ruolo di indiscutibile importanza nell'evoluzione di quello che, oggi, definiamo diritto d'autore.

Il meccanismo dei privilegi consentì infatti, per la prima volta nella storia, un effettivo riconoscimento del valore economico dell'opera. Nelle società antiche, infatti, non trovò mai realmente posto un'autentica riflessione sugli aspetti patrimoniali

---

<sup>5</sup> G. SPEDICATO, *Principi di diritto d'autore*, Bologna, Il Mulino, 2020.

eventualmente connessi alla stessa<sup>6</sup>. Ciò non significa negare l'esistenza, in epoche precedenti, di traffici commerciali aventi ad oggetto prodotti letterari, essendo di fatto innegabile il fermento che si sviluppò, nell'antichità e in modo ancor più evidente nel Medioevo, intorno alla creazione artistica e alla sua diffusione. Tuttavia, è altrettanto evidente come l'oggetto della transazione fosse in realtà il manoscritto, inteso nel suo significato più immediato di oggetto materiale, slegato da un'effettiva consapevolezza e considerazione dell'impegno intellettuale che ne consentiva l'esistenza<sup>7</sup>. Senza contare che l'attività letteraria fu a lungo elitaria, prerogativa di coloro che appartenessero alle classi sociali più abbienti, o di coloro che potessero contare su mecenati e cultori delle arti, soggetti interessati a finanziare e sostenere economicamente i loro progetti creativi. Difficilmente, quindi, la produzione artistica fu considerata vero e proprio mezzo di sostentamento da parte dell'autore, il quale non avvertiva alcuna concreta esigenza di far del proprio lavoro uno prodotto per il mercato. A mancare, allora, era ciò che Nicola Stolfi definì il «*contenuto economico*» per il riconoscimento del diritto d'autore<sup>8</sup>.

Il meccanismo dei privilegi e l'invenzione della stampa a caratteri mobili, quindi, consentirono il manifestarsi di una concezione dell'opera, e dei diritti connessi alla sua circolazione, del tutto inedita alle realtà precedenti.

Soltanto in seguito all'invenzione della stampa da parte di Johannes Gutenberg nel XV secolo, grazie alla quale fu possibile riprodurre celermente molte copie della stessa opera, vennero comprese le possibilità di guadagno implicate nella diffusione delle produzioni letterarie. Ciò che ne derivò fu un mercato nuovo che, in quanto connesso al nuovo fenomeno produttivo della riproduzione seriale di manoscritti, vedeva protagonisti non tanto gli autori, bensì editori e librai.

Non a caso il primo intervento dei sovrani nazionali, finalizzato a regolamentare la nuova attività economica, che prese la forma del c.d. *privilegio di stampa*, ebbe ad oggetto l'attività manifatturiera di produzione dei prodotti culturali e non invece l'attività di creazione vera e propria posta in essere dal loro autore. In particolare, si stabilì che per poter procedere alla riproduzione e commercializzazione delle

---

<sup>6</sup> P. GRECO, P. VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, Torino, UTET, 1974.

<sup>7</sup> M. BERTANI, *Il diritto d'autore europeo*, Torino, Giappichelli, 2011.

<sup>8</sup> N. STOLFI, *Il diritto d'autore*, vol.I, Milano, Società editrice libraria, 1932.

opere fosse necessario ottenere un'autorizzazione da parte del sovrano (il privilegio), del tutto discrezionale e, talvolta, subordinata all'assolvimento di oneri particolari.

Nonostante il riconoscimento del valore economico connesso all'opera intellettuale, che costituì senza dubbio un importante passo avanti nell'evoluzione della materia, ciò che stona rispetto a una concezione più moderna del diritto d'autore è l'assoluta estraneità dell'autore, in quanto tale, rispetto a una vera e propria forma di tutela. Gli autori, malgrado fossero i padri legittimi delle proprie opere – quelle opere ormai al centro dei commerci e sicura fonte di profitto per editori e librai – furono lasciati nell'ombra, privi di qualsivoglia protezione.

Fu necessario attendere gli ultimi anni del XVI secolo, quando prese vita un nuovo e vivace interesse culturale per le produzioni più contemporanee – diversamente da quanto accaduto in precedenza, quando le opere di maggior diffusione furono quelle della tradizione greco-romana – perché venissero finalmente riconosciuti anche in capo agli autori poteri di sfruttamento commerciale del loro lavoro. Si parlò, in questo contesto, di *privilegio d'autore*, sebbene la sua concessione rimanesse inevitabilmente subordinata, ancora una volta, alla volontà del sovrano.

Il primo privilegio d'autore in Italia, fu riconosciuto a Venezia allo storiografo Marco Antonio Sabellico nel 1486 per la pubblicazione delle sue *Decades Rerum Venetarum*, poi pubblicate da Andrea Torresano nel 1487<sup>9</sup>.

Questo ebbe delle inevitabili conseguenze anche sul contenuto e sulla struttura stessa della licenza concessa dal sovrano: con la concessione del privilegio di stampa a editori e librai si finiva, di fatto, per attribuir loro un monopolio sull'attività di stampa, monopolio potenzialmente esteso a qualsiasi opera<sup>10</sup>, posto che il privilegio comportava un'autorizzazione a riprodurre qualunque tipologia di scritto, anche risalente. Circoscrivere soggettivamente il diritto di utilizzazione economica dell'opera in capo all'autore, significò allora limitarlo anche sul piano oggettivo alle sue sole produzioni.

---

<sup>9</sup> Il privilegio è registrato in C.N. 13, c.118v e in *Early Modern Book Privileges in Venice* 12.

<sup>10</sup> In questi termini si esprime M. BERTANI, *Il diritto d'autore europeo*, Torino, Giappichelli, 2011.



In questa fase ci avvicinammo certamente a una più moderna concezione del diritto d'autore, tuttavia è pur vero che, rimanendo in ogni caso vincolata alla decisione del sovrano – e inevitabilmente anche alle sue simpatie politiche e/o religiose – la concessione del privilegio spesso rischiava di essere compromessa da imposizioni di forma e contenuto, spesso vere e proprie censure.

Difficile allora parlare di autentica opera dell'ingegno, in assenza di quella libertà creativa che ne costituisce oggi l'essenza.

Soltanto con lo Statuto della regina Anna, promulgato nel 1709 ed entrato in vigore nel 1710, fu possibile osservare un cambiamento decisivo per lo sviluppo del diritto d'autore e un accostamento alle caratteristiche che oggi lo contraddistinguono.

All'inizio del XVIII secolo lo *Statute of Anne* attribuì all'autore il diritto esclusivo, per un periodo di quattordici anni, eventualmente rinnovabile per un ulteriore periodo di identica durata, di riprodurre le opere letterarie da questi realizzate<sup>11</sup>.

La prima sezione dello Statuto merita di essere qui riportata fedelmente, in ragione dell'importanza storica che questo documento assume per lo sviluppo della nostra materia e, soprattutto, per la grande potenza significativa racchiusa in queste poche, ma dense parole:

*«Whereas printers, booksellers, and other persons have of late frequently taken the liberty of printing, reprinting, and publishing, or causing to be printed, reprinted, and published, books and other writings, without the consent of the authors or proprietors of such books and writings, to their very great detriment, and too often to the ruin of them and their families: for preventing therefore such practices for the future, and for the encouragement of learned men to compose and write useful books; may it please your Majesty, that it may be enacted...»<sup>12</sup>.*

È evidente, anzitutto, che l'atto regio fu promulgato con chiaro spirito antagonista nei confronti di editori e stampatori che avevano profittato troppo spesso della loro posizione di forza economica in danno agli autori, provocandone addirittura la

---

<sup>11</sup> G. SPEDICATO, *Principi di diritto d'autore*, Bologna, Il Mulino, 2020.

<sup>12</sup> *The Statute of Anne*, April, 10, 1710.

rovina, come si apprende leggendo questo breve estratto. Per dimostrare quanto detto è sufficiente pensare che, a partire dal 1556, venne creata in Inghilterra un'associazione, sempre più influente nel mondo editoriale, il cui scopo istituzionale era la tutela degli editori, librai e tipografi: l'ordine degli *Stationers (The stationers's Company)*. A questa corporazione la Corona inglese concesse il diritto perpetuo ed esclusivo – eccezion fatta per coloro che ottenessero direttamente dal sovrano un privilegio di stampa – di stampare. Il regime di monopolio che andò creandosi oscurò in modo inevitabile la posizione e l'autonomia degli autori ed è chiaro, perciò, come lo Statuto della regina Anna rispose alla necessità di riequilibrare le condizioni di mercato.

Non solo: dal frammento di cui sopra emerge anche una spiccata finalità esortativa nei riguardi di autori, artisti e soggetti eruditi, incoraggiati a comporre e pubblicare libri e opere utili alla cultura collettiva, al riparo da attività di riproduzione non autorizzate.

Vero è che il sistema dei privilegi coinvolse pressoché tutti i Paesi europei toccati dalla nuova tecnologia di riproduzione delle opere letterarie, tuttavia occorre puntualizzare un aspetto imprescindibile: la tradizione giuridica, la riflessione filosofica e le condizioni economiche, diversamente sviluppatesi nei diversi ordinamenti, diedero vita a combinazioni e concezioni differenti, talvolta contrapposte, che determinarono il delinearsi di due diversi modelli di riferimento: quello anglosassone del *copyright* e quello del diritto d'autore, a cui si rifanno gli ordinamenti fedeli alla tradizione romano-germanica, quali Francia, Italia e Germania.

Sebbene i due termini vengano spesso ritenuti l'uno l'equivalente dell'altro, a tenerli distinti vi sono importanti e sostanziali differenze; differenze che si manifestano anche sul piano pratico-applicativo e che di conseguenza non possono essere trascurate, nonostante le convenzioni internazionali e la prassi abbiano consentito un ravvicinamento tra le due tipologie di tutela e la loro disciplina.

### **1.3 Copyright e diritto d'autore: due modelli a confronto**

Come ho avuto modo di accennare in precedenza, il termine «*copyright*» significa letteralmente «*right to copy*», «*diritto di copia*» e si connota più specificatamente

come diritto di produrre e distribuire le copie di un'opera, rivelando una spiccata matrice economica e utilitaristica.

Il concetto di «*diritto d'autore*» è tradizionalmente volto a ricomprendere, invece, anche i diritti morali e personali riconosciuti in capo all'autore.

I due modelli poggiano evidentemente su premesse storiche e riflessioni filosofiche distinte: mentre i paesi continentali, cui tipicamente riconduciamo il paradigma del diritto d'autore, hanno seguito le orme delle innovazioni culturali prodotte dalla Rivoluzione francese, i sistemi di *common law* hanno tratto ispirazione da istanze prettamente utilitaristiche nella costruzione dei loro meccanismi di tutela. Se, allora, nel primo caso è preponderante la protezione dell'attività creativa e della dimensione personale e morale dell'autore, nel secondo prevale la volontà di agevolare la circolazione dell'opera e il profitto economico, nonché l'arricchimento culturale che ne può conseguire.

Lo *Statute of Anne* appare fondamentale per comprendere il significato reale di questa contrapposizione d'intenti: prendendo le mosse da quella che fu la più importante innovazione tecnologica dell'età moderna<sup>13</sup> – l'invenzione della stampa a caratteri mobili – lo Statuto determinò il definitivo superamento del sistema dei privilegi e l'introduzione, per la prima volta nella storia, di un corpus normativo orientato al riconoscimento, in capo all'autore, di un diritto esclusivo di sfruttamento economico delle proprie opere.

Venne così riconosciuto all'autore un potere di scelta in ordine alle modalità di riproduzione dei propri lavori che, di fatto, si qualificò in termini di *ius excludendi*<sup>14</sup>, in quanto capace, in virtù della sua asserita esclusività, di neutralizzare ogni possibile ingerenza e ogni eventuale pretesa avanzata da terzi sull'opera.

E proprio la particolare connotazione che assunse tale *ius excludendi* può fornire i mezzi per comprendere le ragioni alla base delle due diverse matrici – anglosassone e continentale – della protezione autoriale.

---

<sup>13</sup> M. RICOLFI, *Il diritto d'autore*, in *Tratt. Cottino*, III, *Diritto industriale*, Padova, 2001.

<sup>14</sup> S. ALIPRANDI, *Capire il copyright*, Ledizioni, 2012. L'autore, utilizzando la locuzione latina *ius excludendi alios* descrive l'esclusività del diritto riconosciuto all'autore quale strumento di incentivo alla produzione artistica.

Attraverso lo *Statute of Anne*, infatti, fu promosso «*the encouragement of learning*», sicché il diritto esclusivo dell'autore trova la propria giustificazione non tanto nell'elaborazione intellettuale e nell'attività creativa che egli imprime nell'opera, quanto piuttosto nel fatto che questa rappresenti il frutto di un lavoro in grado di promuovere lo sviluppo culturale, scientifico e artistico a vantaggio dell'intera collettività<sup>15</sup>.

In altre parole, lo scopo dell'esclusività del *right to copy* riconosciuto all'autore fu quello di incentivarne la creatività e l'inventività a servizio del progresso, favorendo la circolazione e la diffusione della sua opera, al riparo dalle indebite mire di editori e librai. In una tale situazione di monopolio, l'autore, sfruttando ad ogni buon conto l'attitudine remunerativa insita nelle proprie opere, veniva logicamente incentivato a persistere nella sua attività creativa e, di conseguenza, a produrre opere sempre nuove a beneficio dell'intera comunità sociale.

Non a caso, come messo sapientemente in luce da Richard M. Stallman in un suo noto saggio<sup>16</sup>, la Costituzione degli Stati Uniti, promulgata qualche decennio dopo lo *Statute of Anne*, disciplina il *copyright* nell'interesse degli utenti e dei fruitori dell'opera, piuttosto che in quello di autori delle stesse<sup>17</sup>. E proprio la Corte Suprema, nella causa “*Fox Film Corp v. Doyal*” del 1932, dichiarerà che «*L'obiettivo primario nell'assegnazione del monopolio – sul copyright –, va cercato nei benefici generali derivanti al pubblico dalle opere degli autori*».

---

<sup>15</sup> V. FALCE, *La modernizzazione del diritto d'autore*, Torino, Giappichelli, 2012.

<sup>16</sup> R. M. STALLMAN, *Misinterpreting Copyright – A series of Error*, 2002;  
<http://www.gnu.org/philophy/misinterpreting-copyright.it.html>.

<sup>17</sup> Peraltro, come avrò modo di illustrare nel prossimo paragrafo relativo al contesto nordamericano, quando la Carta costituzionale dei neonati Stati Uniti d'America fu promulgata pochi decenni dopo lo Statuto of Anne – nel 1787 –, attribui al Congresso il potere “*to promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authours and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries*”, riconoscendo nel *copyright* – sebbene soltanto a seguito di un graduale processo di interpretazione giurisprudenziale – non un diritto naturale, ma una concessione all'autore in nome del progresso e della conoscenza. Per quanto attiene ad una riflessione sul fondamento economico della protezione autoriale rimando a G. SPEDICATO, *Principi di diritto d'autore*, Bologna, Il Mulino, 2020.

Non è certo una coincidenza che il più importante atto normativo degli Stati Uniti d'America, prendendo le mosse dalla mentalità giuridica della madrepatria e ispirandosi di conseguenza al *copyright* anglosassone, abbia approcciato il problema della tutela autoriale avvalendosi di una mentalità evidentemente lontana dalle suggestioni che, negli ordinamenti di *civil law*, hanno contribuito a dar vita a una disciplina del diritto d'autore attenta anche ai profili personalistici dell'opera intellettuale.

Il *droit d'auteur*, che fece da apripista alle normative continentali in materia, manifestò infatti, sebbene non da subito, una tutela intimamente legata alla personalità dell'autore<sup>18</sup> e alla sfera dei diritti morali ad essa connessi, sconosciuti a forme di protezione più strettamente patrimoniali dell'opera d'autore.

Questa ricostruzione è il risultato di un'operazione attraverso la quale gli operatori del diritto della Rivoluzione francese, facendo proprie le riflessioni giusnaturalistiche più influenti dell'epoca, hanno esteso alla proprietà intellettuale i principi di diritto naturale sanciti all'interno della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789<sup>19</sup>. In particolare, come documenta Enrico Rosmini<sup>20</sup>, Le Chapelier, nella nota relazione tenuta innanzi all'*Assemblée Nationale*, definì l'opera emanata dal pensiero di uno scrittore come «*la più sacra ed inviolabile delle proprietà*» in quanto basata sul diritto naturale degli uomini di godere in via esclusiva dei frutti delle loro fatiche.

Tale impostazione non tardò a venire recepita nella legge del 1793, la quale, ravvisando nella proprietà intellettuale una forma di specificazione della proprietà largamente intesa, fu la prima a riconoscere un'effettiva protezione dell'opera autoriale nel contesto continentale.

---

<sup>18</sup> U. IZZO, *Alle origini del copyright e del diritto d'autore – Tecnologia, interessi e cambiamento giuridico*, Roma, Carrocci Editore, 2010.

<sup>19</sup> S. GUARRACINO, *Storia dell'età moderna*, Mondadori, 1983.

<sup>20</sup> E. ROSMINI, *Legislazione e giurisprudenza sui diritti d'autore*, Hoepli, 1890, il quale riporta a p.222 quanto riferito da Le Chapelier davanti all'Assemblea costituente in occasione della presentazione del progetto di legge adottato il 13 gennaio 1791.

Emerge una connotazione senza dubbio dominicale del diritto riconosciuto all'autore, ispirata certamente anche al pensiero del filosofo John Locke, le cui considerazioni ebbero notevole impatto sulla dottrina giuridica dell'epoca<sup>21</sup>.

Fedele al carattere perpetuo del diritto di proprietà a cui il *droit d'auteur* vorrebbe inizialmente rifarsi, la legge francese del 1793 attribuì agli autori, per tutta la durata della loro vita, il diritto esclusivo di vendere, far vendere e distribuire le loro opere, ovvero di cederne in tutto o in parte la proprietà. Un diritto, dunque, non soltanto esclusivo, ma anche perpetuo. La differenza rispetto a quanto previsto dallo *Statute of Anne* è lampante, considerando la durata temporalmente limitata – 14 anni, eventualmente rinnovabile per un periodo di tempo di pari durata – del diritto esclusivo concesso dallo Statuto, rispetto alla perpetuità delle prerogative riconosciute agli autori francesi<sup>22</sup>. Il limite temporale, pur previsto nella disciplina francese, non riguardava infatti gli autori, titolari di un pieno e illimitato diritto di proprietà, quanto piuttosto i loro eredi, ai quali venne riconosciuta la possibilità di godere dei diritti patrimoniali dell'autore – il *de cuius* – per un arco di tempo pari a dieci anni.

La previsione di un diritto temporalmente circoscritto, pur riferito alla sola posizione degli eredi, impedì tuttavia di ravvisare, nel diritto dell'autore così inteso, una vera e propria forma di tutela dominicale, posta la natura necessariamente perpetua implicata nella nozione giuridica di proprietà.

---

<sup>21</sup> Uno dei postulati principali dell'opera di Locke è quello per cui l'uomo, in quanto nato libero nello stato di natura, può disporre liberamente dei propri beni e della propria persona, nel rispetto della legge di natura, del c.d. *diritto naturale*. Perciò l'uomo, che dispone liberamente della propria persona, è di conseguenza proprietario del proprio corpo e di quanto realizzato per suo tramite. Ne deriva una sovranità che si estende al lavoro realizzato per mezzo del proprio corpo – «*poiché questo lavoro è proprietà incontestabile del lavoratore, nessun altro uomo, se non lui, può avere diritto a ciò ch'è stato aggiunto mediante esso [...] E così, dunque, penso, è molto facile concepire, senza alcuna difficoltà, che il lavoro possa in origine rappresentare un titolo di proprietà nel diritto naturale*»<sup>21</sup> – e che sembra estendersi quindi anche alla produzione intellettuale dell'uomo, in quanto frutto del suo lavoro.

<sup>22</sup> L. MOSCATI, *Tra copyright e droit d'auteur*, Satura Editrice, 2013; l'autrice sottolinea inoltre come nella legge francese del 1793 venissero usati indistintamente i termini *proprietà* e *diritto esclusivo*, diversamente dallo *Statute of Anne*, il quale menzionava soltanto il secondo.

La proprietà letteraria e artistica, di conseguenza, non trovò spazio nel *Code Civil* del 1804, restando relegata entro i confini di una legge speciale appositamente dedicata.

Le conseguenze di questa scelta normativa condizionarono fortemente l'evoluzione del diritto d'autore e consentirono di percorrere vie alternative per spiegare il fondamento dei diritti posti a tutela delle opere dell'ingegno. La distanza dal modello dominicale condusse infatti le menti giuridiche d'oltralpe a concepire il *droit d'auteur*, anziché in meri termini patrimoniali, come un nucleo di diritti morali e personali spettanti esclusivamente all'autore, in quanto connessi alla sua sola sfera personale, non trasferibili a soggetti terzi.

Si cominciò a riconoscere piena dignità all'intima connessione esistente tra l'autore e l'opera, concepita come il frutto delle sue idee creative e della sua artisticità. Perciò, se l'opera, imprescindibilmente legata a colui che ne rende possibile l'esistenza, altro non è che l'estrinsecazione della personalità creativa dell'autore, è a quest'ultima che occorre riferirsi nel pensare alle più adeguate forme di tutela realizzabili. Questo spiega il motivo per cui si giunse al riconoscimento di un *corpus* di diritti, di natura morale e personale, posti nell'esclusiva disponibilità dell'autore. Le diverse modalità d'approccio seguite dall'una e dall'altra scienza giuridica sono dunque evidenti: mentre il *copyright* tutela l'opera, anche e soprattutto in virtù del beneficio che questa reca alla collettività, il *droit d'auteur* guarda soggettivamente all'autore come centro esclusivo – o prevalente – di protezione, fornendogli una posizione apicale all'interno della disciplina.

La portata innovativa che caratterizzò l'esperienza francese contribuì d'altronde anche all'evoluzione delle discipline giuridiche degli altri Paesi continentali, tra i quali, *in primis*, l'Italia.

Basti pensare, a titolo esemplificativo, che la legge promulgata in Francia nel 1793 fu di fondamentale ispirazione per la legislazione della Repubblica Cisalpina, estesa all'epoca nelle odierne regioni di Lombardia, Emilia-Romagna, Veneto e Toscana. Fu poi il turno del Codice Albertino, il quale, nel 1837, dedicò una specifica disposizione proprio alla proprietà letteraria, riconoscendo esplicita tutela all'autore e alle sue opere d'ingegno.

Per quanto riguarda l'Italia, tuttavia, soltanto nel periodo post-unitario, e nel conseguente tentativo di unificazione legislativa, è possibile ravvisare un definitivo e sistematico inquadramento della materia.

La prima legge, dopo la nascita del Regno d'Italia, a occuparsi della protezione autoriale fu la l. 25 giugno 1865, n. 2337 sui diritti spettanti agli autori delle opere dell'ingegno, cui seguirono due importanti e ulteriori interventi legislativi: il decreto regio del 7 novembre 1925, n. 1950 e la legge, attualmente in vigore, del 22 aprile 1941, n. 633.

L'idea che animò quest'ultima sequenza di atti normativi si riferisce all'esigenza di garantire un adeguato bilanciamento tra gli interessi che entrano in gioco quando si parla di diritto d'autore: l'interesse pubblico alla diffusione della cultura e quello privato all'equo compenso per l'autore<sup>23</sup>. Questa impostazione, che portò a distinguere tra diritti personali e morali, esistenti ancor prima della pubblicazione dell'opera, e diritti patrimoniali, nascenti soltanto in seguito a tale pubblicazione<sup>24</sup>, si riflette tutt'oggi nella normativa vigente, la quale tutela congiuntamente sia i diritti patrimoniali sull'opera, che le prerogative poste a tutela dell'attività creativa dell'autore.

#### **1.4 Uno sguardo al contesto statunitense**

Lo *Statute of Anne* esercitò un considerevole ascendente anche nel Nuovo Mondo. L'evoluzione del *copyright* statunitense, infatti, non poteva che trarre ispirazione dalle riflessioni poste in essere nell'ambiente giuridico anglosassone e dalla disciplina normativa elaborata nella madrepatria.

Tuttavia, non può dirsi che il contesto istituzionale d'oltreoceano fosse completamente analogo ed equiparabile a quello inglese<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> G. SPEDICATO, *Interesse pubblico e bilanciamento nel diritto d'autore*, Milano, Giuffrè Editore, 2013.

<sup>24</sup> E. PIOLA CASELLI, *Codice del diritto d'autore*, Torino, UTET, 1943. E. PIOLA CASELLI fu d'altro canto estensore e relatore della l. 633/1941.

<sup>25</sup> Questo aspetto è trattato analiticamente in O. BRACHA, *The Adventures of the Statute of Anne in a Land of Unlimited Possibilities: The Life of a Legal Transplant*, 2010, nel quale si sottolinea



Gli Stati Uniti d'America si proclamarono uno Stato autonomo e indipendente nel 1776, costituendosi in una Confederazione di tredici Stati, figli delle tredici colonie fondate sulla costa atlantica dell'America del Nord tra il XVII e il XVIII secolo, ciascuna di esse popolata di coloni provenienti dall'Inghilterra, dalla Scozia e dall'Irlanda.

La struttura giuridica delle diverse colonie, ognuna delle quali dotata di grande autonomia, era assai variabile e l'amministrazione coloniale inglese piuttosto disorganizzata. Le regole che disciplinavano il vivere comune traevano un debole impulso dal sistema di common law, ma erano costituite principalmente da documenti para-legislativi e consuetudini locali<sup>26</sup>. D'altronde non era possibile fare affidamento su una nutrita schiera di giuristi, capaci di garantire, grazie alle proprie competenze, un'effettiva ricezione del sistema inglese: di rado i professionisti del settore abbandonavano spontaneamente il centro giuridico londinese per recarsi nel nuovo mondo coloniale. Soltanto in seguito alla diffusione dell'opera di W. Blackstone, *summa* e commentario dell'apparato inglese di *common law*, il numero di operatori tecnicamente preparati aumentò e consentì, a partire dal XX secolo, un totale recepimento dell'esperienza giuridica della madrepatria.

Peraltro, oltre alle differenze strutturalmente congenite alle diversità di contesto tra i due ambienti, l'uno unitario e accentrato, l'altro multietnico e policentrico, l'America del Nord non conobbe mai né un vero e proprio sistema di privilegi né i meccanismi censori, frutto dei conflitti religiosi che incendiarono l'Europa tra il XV e il XVI secolo. Le opere in circolazione provenivano, nella maggior parte dei casi, dall'Inghilterra e dagli altri Paesi del Vecchio Mondo, sicché il numero di autori locali era piuttosto esiguo e non giustificava in alcun modo l'emergere di un'effettiva esigenza di controllo del mercato autoriale.

Furono i *Commentaries* di Blackstone<sup>27</sup> e il successivo aumento del numero di autori autoctoni a dare impulso a un dibattito sull'esigenza di tutelare le opere

---

come «*The naturalization of the Statute of Anne regime in America was just such a process [...] From a very early stage, various elements of the American copyright regime were reinterpreted and new elements were developed and added*».

<sup>26</sup> A. GAMBARO, R. SECCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, UTET, 2018.

<sup>27</sup> W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Law of England*, 1765.

dell'ingegno. In realtà le prime riflessioni sul *copyright* non sembrano adattarsi specularmente alle conclusioni raggiunte in Inghilterra: l'idea originariamente diffusasi è che il *right to copy* trovi fondamento in una forma di diritto naturale; non invece in un diritto temporalmente circoscritto, concesso dallo Stato in ragione dell'utilità collettiva che ne deriva.

Ciò nondimeno, il progressivo aumento del numero di autori locali sollecitò un intervento da parte del Congresso, il quale raccomandò a ciascuno Stato di garantire a coloro che producessero o pubblicassero opere nuove e inedite, nonché ai loro eredi, un'adeguata protezione per un periodo di quattordici anni dalla prima pubblicazione. Ogni Stato, dunque, si dotò di una legislazione in grado di assolvere a tale scopo, traendo certamente ispirazione dall'originario *Statute of Anne*<sup>28</sup>, ma accennando, alcuni di essi, anche al concetto di diritto naturale. Nonostante la previsione di una prerogativa soggetta a limite temporale, il richiamo anche alle istanze giusnaturalistiche sembra quindi qualificare in modo peculiare la disciplina postcoloniale; con il risultato, tuttavia, di rendere incerta la natura e il fondamento della tutela che si desiderava accordare agli autori.

Un'incertezza, questa, che non fu possibile dissipare del tutto nemmeno con l'entrata in vigore della Carta Costituzionale nel 1789, la cui celebre *Intellectual Property Ownership Sample Clause*, più semplicemente *IP Clause*, contenuta nella *Section 8* dell'art.1, stabilisce che: «*The Congress shall have the power [...] to promote the progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries*»<sup>29</sup>.

Ciò che desta qualche perplessità è il riferimento al limite temporale cui necessariamente sottoporre il diritto esclusivo di autori e inventori – «*for limited Times*» – contestualmente al riferimento ad un'attività di «*securing*», di salvaguardia di quello che, a questo punto, sembra essere un diritto preesistente e non invece una prerogativa costituita per il tramite di una concessione statale.

---

<sup>28</sup> O. BRACHA, *The Adventures of the Statute of Anne in a Land of Unlimited Possibilities: The Life of a Legal Transplant*, 2010, nel quale si indica come gli interventi di ciascun singolo Stato «*were all miniature versions of the Statute of Anne*».

<sup>29</sup> U.S Const. Art.1, Section 8, cl. 8.

Alla Costituzione seguì la prima legge federale sul *copyright*, il *Federal Copyright Act* del 1790, il quale, sostanzialmente, ripropose gli stessi strumenti e rimedi previsti dallo *Statute of Anne*, replicando l'attribuzione agli autori di un diritto esclusivo valido quattordici anni, eventualmente rinnovabile per un periodo di egual durata.

Considerata la natura prettamente giurisprudenziale dell'attività di creazione del diritto, nei sistemi giuridici di common law, non stupisce che il problema relativo al fondamento giuridico del *copyright* americano sia stato risolto una volta per tutte dalla Corte Suprema con il caso *Wheaton v. Peters*<sup>30</sup>. L'*Intellectual Property Clause*, in questa occasione, fu interpretata in chiave sociale, quale strumento accordato dallo Stato, funzionale a garantire il progresso delle scienze e delle arti a beneficio della società tutta e idoneo ad assicurare all'autore una prerogativa finalizzata ad incentivarne l'attività di creazione, pur se limitata nel tempo. Il *copyright*, dunque, assunse definitivamente la fisionomia di una concessione statale al privato, che trova legittimazione nel diritto positivo e che, in quanto tale, può essere assoggettata a specifiche condizioni e limiti temporali<sup>31</sup>.

### **1.5 Il principio di territorialità e Convenzione di Berna: tentativi di armonizzazione**

Il diritto d'autore ha, per sua natura, una vocazione ultra-nazionale, non soltanto per l'incontestabile interesse dell'autore alla maggior circolazione possibile delle proprie opere, ma anche per quello della collettività alla diffusione della cultura e alla promozione di pregevoli prodotti culturali. È la stessa Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo a riconoscere, nel 1948, la necessità che il diritto ad un'adeguata tutela dell'autore venga bilanciato con il diritto della collettività a godere dei benefici derivanti dalle creazioni scientifiche, artistiche e letterarie<sup>32</sup>. Questa

---

<sup>30</sup> *Wheaton v. Peters*, 33 USA (8 Pet.) 591 (1834).

<sup>31</sup> R. M. STALLMAN, *Misinterpreting Copyright – A series of Error*, 2002, nel quale si spiega come il governo federale conduca, di fatto, una trattativa contrattuale finalizzata ad offrire al pubblico un maggior numero di opere, tanto che gli esperti definiscono questo concetto come “*copyright bargain*”.

<sup>32</sup> Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, 1948, art.27, par.1-2.

previsione, oltre a tentare un ravvicinamento tra la *ratio* ispiratrice della proprietà intellettuale e quella propria del *copyright*, mette in luce come il punto di equilibrio tra le rispettive esigenze – quella individuale e quella collettiva – sia il perno su cui ruota l'intera disciplina del diritto d'autore<sup>33</sup>.

Proprio a causa della necessità di garantire alla disciplina una dimensione sovranazionale e di superare le profonde differenze esistenti tra *copyright* e diritto d'autore, si è cercato, attraverso la stipula di trattati e convenzioni internazionali, di assicurare la maggior armonizzazione possibile tra le diverse discipline, quantomeno sul piano dei principi fondamentali alla base dei diversi ordinamenti nazionali. L'obiettivo è evidentemente quello di garantire una tutela universale alle opere dell'ingegno, al di sopra dei vincoli derivanti dalla rigida applicazione del principio di territorialità che ha contraddistinto originariamente la materia.

Fu così che si giunse, nel 1886, alla stipulazione della Convenzione di Berna, un accordo internazionale per la protezione delle opere artistiche e letterarie<sup>34</sup>.

Il principio di territorialità, in un'accezione strettamente materiale, esprime il concetto per il quale le normative relative al diritto d'autore delimitano il proprio perimetro di applicazione ed efficacia all'interno del territorio dello Stato cui la disciplina si riferisce. In buona sostanza, il principio di territorialità fa riferimento alla *«volontà di ciascuno Stato di disciplinare all'interno del proprio ordinamento la*

---

<sup>33</sup> G. MORGESE, *La normativa internazionale ed europea sul diritto d'autore*, in *La comunità internazionale*, fasc. 4/2014, pp. 569-594, Editoriale Scientifica Srl; l'autore peraltro analizza il ruolo sempre più sentito, nel mercato delle opere letterarie, delle imprese quali ulteriori attori coinvolti sulla scena della produzione artistica, accanto agli autori e alla collettività cui le opere si rivolgono. Morgese sottolinea infatti come proprio l'industria dell'*entertainment*, luogo d'incontro della domanda e dell'offerta artistica, sia in grado di piegare l'autonomia creativa degli autori ai gusti dei consumatori, orientati e indirizzati a loro volta dalle stesse imprese. Tale impostazione, dice l'autore, *«ha comportato la progressiva scissione tra il creatore e il soggetto che promuove lo sviluppo dell'opera artistica, in vista di un suo sfruttamento commerciale»*, con inevitabili conseguenze anche sul piano del bilanciamento degli interessi coinvolti.

<sup>34</sup> *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*, 9 settembre 1886, sottoscritta da Belgio, Francia, Germania, Gran Bretagna, Haiti, Italia, Liberia, Spagna, Svizzera e Tunisia.

*materia della proprietà intellettuale in via esclusiva rispetto ad altri ordinamenti statali»<sup>35</sup>.*

A onor del vero occorre fare una precisazione: non può dirsi infatti che vi sia univocità di vedute, in dottrina, in ordine all'effettivo significato e alle reali implicazioni del principio di territorialità. Alcuni vi ravvisano un principio finalizzato a mettere in luce la stretta connessione esistente tra il diritto di proprietà intellettuale, il potere di utilizzazione esclusiva che ne deriva, e l'ordinamento che ne riconosce e garantisce l'esistenza. Altri invece ritengono si tratti di una norma di diritto internazionale privato finalizzata ad individuare quale sia la legge applicabile in occasione di controversie transnazionali.

Ad ogni modo, La Convenzione di Berna fu il primo intervento di diritto internazionale pattizio che tentò il superamento del principio di territorialità attraverso la previsione, in capo a ciascuno Stato firmatario, dell'obbligo di garantire ai titolari di opere provenienti da Stati diversi lo stesso livello di protezione riconosciuto alle opere nazionali e ai loro autori, senza che a tal fine occorra l'adempimento di particolari formalità, secondo il c.d. principio del trattamento nazionale (art. 5 par. 1-2).

Inoltre, secondo la medesima logica di coordinamento tra i differenti assetti normativi nazionali, alcuni Paesi, tra i quali Italia, Francia e Polonia, sollecitarono l'inserimento nella Convenzione di una serie di diritti morali in capo all'autore – i quali trovarono effettivamente riconoscimento all'art. 6 *bis* – al fine di superare la principale differenza esistente tra *copyright* e diritto d'autore e di creare così una nozione universalmente valida di tutela delle opere artistiche e letterarie. Tuttavia, nonostante il Regno Unito, paese creatore ed esportatore del *copyright*, di fatto aderì alla Convenzione di Berna, non giunse mai a concedere una piena e reale tutela a quei diritti morali che, tradizionalmente, i sistemi di *civil law* accordano ai propri autori.

Così, sebbene la Convenzione di Berna abbia rappresentato una notevole svolta nel panorama sovranazionale per l'evoluzione e l'armonizzazione della disciplina, non può dirsi che essa abbia radicalmente sovvertito il carattere territoriale del diritto

---

<sup>35</sup> LUZZATTO, *Proprietà intellettuale e diritto internazionale*, in *Studi di diritto industriale in onore di Adriano Vanzetti*, Milano, 2004, 895 ss.

d'autore<sup>36</sup>, né realizzato l'auspicata sinergia tra il modello anglosassone e il modello continentale. Infatti, se da un lato prevede un gruppo di interessi uniformemente tutelati in capo all'autore, al quale si riconosce un livello minimo di protezione, indipendentemente da quello che gli spetterebbe in base all'ordinamento nazionale di appartenenza; dall'altro consente a ciascun singolo Stato aderente di introdurre eccezioni e deroghe<sup>37</sup>, soprattutto in considerazione dell'eterogeneità degli strumenti interni posti a presidio delle opere d'autore. In altri termini, gli Stati mantennero una certa autonomia nel controllo e nella gestione delle opere letterarie e artistiche diffuse all'interno dei propri confini, sebbene la Convenzione abbia incontestabilmente determinato il sorgere di un approccio universale alla materia. A tutto ciò va sommata la mancata adesione di Paesi importanti quali l'Unione Sovietica che, fondata nel 1922, manifestò da subito la propria contrarietà ad alcune delle tutele garantite dalla Convenzione, e gli Stati Uniti, che aderiranno alla Convenzione soltanto nel 1989.

### **1.6 Il processo di armonizzazione prosegue: gli altri accordi internazionali**

La volontà di coinvolgere gli Stati rimasti al di fuori del quadro convenzionale ha condotto alla stipulazione di un nuovo accordo internazionale: la Convenzione universale sul diritto d'autore del 1952<sup>38</sup>, la quale prevedeva un livello minimo di protezione inferiore rispetto a quello garantito dalla Convenzione di Berna. L'obiettivo era infatti quello di ridurre il grado di tutela che gli Stati sarebbero stati chiamati a riconoscere nei confronti delle opere artistiche e letterarie circolanti nei loro rispettivi territori, così da poter coinvolgere nella Convenzione anche i Paesi più

---

<sup>36</sup> G. MORGESE, *La normativa internazionale ed europea sul diritto d'autore*, in *La comunità internazionale*, fasc. 4/2014, pp. 569-594.

<sup>37</sup> *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*, 9 settembre 1886, così come riveduta a Berlino il 13 novembre 1908, completata a Berna il 20 marzo 1914, riveduta a Roma il 2 giugno 1928, a Bruxelles il 26 giugno 1948, a Stoccolma il 14 luglio 1967 e a Parigi il 24 luglio 1971; art.9 par.2, art. 10, art. 10-bis e art.13.

<sup>38</sup> *Universal Copyright Convention*, Ginevra, 6 settembre 1952, promossa dall'UNESCO e attualmente partecipata da più di 100 Paesi, sebbene abbia visto diminuita la propria rilevanza giuridica in seguito all'adesione di quasi tutti gli Stati partecipanti alla Convenzione di Berna e all'accordo TRIPs.

riluttanti. Per questo motivo la riduzione del livello minimo di tutela riguardava principalmente proprio quel diritto morale d'autore il cui riconoscimento nel precedente accordo aveva spinto gli Stati Uniti a non aderirvi.

S'innesta poi nella cornice tracciata dalla Convenzione di Berna il *Wipo Copyright Treaty*, un accordo stipulato nel 1996 da parte degli Stati membri dell'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale<sup>39</sup>. La WIPO è un'organizzazione istituita nel 1967 e divenuta poi Istituto specializzato delle Nazioni Unite, alla quale è attribuito il compito di vigilare sull'attuazione della Convenzione di Berna, nonché di promuovere il miglioramento della tutela internazionale della proprietà intellettuale, esercitando anche attività di cooperazione e assistenza tecnico-giuridica nei confronti degli Stati membri<sup>40</sup>. Il *WIPO Copyright Treaty* (WTC), in sostanza, nasce con lo scopo di garantire alla proprietà intellettuale una maggior tutela economica e patrimoniale rispetto a quanto previsto dall'ormai risalente Convenzione di Berna, anche in risposta alle nuove esigenze connesse all'avvento di internet.

Di fondamentale importanza, soprattutto per quanto afferisce agli aspetti patrimoniali della materia, è poi l'Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio: l'accordo TRIPs<sup>41</sup>. Si tratta di un accordo che anzitutto mette in luce le inevitabili implicazioni che la disciplina del diritto d'autore dispiega anche sul piano commerciale ed economico, posto che il suo ambito di applicazione è specificatamente riferito al commercio.

Inoltre, la sua rilevanza si coglie nell'osservare come tale trattato abbia determinato il passaggio dalla concezione territoriale del diritto d'autore ad una concezione più

---

<sup>39</sup> *World Intellectual Property Organisation*, nell'acronimo inglese WIPO, istituita con la *Convention Establishing the World Intellectual Property Organisation* redatta a Stoccolma il 14 luglio 1967.

<sup>40</sup> G. MORGESE, *L'accordo sugli aspetti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (TRIPs)*, Bari, Cacucci Editore, 2009.

<sup>41</sup> *The Agreement on Trade Related aspects of Intellectual Property rights*, promosso dalla WTO (*World Trade Organization*), anche conosciuta come OMC (Organizzazione Mondiale del Commercio), e ufficializzato dal GATT a Marrakech nel 1994, durante gli incontri negoziali dell'*Uruguay Round*. Vi partecipano attualmente 162 Paesi (membri dell'OMC).

ampiamente “globale”<sup>42</sup>. L’accordo infatti garantisce un livello minimo “globale” di tutela ai titolari dei diritti in esso riconosciuti e disciplinati, una tutela che non soffre dei requisiti soggettivi – quale la nazionalità dell’autore – o oggettivi – quale il luogo di pubblicazione dell’opera – che limitavano l’accesso alle garanzie previste dalla Convenzione di Berna<sup>43</sup>.

L’accordo TRIPs, dunque, consolida e rafforza quanto previsto dagli accordi precedenti, rinviando espressamente a previsioni della Convenzione di Berna, le quali si intendono quindi recepite all’interno dell’accordo (eccezion fatta per il riconoscimento dei diritti morali) e affiancandovi disposizioni nuove, in linea con le necessità emergenti dall’avanzare della rivoluzione tecnologica, come ad esempio l’estensione della tutela del diritto d’autore anche ai *software* e alle banche dati.

Il quadro della disciplina internazionale relativo al diritto d’autore dev’essere poi integrato dal richiamo ai trattati internazionali dedicati alla tutela dei diritti fondamentali dell’uomo, i quali spesso riservano apposite disposizioni alla proprietà letteraria e artistica.

Il presupposto del riconoscimento del diritto d’autore in testi di così ampia portata si rinviene nella concezione dell’opera d’autore non soltanto come estrinsecazione delle idee e della creatività dell’autore medesimo, ma anche quale espressione di libertà del pensiero e strumento di promozione della cultura e del sapere<sup>44</sup>.

Il primo richiamo va inevitabilmente alla Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948<sup>45</sup>, la quale regola distintamente il diritto di proprietà all’art.17 e il diritto d’autore all’art.27, inserendolo tra i diritti c.d. “culturali”. La disposizione in esame prevede infatti che *«ogni individuo ha diritto di prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità, di godere delle arti e di partecipare al progresso scientifico ed ai suoi benefici. Ogni individuo ha diritto alla protezione*

---

<sup>42</sup> G. MORGESE, *La normativa internazionale ed europea sul diritto d’autore*, in *La comunità internazionale*, fasc. 4/2014, pp. 569-594.

<sup>43</sup> R. MASTROIANNI in A. M. GAMBINO, V. FALCE, *Scenari e prospettive del diritto d’autore*, Roma, Edizioni ART, 2009.

<sup>44</sup> Parla di diritto d’autore in termini di diritto fondamentale dell’uomo R. MASTROIANNI in *Proprietà intellettuale e costituzioni europee* in AIDA, 2005, p.9 e ss.

<sup>45</sup> *Universal Declaration of Human Rights* (UDHR), Parigi, il 10 dicembre 1948, adottata dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite.



*degli interessi morali e materiali derivanti da ogni produzione scientifica, letteraria e artistica di cui egli sia autore».*

Segue poi il Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali, firmato a New York il 10 dicembre 1966, il quale, in buona sostanza, si rifà alla qualificazione del diritto d'autore come "diritto culturale" declinata dalla UDHR, replicandone di fatto il contenuto della tutela all'art.15.

Per quanto concerne invece la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)<sup>46</sup> occorre far presente che, nonostante sia pacificamente riconosciuta come la fonte principale e il testo chiave per la tutela dei diritti dell'uomo, essa non riserva alcuna esplicita disposizione al diritto d'autore né alla proprietà intellettuale, portando così la dottrina a interrogarsi non soltanto sul grado di importanza che è possibile riconoscere alla materia del diritto d'autore nel contesto europeo e internazionale, ma anche sulla natura che a tale diritto si intende – e si deve – attribuire.

Il dibattito dottrinale che ne scaturì non può essere analizzato esaustivamente in questa sede; tuttavia, è possibile perlomeno accennare alle disposizioni intorno alle quali si è incardinata la riflessione giuridica.

Una parte della dottrina ritenne di poter rinvenire un implicito richiamo al diritto d'autore all'art.10, che disciplina il diritto alla libertà di espressione. Seguendo questa linea interpretativa, si finisce di fatto per conformarsi alla ricostruzione elaborata dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, la quale, ravvisando nel diritto d'autore un "diritto culturale", lo tutela in quanto strumento atto a promuovere lo sviluppo culturale e a garantire la libertà di espressione dell'individuo.

Altra parte della dottrina ravvisò invece un riferimento al diritto d'autore all'art. 1 del Protocollo addizionale, firmato a Parigi nel 1952 e dedicato alla proprietà, anch'essa esclusa dall'originaria formulazione della Convenzione. L'art. 1, co. 1 recita così: «*ogni persona fisica o morale ha diritto al rispetto dei suoi beni*». La nozione di bene riportata nel presente articolo, unica disposizione riservata a un diritto di contenuto patrimoniale, è stata interpretata in maniera estensiva dalla

---

<sup>46</sup> *Convention européenne des droits de l'Homme*, redatta e adottata dal Consiglio d'Europa il 4 novembre 1950 a Roma.

Corte Europea dei diritti dell'uomo in diverse pronunce, al punto da ricomprendervi anche la proprietà intellettuale<sup>47</sup>.

Nonostante l'interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo sia stata ampiamente criticata in ragione della sua eccessiva estensione<sup>48</sup>, il diritto d'autore e la proprietà intellettuale non possono dirsi esclusi dall'ambito applicativo dell'art.1 del Protocollo in esame.

L'attrazione del diritto di proprietà intellettuale nel più generale ambito del diritto di proprietà, delineato dall'art.1 del Protocollo addizionale, così come ricostruito dalla giurisprudenza della Corte Europea, suggerisce allora una concezione del diritto d'autore spiccatamente dominicale.

Questa impostazione sembra essere confermata, infine, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, la c.d. Carta di Nizza<sup>49</sup>, la quale all'art.17, dedicato al diritto di proprietà, richiama espressamente la proprietà intellettuale.

### **1.7 L'impatto della rivoluzione digitale sul diritto d'autore**

Come il XV secolo vide mutare sotto i propri occhi il modo di concepire e gestire la circolazione e la diffusione delle opere dell'ingegno grazie all'invenzione della stampa a caratteri mobili, anche il XX secolo conobbe la propria rivoluzione a seguito della nascita di Internet e della società dell'informazione, confermando ancora una volta come la materia del diritto d'autore, più di altre, sia strettamente correlata alle evoluzioni economiche, sociali e culturali dell'ambiente in cui le opere nascono e vengono divulgate.

Nel 1962 il governo degli Stati Uniti affidò all'ente di ricerca ARPA (*Advanced Research Projects Agency*) l'incarico di elaborare un sistema di comunicazione in grado di trasmettere dati anche nell'eventualità di conflitto nucleare, determinando

---

<sup>47</sup> Su tutte: *sentenza Iatridis c. Grecia*, Causa n. 31107/96/1999, del 25 marzo 1999.

<sup>48</sup> R. MASTROIANNI in A. M. GAMBINO, V. FALCE, *Scenari e prospettive del diritto d'autore*, Roma, Edizioni ART, 2009 sottolinea infatti che, nell'accezione data dalla Corte al concetto di "bene", risulterebbe ricompreso ogni interesse nascente dai rapporti economici intrattenuti da un individuo e dunque ogni interesse economicamente valutabile.

<sup>49</sup> *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* (CDFUE), proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, incorporata in forma di allegato al Trattato di Lisbona e dotata del medesimo valore giuridico dei trattati ex art. 6 TUE.

così la nascita di *Arpanet*, prima forma embrionale di ciò che avrebbe poi preso il nome di Internet<sup>50</sup>.

In origine la nuova rete fu utilizzata principalmente in ambito universitario, un contesto indubbiamente interessato all'agilità dello scambio di dati, reso possibile dalla nuova tecnologia. Presto però, grazie alla creazione dei computer e del modello di trasmissione TCP/IP, fu possibile collegare in rete migliaia di utenti. È la nascita di Internet (*INTERconnectedNETworks*).

In questo mutato contesto, nel quale risulta estremamente semplice la comunicazione e lo scambio di informazioni in tempo reale tra milioni di persone, la prima cosa che balza all'occhio è la possibilità di riprodurre e diffondere dati – ed evidentemente anche opere artistiche e letterarie – a costi irrisori, provocando un impatto enorme sulla loro circolazione e divulgazione.

Inoltre, la sempre maggior disponibilità di strumenti tecnologici ad un numero sempre più elevato di persone determinò un incremento non solo dei soggetti che producono le opere, ma anche di quelli che ne usufruiscono. Con l'innovazione tecnologica si assiste infatti alla digitalizzazione delle opere fisiche, le quali, private di un supporto tangibile, risultano certamente più accessibili, ma al contempo non facilmente tutelabili, considerata la difficoltà nel controllarne la diffusione in rete.

La circolazione dei contenuti online avviene quindi con estrema semplicità, spesso senza la possibilità, per i legittimi titolari di quei contenuti, di esercitarvi un controllo effettivo.

È evidente come l'avvento di Internet porti con sé notevoli problematiche dal punto di vista della tutela dei diritti degli autori, considerando la semplicità con cui ognuno può riprodurre copie perfette di opere esistenti ed eventualmente pubblicarle sul web. Infatti, sostiene il professor Andrea Stazi, dal punto di vista economico, la digitalizzazione e la diffusione di Internet hanno determinato una non

---

<sup>50</sup> J. GILLIES, R. CAILLIAU, *Come è nato il web*, Milano, Baldini&Castoldi, 2002, in cui gli autori ripercorrono l'avvento e l'evoluzione di Internet, dalla sua nascita come rete *Arpanet*, passando per la fondazione del CERN, fino alla nascita del World Wide Web, termine coniato da Tim Berners-Lee.

rivalità dei consumi dei contenuti digitali e il venir meno di ogni problema di disponibilità dei prodotti<sup>51</sup>.

Le difficoltà connesse all'evoluzione tecnologica aumentarono ulteriormente con l'elaborazione di una versione *web 2.0*<sup>52</sup>, caratterizzata non soltanto dalla diffusione, ma anche dalla creazione di contenuti digitali da parte degli utenti, attraverso piattaforme denominate *social networks*. Se infatti attraverso i tradizionali mezzi di comunicazione e l'originaria rete Internet il soggetto fruiva passivamente dell'informazione, con i *social media* l'individuo vi partecipa attivamente, potendo usufruire dei contenuti degli altri utenti, ovvero ri-condividerli e personalizzarli a suo piacimento. Così i *social media*, gratuitamente accessibili, diventano aggregatori di contenuti condivisi, riprodotti, generati e personalizzati dagli utenti.

Le caratteristiche principali del *web 2.0* e delle piattaforme *social*, che rivoluzionano drasticamente il modo di concepire le modalità stesse di condivisione *online*, possono quindi essere riassunte nella formula delle tre P<sup>53</sup>:

- a) *pubblicazione*: gli utenti non sono più – soltanto – semplici fruitori di contenuti realizzati da altri, ma diventano creatori essi stessi; basti pensare alla creazione di blog personali oppure alla condivisione di foto e produzione di video su *YouTube*, *Instagram* o *Tik Tok*
- b) *partecipazione*: gli utenti non solo hanno un ruolo attivo e creativo, ma possono costruire vere e proprie comunità virtuali, superando le limitazioni del tempo e dello spazio tipiche della comunicazione umana. L'esempio più eclatante è *Facebook*, fondato nel 2004 da Mark Zuckerberg.

---

<sup>51</sup> A. STAZI, *La tutela del diritto d'autore in rete: bilanciamento degli interessi, opzioni regolatorie europee e "modello italiano"*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (II)*, fasc. 1, 2015, pag.89.

<sup>52</sup> La locuzione è stata coniata da T. O' REILLY, nell'ormai nota relazione *What is web 2.0*, in cui mise in luce le nuove peculiari caratteristiche del web 2.0 e, in particolare, la facoltà degli utenti di produrre, oltre che di immettere e condividere, contenuti nella rete; una rete, allora, connotata da una possibilità di interazione molto più estesa che in precedenza.

<sup>53</sup> G. M. RICCIO, *Social Network e responsabilità civile*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, fasc. 6, 2010, pag. 859-871.

- c) *personalizzazione*: agli utenti è consentito inoltre personalizzare i vari contenuti offerti dalla rete, superando la mera riproduzione passiva dell'informazione prodotta da altri.

La smaterializzazione dei contenuti, compresi quelli dell'ingegno, l'impossibilità di questi di godere della medesima tutela giuridica che è possibile garantire alle opere fisiche, nonché l'avvento dei *social media* e la successiva creazione di un mercato elettronico praticamente privo di frontiere, hanno prodotto quella che, dai più, viene definita "*rivoluzione digitale*"<sup>54</sup>.

Inoltre, una difficoltà connessa a queste nuove modalità di comunicazione, fa notare ancora Andrea Stazi, è il fatto di rendere particolarmente complessa l'esclusione dal consumo di quegli utenti che non siano disposti a corrispondere il prezzo del contenuto digitale cui pretendono di accedere, provocando un preoccupante incremento di fenomeni antigiuridici come la pirateria *online* e pregiudicando ancor di più la posizione di regola già precaria dei legittimi titolari di quei contenuti.

È comprensibile quindi quanto tutto ciò abbia inciso e continui ad incidere anche, e soprattutto, sul piano giuridico. I principali problemi che si pongono al giurista moderno sono perlopiù connessi, da un lato, alla tutela dei dati personali dei soggetti che operano in rete, dall'altro alla responsabilità degli utenti e dei gestori dei servizi nella condivisione e diffusione *online* di contenuti protetti<sup>55</sup>.

Mentre la questione relativa alla responsabilità dei gestori dei servizi, i c.d. *Internet Server Providers* (ISP), verrà ampiamente trattata nei capitoli successivi, in particolar modo alla luce della recentissima direttiva UE 2019/790<sup>56</sup>; tutto quanto riguarda invece la tutela dei dati personali e il necessario bilanciamento del diritto d'autore con altri fondamentali diritti dell'uomo, convenzionalmente e costituzionalmente tutelati – quali, ad esempio, il diritto alla riservatezza, il diritto alla libertà

---

<sup>54</sup> F. CHRISAM, *Le licenze sugli user-generated content. Click-wrap agreement, big data e circolazione online del diritto d'autore*, Roma, Aracne Editrice, 2016.

<sup>55</sup> Ancora G. M. RICCIO, *Social Network e responsabilità civile*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, fasc. 6, 2010, pag. 859-871.

<sup>56</sup> *Direttiva (UE) 2019/790*, del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019, *sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale* e che modifica la direttiva 96/9/CE e 2001/29/CE.

di ricerca e il diritto alla libertà dell'informazione – non può essere qui analizzato esaustivamente, sebbene la frequente interdipendenza delle due questioni darà modo di trattarne sommariamente alcuni profili.

Infine, prima di procedere, è bene ricordare che i *social media* cominciarono a diffondersi nell'ambito della c.d. *new economy*, un nuovo tipo di economia, sviluppata parallelamente all'emergere di Internet e influenzata dalle dinamiche tipiche del mondo digitale, in cui la creazione e l'attività delle imprese segue paradigmi diversi rispetto a quanto avviene nell'economia tradizionale.

I gestori dei servizi *online*, della cui responsabilità tanto si parlerà nel corso della trattazione, si trovarono così ad operare in un contesto del tutto nuovo, caratterizzato da alcune peculiarità tipicamente riconducibili a un tipo di economia che trova il proprio sbocco principale in rete<sup>57</sup>.

Ciò spiega perché, ad esempio, nell'ambito della c.d. *new economy* è molto più semplice dar vita a posizioni monopolistiche, rispetto a quanto avviene altrove. Emblematico è il caso di *Google*, divenuto ormai il principale motore di ricerca esistente sul *web*. In origine, infatti, e per tutti gli anni Novanta del secolo scorso, coloro che offrivano sul mercato tale servizio si trovavano in una posizione di forte concorrenza reciproca. Tuttavia, è bastato un decennio perché *Google* si imponesse come il servizio più efficiente, guadagnandosi le maggiori fette di mercato e costringendo i soggetti concorrenti a preferire l'offerta di opzioni alternative. Gli utenti di internet, in buona sostanza, rivolgendosi ai servizi che ritengono funzionare meglio degli altri, agevolano la creazione di posizioni di forza che, sfruttando l'abbattimento delle distanze garantito dalla dinamicità dell'operare in rete, finiscono per assumere carattere mondiale.

Tutto ciò stravolge in modo irreversibile le regole che tradizionalmente governavano la concorrenza e il mercato, e consente alle imprese che operano su Internet di conoscere tassi di sviluppo di fatto impensabili per quelle che, al contrario, svolgono le proprie operazioni economiche e commerciali nel mondo fisico.

---

<sup>57</sup> Come sapientemente evidenziato in G. M. RICCIO, *Social Network e responsabilità civile*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, fasc. 6, 2010, pag. 859-871, dove l'autore infatti elenca alcune delle principali caratteristiche delle imprese che operano nell'ambito della *new economy*.

Le profonde innovazioni provocate dall'avvento dell'era digitale, oltre a determinare notevoli ripercussioni all'interno della disciplina del diritto d'autore, fulcro della presente disamina, hanno coinvolto l'intera economia globale, propagandosi in tutti i settori, in particolar modo in quello della comunicazione e dell'informazione, divenuto in pochi anni il perno delle economie mondiali. Pertanto, l'esigenza di creare un mercato unico digitale, cui la direttiva UE 2019/790 fa riferimento, allo scopo di ottimizzare le opportunità offerte dalla rete nei settori più disparati, come per esempio quello delle telecomunicazioni o del diritto d'autore, è la logica conseguenza di quelle trasformazioni tecnologiche e digitali che hanno così profondamente modificato le attitudini economiche degli operatori di mercato.

### **1.8 Il contesto normativo europeo su cui si innesta la recentissima direttiva 2019/790/UE**

Gli effetti della rivoluzione digitale si avvertirono non soltanto sul piano internazionale, ma anche in quello comunitario ed europeo. I trattati e le convenzioni internazionali non rappresentano infatti le sole fonti sovranazionali in materia: anche le istituzioni della Comunità Europea – poi Unione Europea – contribuirono fin da subito a integrare il diritto interno, emanando una serie di direttive volte ad armonizzare le diverse legislazioni nazionali degli Stati membri in merito al diritto d'autore, specialmente in seguito all'avvento di Internet.

La prima direttiva risale al 1986 e disciplinava la tutela giuridica delle topografie dei prodotti a semiconduttori<sup>58</sup>.

A questa seguirono importanti direttive adottate per far fronte ai primi segnali di innovazione tecnologica: le direttive 91/250/CEE del 14 maggio 1991<sup>59</sup> relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore (*software*) e 92/100/CEE del 19 novembre 1992<sup>60</sup> in merito al diritto di noleggio, al diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto d'autore in materia di proprietà intellettuale.

---

<sup>58</sup> Direttiva n. 87/54/CEE del 16/12/1986.

<sup>59</sup> Successivamente codificata dalla direttiva 2009/24/CE.

<sup>60</sup> Successivamente codificata dalla direttiva 2006/115/CE.

Seguì la direttiva 93/98/CE del 29 ottobre 1993<sup>61</sup>, concernente l'armonizzazione della durata di protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi. Vi fu poi la direttiva 96/9/CE dell'11 marzo 1996 avente ad oggetto la tutela giuridica delle banche dati.

Si entrò nel vivo della materia attraverso una serie di direttive emanate sulla scia dell'inarrestabile progresso tecnologico: la direttiva 2000/31/CE del 8 giugno 2000 relativa al commercio elettronico fu la prima di questo gruppo, seguita immediatamente dalla direttiva 2001/29/CE (*InfoSoc*) del 22 maggio 2001, in merito all'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione. Seguirono la direttiva 2004/48/CE del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale<sup>62</sup>, la direttiva 2014/26/UE del 26 febbraio 2014 concernente la gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi e sulla concessione di licenze multi-territoriali per i diritti su opere musicali per l'uso online nel mercato interno e infine la direttiva 2019/790/UE del 17 aprile 2019 sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale.

Obiettivo fondamentale delle direttive in questione è quello di garantire quanto più possibile il ravvicinamento delle diverse discipline interne in materia di diritto d'autore, non una loro completa uniformazione<sup>63</sup>. L'art. 288 par. 3 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), infatti, prevede che le direttive vincolino i legislatori nazionali mediante meri obiettivi di risultato, in riferimento quindi ai risultati da raggiungere obbligatoriamente e non anche in relazione agli strumenti e ai mezzi da utilizzare per conseguirli.

Ne deriva così un quadro giuridico certamente armonizzato, ma comunque connotato da alcune rilevanti differenze all'interno dei rispettivi ordinamenti nazionali, sicché non è possibile – ancora – parlare di un diritto d'autore europeo o globale. Infine, contribuisce indubbiamente a dare impulso al processo di coordinamento europeo anche la giurisprudenza della Corte di giustizia UE, le cui sentenze di

---

<sup>61</sup> Successivamente codificata dalla direttiva 2006/116/CE e poi modificata dalla direttiva 2011/77/UE.

<sup>62</sup> Direttiva IPRED, *Intellectual Property Rights Enforcement Directive*.

<sup>63</sup> G. SPEDICATO, *Principi di diritto d'autore*, Bologna, il Mulino, 2020.



natura pregiudiziale permettono di ricostruire in modo uniforme le più importanti nozioni in materia di diritto d'autore<sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup> Un esempio è la sentenza *Levola Hengelo v. Smilde Foods*, causa n. 310/2017, con la quale la Corte ha fornito una definizione del concetto di opera dell'ingegno uniformemente applicabile nel contesto europeo, nonostante anche tale impostazione definitoria della Corte abbia lasciato in sospeso alcune perplessità, rimaste tutt'al più insolute.

## CAPITOLO II

### **Diritto d'autore: una fattispecie complessa. Nozione di «opera»; contenuto e caratteristiche della tutela.**

#### **2.1 La complessità definitoria dell'opera d'ingegno**

Il capitolo precedente si è concluso con il richiamo a una importante – e recente – sentenza della Corte di Giustizia UE (CGUE), la sentenza *Levola Hengelo* (C-310/17), attraverso la quale si è cercato di fornire un'interpretazione della nozione di «opera» in grado di applicarsi validamente a tutti gli Stati membri.

La questione venne posta dinanzi al giudice europeo in ragione dell'incertezza definitoria che, tanto nelle legislazioni interne, quanto nella frammentata giurisprudenza comunitaria, connotava il concetto di opera dell'ingegno.

In realtà il problema era stato sottoposto all'attenzione della Corte di Lussemburgo già in occasione del caso *Infopaq*<sup>65</sup>, nel 2008.

Le direttive europee dei primi anni Novanta, in effetti, orientarono il proprio intervento di armonizzazione quasi esclusivamente nei confronti di quelle opere rispetto alle quali era maggiormente avvertita l'esigenza di garantirne un'idonea circolazione nel mercato interno: *software* e programmi per elaboratore, banche dati e riproduzioni fotografiche. Il richiamo va ovviamente alle già citate direttive 91/250/CE relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, 96/6/CE in merito alla tutela delle banche dati e 93/98/CE riguardante la durata della protezione del diritto d'autore e diritti connessi. Il tentativo armonizzatore del legislatore comunitario fu, dunque, almeno in un primo momento, prettamente settoriale e circoscritto a opere non tradizionali, perlopiù implicate dall'inarrestabile processo di evoluzione tecnologica<sup>66</sup>.

In particolare, dal combinato disposto dell'art. 1, co. 3 della Direttiva in materia di *software* e dell'art. 3, co. 1 della Direttiva relativa alle banche dati emerge come tra

---

<sup>65</sup> *Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening*, Causa n. 5/08 (C-5/08), Corte Giustizia UE, 16 luglio 2009

<sup>66</sup> P. FABBIO, *Opere protette e requisiti di tutela nel diritto d'autore UE*, in *AIDA*, 2016, pag. 281

i requisiti necessari – per l’accesso alla tutela in questione – vi sia in primis l’*originalità*, ritenuta sussistente quando l’opera dimostri d’essere il «*il risultato della creazione intellettuale dell’autore*» o una «*creazione dell’ingegno propria del loro autore*» ed escludendo, di contro, che possano in alcun modo rilevare considerazioni qualitative o estetiche ai fini della protezione della stessa.

È evidente, tuttavia, l’assenza di un soddisfacente inquadramento definitorio della nozione di opera e dello stesso concetto di originalità.

Persino la successiva Direttiva *InfoSoc* dei primissimi anni Duemila, esplicitamente formulata a fini armonizzatori, utilizza il termine «*opera*» senza fornirne alcuna definizione specifica.

Accanto all’effettiva mancanza di un’operazione chiarificatrice da parte delle istituzioni comunitarie – dovuta, forse, alla convinzione che, non costituendo un particolare ostacolo al funzionamento del mercato interno, la materia non fosse tale da esigere l’immediata e prioritaria attenzione del legislatore europeo – si imponeva, sempre più prepotentemente, la consapevolezza di quanto fosse necessario saper garantire una maggior uniformità di disciplina, così da sopperire alle lacune e alle incoerenze esistenti nell’esperienza giuridica di ciascuno Stato membro e superare definitivamente un approccio troppo limitato a una materia, come quella del diritto d’autore, che assume ormai dimensione internazionale e globale.

Infatti, sebbene la diversità delle normative nazionali interferisca spesso soltanto formalmente, o perché non sufficientemente incisiva da interferire sul risultato pratico, oppure perché destinata a colpire opere minori (la cui circolazione si presume avvenga esclusivamente all’interno dei confini statali)<sup>67</sup> non è possibile, per ciò solo, ritenere superata la questione definitoria della nozione di opera.

Le difficoltà sono innegabili, la disciplina presenta infatti confini sfuggenti, soprattutto considerando la complessità di inquadrare un’attività creativa che è propria della sfera intellettuale dell’uomo – per sua natura intangibile – e i requisiti che essa deve necessariamente presentare affinché possa essere posta ad oggetto di tutela giuridica. Inoltre, è bene ricordare che, a livello internazionale, i domini di pertinenza del diritto d’autore sono individuati nella letteratura, nella scienza e nell’arte,

---

<sup>67</sup> P. FABBIO, *Opere protette e requisiti di tutela nel diritto d’autore UE*, in *AIDA*, 2016, pag. 281

come sottolinea l'art. 2 della Convenzione di Berna. La difficoltà di stabilire cosa sia da considerare parte di questi ambiti certamente ampi, ma specifici, e di cosa invece ne esuli, è lampante; a maggior ragione quando si pensa alle molteplici realtà prodotte dalle moderne forme di comunicazione della società attuale.

A questo proposito, come accennavo, la questione è recentemente e nuovamente approdata davanti alla Corte, in occasione del caso *Levola Hengelo*, quando, con riferimento a particolari tipologie di creazioni non convenzionali, è emersa l'esigenza di un loro inquadramento definitorio. Le maggiori perplessità, infatti, cominciarono a porsi in relazione ad alcuni prodotti, quali profumi e sapori alimentari, la cui peculiarità sta nel venir percepiti mediante il gusto e l'olfatto, in contrapposizione alle forme creative più tradizionali, percepibili attraverso la vista e l'udito<sup>68</sup>. Tutto ciò evidenzia ancora una volta la crescente complessità definitoria del concetto di «opera», posto il costante aumento delle più eterogenee realtà che si intendono incorporare in tale qualificazione.

La sentenza *Levola Hengelo* fu così l'occasione per sollecitare la CGUE a indicare in via definitiva dei criteri idonei a delineare una volta per tutte la nozione di opera protetta, in modo tale da dissipare le incertezze esistenti nelle diverse discipline nazionali, nonché in quella europea.

La presenza di una definizione certa di opera dell'ingegno spesso, infatti, difetta nei principali ordinamenti giuridici occidentali, in parte perché la si ritiene, in buona sostanza, una nozione pre-giuridica<sup>69</sup>, in parte perché l'attenzione ricade principalmente sui requisiti tecnici che l'opera deve possedere per accedere alla tutela, piuttosto che sulla sua qualificazione ontologica.

Partendo dai profili di certezza che dottrina e giurisprudenza hanno raggiunto in materia, per giungere soltanto in seguito ai suoi aspetti più problematici, oggetto del diritto d'autore è indubbiamente un particolare tipo di bene immateriale, inteso – in prospettiva nazionale – in senso conforme alla nozione di “cose” di cui all'art. 810 del nostro Codice civile. La disposizione stabilisce che costituiscono beni in

---

<sup>68</sup> C. SGANGA, *La nozione di opera protetta nel diritto d'autore europeo tra armonizzazione silente e silenzi controversi*, in *Rivista di Diritto Industriale*, fasc.II, 2020, pag. 159

<sup>69</sup> G. SPEDICATO, *Principi di diritto d'autore*, Bologna, il Mulino, 2020

sensu giuridico «*le cose che possono formare oggetto di diritti*», dove con il termine «*cose*» ci si riferisce non soltanto ai beni materiali, ma anche alle entità immateriali. Quando parliamo di un bene privo di corporeità, ci riferiamo evidentemente ad un bene di cui abbiamo un'esperienza mediata, per il tramite di un supporto materiale che ne renda possibile la percezione attraverso i sensi. Si tratta in ogni caso di oggetti materiali che incorporano l'opera intellettuale, nel suo significato di bene immateriale, ma che non finiscono per coincidere con essa, tant'è che qualora dovesse andar distrutto il supporto fisico, ciò non si tradurrebbe automaticamente anche nella distruzione dell'opera in esso contenuta. Gli esempi più immediati rimandano a quadri, dischi o libri, mezzi attraverso i quali è possibile apprezzare opere d'arte, letterarie o musicali. Ma costituiscono un particolare tipo di supporto materiale, nonostante la loro natura intangibile, anche le codificazioni binarie, mediante le quali si conferisce dimensione digitale a beni immateriali come i *file* di canzoni, video o documenti digitalizzati.

L'opera dell'ingegno, quindi, necessita di un'entità materiale – nell'ambito della quale sono senz'altro ricomprese anche le sequenze di bit che costituiscono l'identità dei contenuti digitali – concettualmente e giuridicamente indipendente rispetto all'opera stessa, per poter essere fatta oggetto di divulgazione, fruizione e diffusione. Il riferimento ai beni immateriali, tuttavia, non è sufficiente: non tutte le cose prive di fisicità possono dirsi opere dell'ingegno. È necessario, infatti, circoscrivere ulteriormente l'area di riferimento, individuando degli elementi sufficientemente qualificanti.

È in questa direzione che si sviluppano gli interventi giurisprudenziali della CGUE volti a chiarire la portata della nozione di opera dell'ingegno.

## **2.2 La definizione di opera nella sentenza Levola-Hengelo e le sue intrinseche criticità**

Nel 2016 la società olandese Levola Hengelo, produttrice del formaggio spalmabile *Hens'nkaas*, citò in giudizio alcuni dei suoi più importanti concorrenti sul mercato a causa di diversi presunti tentativi di riproduzione del sapore alle erbe aromatiche del famoso formaggio, sulla cui ricetta segreta la società olandese aveva investito ingenti capitali, acquistandola da un produttore locale. La società Levola Hengelo

chiese, in quella circostanza, che venisse assicurata al proprio prodotto la tutela generalmente riservata alle opere d'autore.

In primo grado la corte distrettuale dell'Aja respinse la domanda della parte attrice in quanto non supportata da una definizione sufficientemente precisa di opera, soprattutto in considerazione dell'evidente mutevolezza nella percezione soggettiva del sapore e del gusto del prodotto olandese. Questo, ad opinione del giudice olandese, determinava evidentemente l'impossibilità di verificare, da un lato, il soddisfacimento dei requisiti richiesti dalla legge olandese per accedere alla protezione autoriale, dall'altro lato, la sussistenza di una violazione effettivamente idonea a integrare una fattispecie meritevole di tutela<sup>70</sup>. In seguito, anche la Corte d'appello di Arnhem-Leeuwarden, interpellata per valutare la correttezza della sentenza di primo grado, ritenne necessario rimettere preliminarmente la questione interpretativa alla CGUE, considerando la materia di competenza europea.

Il rinvio pregiudiziale, di fatto finalizzato a consentire un chiarimento in ordine alla riconducibilità di sapori e gusti all'interno della categoria delle opere protette, divenne il pretesto per indurre la CGUE a fornire un'interpretazione uniformemente valida, in ambito comunitario, della nozione di opera.

L'ormai celebre sentenza della Corte di Giustizia UE ha così stabilito che un oggetto, in qualità di bene non materiale come evidenziato pocanzi, può essere correttamente qualificato come opera quando ricorrano due presupposti fondamentali e cumulativi tra loro: anzitutto deve trattarsi di un oggetto originale, *«nel senso di dover costituire una creazione intellettuale propria del suo autore»*. Contestualmente la definizione di un oggetto come opera dell'ingegno dev'essere riservata ai soli *«elementi che sono espressione di una siffatta creazione intellettuale»*<sup>71</sup>, escludendo in tal modo tutto ciò che preesiste rispetto all'attività creativa dell'autore.

Sebbene lo sforzo definitorio operato dalla Corte sia indubbiamente apprezzabile, è pur vero che tale impostazione desta alcune perplessità, specialmente in riferimento all'assunto per il quale la qualificazione di opera debba riservarsi ai soli elementi che costituiscano specifica espressione dell'attività intellettuale dell'autore.

---

<sup>70</sup> Rechtbank Den Haag, 3 maggio 2017, *Levola Hengelo BV v European Food Company BV*, NL:RBDHA:2017:4384

<sup>71</sup> Si rimanda al testo originale della sentenza *Levola Hengelo v. Smilde Foods*, causa n. 310/2017

Tale inquadramento giuridico, infatti, confligge con la realtà di fatto: difficilmente l'opera riesce a configurare un *unicum* la cui essenza sia interamente frutto della produzione artistica e intellettuale dell'autore. Qualsiasi opera è composta, di regola, da vari elementi, alcuni dei quali vengono certamente generati dall'ingegno dell'autore, ma ve ne sono altrettanti che, al contrario, preesistono al suo intervento. È sufficiente pensare a un manuale di storia dell'arte, o di critica letteraria: nessuno metterebbe in discussione la natura di opera di testi siffatti; eppure, seguendo il ragionamento della CGUE, tale conclusione non appare così lineare. Al loro interno, infatti, oltre all'inevitabile contributo creativo dell'autore, che analizza e commenta opere artistiche o letterarie attraverso parole proprie e idee personalmente elaborate, vi sono anche degli elementi preesistenti: le stesse opere artistiche e letterarie oggetto di trattazione, che certamente non sono il prodotto dell'attività di colui che è chiamato commentarle. Inoltre, non può negarsi che entrambe le componenti risultino essere fondamentali a costituire opere simili a quelle in discussione, le quali, evidentemente, non avrebbero neppure ragione di esistere in assenza di quegli elementi pregressi la cui esistenza è fonte di ispirazione e oggetto di interpretazione da parte dell'autore.

Di certo appare maggiormente condivisibile la terza condizione posta dalla Corte alla base della qualificazione di opera dell'ingegno: la nozione di opera deve presupporre, in ogni caso, l'esistenza di un'entità «*identificabile con sufficiente precisione e obiettività*»<sup>72</sup>; fattore, questo, che ha avuto modo di evidenziare anche la nostra giurisprudenza, la quale si è espressa in termini di «*compiutezza espressiva*» nel subordinare la protezione di alcuni prodotti, quali i format televisivi, al fatto che essi presentino un'indicazione dettagliata dei propri elementi costitutivi, quali «*un titolo, una struttura narrativa di base, un apparato scenico e personaggi fissi*»<sup>73</sup>, così da assicurarne una precisa e obiettiva identificabilità. E fu proprio in ragione della mancanza di tale requisito di precisione e obiettività, che la Corte escluse la possibilità di sussumere il sapore di un alimento, la cui percezione è evidentemente soggettiva e mutevole, nella categoria delle opere suscettibili di protezione e tutela.

---

<sup>72</sup> Si rimanda nuovamente al testo della sentenza *Levola Hengelo*

<sup>73</sup> Cass. Civ., sez. I, 27 luglio 2017, n. 18633, in *Rivista di diritto industriale*, 2018, II, pp. 234 ss.

Ad ogni modo, è chiaro che la definizione di opera fornita dalla CGUE in occasione della sentenza Levola Hengelo non soddisfa del tutto, specialmente se si pone l'attenzione su un'ulteriore lacuna lasciata dalla pronuncia del giudice europeo, il quale, nel proprio tentativo definitorio, omette qualsiasi riferimento, alla Convenzione di Berna<sup>74</sup>, la quale, come ho già avuto modo di mettere in luce, all'art.2 circoscrive l'ambito di pertinenza del diritto d'autore a «*tutte le produzioni nel campo letterario, scientifico e artistico*».

Il mero richiamo ad un'attività intellettuale e creativa, identificabile in maniera precisa e obiettiva, non è in grado di appagare realmente alcuna esigenza definitoria. Una nozione di tale portata potrebbe legittimamente incorporare anche beni ulteriori, oggetto semmai di differenti diritti di proprietà intellettuale. L'art.2 della Convenzione di Berna, circoscrivendo il proprio ambito applicativo alle sole opere rientranti nelle tre macrocategorie richiamate dalla disposizione – letteratura, scienza e arte – sembra offrire, assieme all'elenco di opere che immediatamente segue<sup>75</sup>, una definizione considerevolmente ristretta, almeno in apparenza. D'altronde, tale impostazione è ripresa anche dalla legge italiana sul diritto d'autore<sup>76</sup>, la quale, all'art. 1, garantisce protezione a tutte le opere di carattere creativo appartenenti «*alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro ed alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione*» a cui è stato poi aggiunto, tramite interventi legislativi successivi, il riferimento ai programmi per elaboratore e alle banche dati, conformemente alle previsioni vigenti in ambito comunitario. All'art. 2 della presente legge ricorre poi, in maniera speculare rispetto alla

---

<sup>74</sup> C. SGANGA, *La nozione di opera protetta nel diritto d'autore europeo tra armonizzazione silente e silenzi controversi*, in *Rivista di Diritto Industriale*, fasc. II, 2020, pag. 159

<sup>75</sup> Le opere contemplate dalla Convenzione di Berna in tale elenco sono, nello specifico: i libri, gli opuscoli ed e altri scritti; le conferenze, allocuzioni, sermoni ed altre opere della stessa natura; le opere drammatiche o drammatico-musicali; le opere coreografiche e pantomimiche; le composizioni musicali con o senza parole; le opere cinematografiche, alle quali sono assimilate le opere espresse mediante un procedimento analogo alla cinematografia; le opere fotografiche, alle quali sono assimilate le opere espresse mediante un procedimento analogo alla fotografia; le opere delle arti applicate; le illustrazioni, le carte geografiche, i piani, schizzi e plastici relativi alla geografia, alla topografia, all'architettura o alle scienze

<sup>76</sup> Legge n. 633/41



struttura della stessa Convenzione di Berna, un elenco di opere specificatamente comprese nella protezione autoriale.

Tanto nella normativa internazionale, quanto in quella nazionale, la presenza di simili elenchi è posta, evidentemente, a titolo esemplificativo<sup>77</sup>, al fine di consentire l'eventuale inclusione di nuovi oggetti e prodotti culturali, la cui esigenza di tutela emerge sulla scia delle frequenti innovazioni sociali ed economiche che caratterizzano la società contemporanea. L'obiettivo è quello di evitare il cristallizzarsi della nozione di opera su realtà fisse e tipologie di creazioni che, per loro natura, risultano essere estremamente mutevoli e variabili, ostacolando, di conseguenza, la comprensione di una materia soggetta a frequenti e inevitabili evoluzioni.

Il richiamo a categorie molto ampie è finalizzato, quindi, ad assicurare una certa elasticità all'inquadramento normativo della materia, ma solleva, allo stesso tempo, alcuni profili di problematicità. Nella complessità del reale, infatti, non appare così agevole stabilire cosa possa dirsi compreso, con certezza, all'interno dei concetti di letteratura, scienza e arte, e cosa invece ne rimanga escluso; e sicuramente i tempi moderni, con quella rapida mutevolezza che li contraddistingue, non offrono alcun efficace ausilio in tal senso. Inoltre, l'estensione delle macrocategorie delineata dal legislatore internazionale – e da quello nazionale – non può tradursi in una totale assenza di confini definitivi. Il rischio, altrimenti, sarebbe quello di aprire il concetto di opera a tutto ciò che non è in grado di trovare protezione presso altre forme di tutela previste dall'ordinamento, trasformando la disciplina del diritto d'autore in un contenitore vuoto, privo di coerenza e omogeneità, in contrasto con quel margine di tassatività che la previsione di siffatte categorie ed elenchi sembra suggerire. Si tratta di un rischio che, al contrario, appare neutralizzato in altri ordinamenti giuridici, i quali omettono qualsiasi tassativa specificazione dei settori di pertinenza della protezione autoriale. Un esempio è fornito dal *Copyright Act* statunitense, il quale non introduce alcun elenco, ma si riferisce, in senso generale, agli «*original work of authorship*». Analoga struttura viene adoperata, ancora, dal *Code de la*

---

<sup>77</sup> In questi termini si esprime anche Trib. Milano, 5 febbraio 2016, n. 1656: «oggetto di protezione è infatti esclusivamente il modo con cui l'idea viene esteriorizzata, attraverso uno dei mezzi espressivi elencati a titolo esemplificativo dagli artt. 1 e 2 l.a [...]»

*propriété intellectuelle* francese, nonché da ulteriori ordinamenti nazionali<sup>78</sup>. Ciò che è utile mettere in luce, nel corso di questa trattazione, è come la comparazione tra i due diversi approcci metodologici consenta di sottolineare la natura solo parzialmente aperta della nozione d'opera fornita dalla Convenzione di Berna e dalla legge italiana. Una nozione, dunque, che certamente intende assicurare una certa flessibilità e che, tuttavia, non può garantire un'estensione illimitata dei propri confini e un'apertura indiscriminata a qualsiasi nuova realtà astrattamente riconducibile all'attività creativa dell'essere umano.

Questo rapido excursus dedicato alla disciplina internazionale e nazionale consente di comprendere i motivi alla base di alcune critiche avanzate, da parte di dottrina e giurisprudenza, alla sentenza *Levola Hengelo*<sup>79</sup>. Considerando le perplessità legate all'impostazione seguita dalla CUB<sup>80</sup>, ciò che lascia interdetti è proprio l'assoluta mancanza, nell'ambito di una pronuncia che pretende d'essere definitiva in materia di qualificazione giuridica del concetto di opera, di una riflessione sul tema e, d'altro canto, di una presa di posizione in ordine alla previsione convenzionale di categorie ormai superate – sebbene sufficientemente ampie da non risultare del tutto inefficaci – e introdotte in un momento storico, il 1886, in cui non fu certamente possibile prevedere la difficoltà in cui sarebbe incorso, in proseguo di tempo, chi avrebbe tentato di classificare e incasellare, in tali categorie, le molteplici ed eterogenee realtà creative prodotte, con ritmo incessante, dalla cultura moderna.

Per comprendere ciò a cui il diritto d'autore assicura in concreto protezione e, soprattutto, quali siano le condotte che configurano una violazione di tale tutela – consentendoci in questo modo di entrare nel vivo della presente esposizione – è necessario procedere a un'analisi più approfondita del contenuto dell'opera e degli elementi di cui essa si compone.

---

<sup>78</sup> Per un'analisi accurata del confronto tra i diversi modelli nazionali si rimanda a M. BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, Torino, Giappichelli, 2011 e E. ROSATI, *Originality in EU Copyright: Full harmonization through Case Law*, Edward Elgar Pub, 2013

<sup>79</sup> A titolo esemplificativo si veda C. BUCCAFUSO, *On the legal consequences of sauces: should Thomas Keller's recipes be per se copyrightable*, 24 *Cardozo Arts & Ent LJ* 1121, 2006 reperibile online all'indirizzo: [https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1151&context=fac\\_schol](https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1151&context=fac_schol).

<sup>80</sup> Acronimo convenzionalmente utilizzato per riferirsi alla Convenzione di Berna

### 2.3 Idea vs. expression dichotomy: distinzione tra contenuto e forma. La forma espressiva.

Ogni opera è il risultato di più componenti; elementi che, combinandosi l'un l'altro, conferiscono unicità e originalità al lavoro dell'autore. Sebbene non possa escludersi la rilevanza di nessuno di essi ai fini dell'identificabilità dell'opera, altrettanto non può dirsi in merito alla loro tutelabilità.

Per cogliere a pieno il significato di quanto detto è opportuno, innanzitutto, soffermarsi sull'art. 2 del WIPO Copyright Treaty<sup>81</sup>, il quale precisa che la protezione offerta dalla disciplina del diritto d'autore «*copre le espressioni e non le idee, i procedimenti, i metodi di funzionamento o i concetti matematici in quanto tali*».

Questo principio, introdotto in ambito internazionale, e pacificamente riconosciuto tanto dal diritto europeo, quanto dagli ordinamenti giuridici nazionali, dà luogo a un concetto che, mentre la tradizione europea definisce in termini di distinzione tra forma e contenuto, i sistemi giuridici di *common law* esplicitano nella formula *idea v. expression dichotomy*, indicando in tal modo l'esistenza di una differenziazione tra idee ed espressione<sup>82</sup>.

Tuttavia, al di là delle strette differenze terminologiche, ciò che risulta innegabile è come sia ormai ampiamente diffusa la convinzione che vi sia un'importante differenza tra l'idea che sta alla base dell'opera, e che ne integra quindi il contenuto, e le forme di espressione attraverso le quali quell'idea viene comunicata e manifestata dall'autore. Tale distinzione, disciplinata positivamente quale principio di generale applicazione dall'art. 2 WTC, implica una conseguenza di indubbia rilevanza sul piano pratico, in quanto l'insieme dei fatti, dati, nozioni, idee e concetti sottostanti,

---

<sup>81</sup> Abbreviato WTC, trattato dell'OMPI (Organizzazione mondiale per la proprietà intellettuale) sul diritto d'autore, concluso a Ginevra il 20 dicembre 1996, quale forma di integrazione della Convenzione di Berna per consentirne l'aggiornamento alla luce delle novità introdotte dalla nuova società dell'informazione

<sup>82</sup> A. MUSSO, *Originalità e contraffazione dei personaggi di fantasia tra diritti d'autore, diritti sui segni distintivi e diritti sui disegni o modelli: verso la sempre maggiore accumulazione assistemica fra i regimi di proprietà industriale ed intellettuale*, in *Rivista di Diritto Industriale*, fasc. II, 2018, pag. 107

nonché le metodologie procedurali – che di per sé costituiscono il vero e proprio contenuto dell'opera – rimangono esclusi da quella protezione autoriale che, viceversa, tutela le modalità espressive con le quali l'autore dà forma alla propria creazione.

Ciò risulta confermato non soltanto, a livello europeo, dalla direttiva 91/250/CEE, contenente la disciplina relativa alla tutela giuridica dei *software* e all'interno della quale si stabilisce che «*il diritto d'autore tutela soltanto l'espressione dell'idea ma non l'idea alla base dell'opera*», ma anche dalla giurisprudenza italiana e quella d'oltreoceano, dimostrando quanto il principio in questione sia oramai percepito come un elemento naturale e intrinsecamente connesso alla disciplina in esame. Gli interventi del giudice italiano in materia sono molteplici e paiono allinearsi reciprocamente, confermando, anche a distanza di anni, tale impostazione: il Tribunale di Torino, ad esempio, nel 2008 statuiva che «*all'interno di un'opera tradizionalmente si distinguono tre componenti, l'idea, l'espressione dell'idea, e il supporto materiale. La tutela attribuita all'opera di ingegno è subordinata alla presenza di un atto creativo riferito non all'idea o al nucleo ideologico rappresentativo (che può essere banale o semplice) ma alla concretizzazione personale della forma espressiva dell'opera. Essa va riferita non al contenuto esposto, ma alla forma dell'esposizione per cui anche notizie già di dominio pubblico possono sostituire l'oggetto di un'opera tutelabile con il diritto di autore quando esse siano espresse in una forma che rechi, in qualsiasi modo, l'impronta di una elaborazione personale dell'autore*»<sup>83</sup>. Dopo più di un decennio, nel 2021, il Tribunale di Bologna, in occasione di una pronuncia in tema di plagio, ribadisce ulteriormente il concetto, decretando che «*la disciplina del diritto d'autore non è volta a tutelare l'idea in sé (come risultato dell'attività intellettuale), bensì la forma espressiva di tale idea, attraverso la quale si estrinseca il contenuto del prodotto intellettuale, meritevole di protezione allorché rivesta il carattere dell'originalità e della personalità, ne consegue che la stessa idea può essere legittimamente all'origine di opere diverse, per la creatività soggettiva che ciascuno degli autori vi spende e che, in quanto tale, rileva ai fini della protezione. Ciò che conta è invero la forma che veicola*

---

<sup>83</sup> Trib. Torino, 24 aprile 2008, in *Foro padano* 2008 I I 246 (nota di: Piattelli)

*all'esterno l'idea, esprimendola e rendendola percepibile agli altri, tramite la specifica e riconoscibile impronta e l'apporto creativo dell'artista»<sup>84</sup>.*

Una simile impostazione si spiega ragionando sulla funzione sociale che la proprietà intellettuale mira ad assolvere, permettendo la libera fruizione delle idee che ne stanno alla base da parte della collettività, e conseguentemente dell'utilità che da esse è possibile ricavare<sup>85</sup>. Se infatti le idee e i contenuti delle opere più disparate non potessero essere utilizzati e rimanessero confinati all'interno delle opere medesime, a subirne il maggior pregiudizio sarebbe proprio quel progresso culturale, nonché scientifico e artistico – e quel pluralismo – a cui le istituzioni democratiche occidentali si sono consacrate. A confermarlo è la stessa giurisprudenza, la quale spiega come *«il contenuto intellettuale dell'opera, o l'insegnamento che da esso può trarsene, deve rimanere a disposizione di tutti, per il progresso delle scienze e della cultura generale»<sup>86</sup>.*

Inoltre, è bene ricordare che la distinzione tra i diversi contenuti dell'opera è condivisa anche dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, la cui giurisprudenza in materia di *copyright*, chiaramente orientata ad incentivare l'attività creativa individuale a beneficio della collettività e dello sviluppo culturale, si sposa perfettamente con l'idea di una privativa autoriale accordata in via esclusiva all'espressione dell'idea, piuttosto che al contenuto intrinseco alla stessa. Già nel 1954, difatti, la Corte Suprema sanciva espressamente la formula per cui *«protection is given only to the expression of the idea, not the idea itself»<sup>87</sup>*, confermando come il principio sia a tal punto penetrato nel substrato culturale che contraddistingue la materia, da trovare

---

<sup>84</sup> Trib. Bologna, 11 febbraio 2021, n. 310, in *Redazione Giuffrè* 2021

<sup>85</sup> In G. N. LA DIEGA, *Le idee e il muro del suono. I programmi per elaboratore nella più recente giurisprudenza europea*, in *Europa e Dir. Priv.*, fasc. II, 2013, pag. 543 si sottolinea, a tal proposito, come *«nell'ottica del legislatore europeo, quindi, l'appropriazione delle idee va inibita perché impedisce il progresso tecnico - giustificazione tradizionale del riconoscimento della c.d. proprietà intellettuale - e costituisce un limite al diritto al lavoro (e alla libertà di iniziativa economica)»*

<sup>86</sup> Trib. Bari, 11 marzo 2014, n. 1304, in *Redazione Giuffrè* 2014

<sup>87</sup> *Mazer v. Stein*, 347 U.S. 201, 217 (1954)

indifferente applicazione, e talvolta espressa trasposizione normativa<sup>88</sup>, in ordinamenti estremamente distanti tra loro, sia per diversità dei sistemi giuridici di appartenenza, sia per eterogeneità del contesto economico, politico e sociale in cui la disciplina è di volta in volta calata.

In sintesi, quindi, si può affermare che l'elemento costitutivo dell'opera, su cui si concentra la tutela autoriale, è la modalità espressiva utilizzata dall'autore e non, al contrario, il suo contenuto.

In materia la tradizione giuridica italiana consente un approfondimento ulteriore, parlando, a tal proposito, di «*forma espressiva*», intesa come «*la particolare struttura conferita dall'autore a un determinato contenuto ideale, tale da rendere quest'ultimo percepibile all'esterno*»<sup>89</sup>. Ovviamente il contenuto a cui l'autore intende dare forma – il quale, come illustrato in precedenza, esula dall'oggetto di tutela autoriale – è veicolato all'esterno attraverso una forma espressiva che riflette inevitabilmente l'interpretazione che l'autore ne ha soggettivamente ricavato. In altri termini, le scelte espressive poste in essere dall'autore non sono altro che il significato che egli ha attribuito a uno specifico contenuto o idea, sulla base della propria e personale sensibilità. La forma espressiva, quindi, più che riferirsi all'espressione formale con la quale l'autore esplicita il contenuto dell'opera, sembra riferirsi al significato e al senso espresso dall'autore attraverso la stessa<sup>90</sup>.

È forma espressiva, di conseguenza, soltanto quella in grado di trasmettere un messaggio specifico, personalmente riferibile all'autore e distinto rispetto a quanto espresso e comunicato in opere terze. Se così non fosse, soprattutto in considerazione del fatto che è l'espressione – e non il contenuto – a fruire della protezione prevista dall'ordinamento, sarebbe sufficiente parafrasare all'infinito una qualsiasi

---

<sup>88</sup> Il *Copyright Act*, infatti, prevede che «*in no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery*»

<sup>89</sup> G. SPEDICATO, *La forma impertinente: una riflessione sui rapporti tra arte contemporanea e diritto d'autore*, in *Dir. aut.*, 2011, 572

<sup>90</sup> G. SPEDICATO, *Opere dell'arte appropriativa e diritti d'autore*, in *Giur. Comm.*, fasc I, 2013, pag. 118, il quale chiarisce che «*la forma espressiva di un'opera appare pertanto strettamente relativa, più che al contenuto dell'espressione in sé considerato, al "significato", o al "senso", che quest'ultimo assume per l'autore*»

opera altrui, utilizzando semplicemente delle modalità espressive differenti. Ciò che, invece, garantisce l'accesso alla tutela è la capacità espressiva e la dimensione significativa e creativa dell'opera, al punto che si ritengono sussistere forme espressive differenti anche in presenza di espressioni simili, o addirittura identiche, che trasmettano tuttavia significati diversi<sup>91</sup>.

A non poter essere fatta oggetto di appropriazione da parte di terzi, pertanto, sarà soltanto la forma espressiva mediante la quale l'autore ha esplicitato una determinata idea; idea, la cui riutilizzazione risulta essere, all'opposto, del tutto lecita in virtù del principio della non appropriabilità delle idee, dei fatti, delle nozioni e dei principi contenuti nell'opera. Se questo non dà luogo a particolari problematiche, ad esempio, nell'ambito della narrativa e dei romanzi, le cui trame sono per antonomasia elaborate dall'autore con tutta l'originalità e la creatività di cui egli è capace, più complesso diventa tutelare le opere che circolano nel mondo scientifico. Ciò emerge, con ogni evidenza, quando pensiamo alla difficoltà di ravvisare una fattispecie di plagio nell'ipotesi in cui a essere fatta oggetto di appropriazione altrui sia l'idea espressa nell'opera tecnico-scientifica, il cui pregio risiede più nel contenuto, che nelle modalità attraverso le quali viene manifestato all'esterno dall'autore. L'utilizzo della mera idea, sia pure innovativa e meritevole, fatica a configurare un caso di illecita violazione del diritto d'autore, rilevando, semmai, su un piano etico e in termini di riprovazione sociale.

---

<sup>91</sup> In questo senso si esprime il Tribunale di Bologna, nella recente sentenza in materia di plagio, n. 310, dell'11 febbraio 2021, richiamata in precedenza, affermando che *«il plagio si ravvisa, secondo la terminologia utilizzata dalla giurisprudenza più recente, laddove l'opera derivata sia priva, in sintesi, di un cosiddetto "scarto semantico", idoneo a conferirle, rispetto all'altra, un proprio e diverso significato artistico, in quanto abbia mutuato dall'opera plagiata il cd. nucleo individualizzante o creativo; in sostanza è necessario che l'autore del plagio si sia appropriato degli elementi creativi dell'opera altrui, ricalcando in modo pedissequo quanto da altri ideato o espresso»*. Impostazione a cui peraltro la giurisprudenza aveva già ampiamente aderito come può osservarsi, a titolo esemplificativo, leggendo la sentenza del 24 aprile 2008, del Tribunale di Torino, in tema di plagio di opere cinematografiche, in occasione della quale si è stabilito che *«deve escludersi la sussistenza del plagio di un'opera cinematografica allorché la nuova opera si fondi sì sullo stesso schema narrativo o idea ispiratrice, ma si differenzi negli elementi essenziali che ne caratterizzano la forma espressiva»*

Quanto detto in merito alla distinzione tra contenuto e forma, e in particolar modo relativamente alla cd. forma espressiva, permette senza dubbio una maggior chiarezza riguardo a ciò che oggettivamente ricade nel perimetro di tutela garantito dal diritto d'autore, nonostante la questione possa dirsi tutt'altro che risolta sul piano pratico. Se infatti, a livello teorico, la dicotomia tra idea ed espressione, ovvero tra contenuto e forma, appare concettualmente evidente, risulta senza dubbio di più complessa individuazione da un punto di vista pragmatico il momento in cui lo schema astratto di idee, che dona contenuto all'opera, assume quella particolare connotazione soggettiva e personale che consente di ravvisarvi un'opera dell'ingegno dotata, in buona sostanza, di quello «*scarto semantico*»<sup>92</sup> che la giurisprudenza ha più volte richiamato quale elemento essenziale affinché sia possibile accedere alla tutela dedicata ai risultati della creatività umana, dove con l'espressione «*scarto semantico*» ci si riferisce, evidentemente, a ciò che sia idoneo a conferire all'opera un proprio significato artistico, diverso da quello di qualsiasi altra.

Certamente le criticità implicate nell'applicazione pratica del principio non possono trovare in questo contesto un'esauriente esposizione, e d'altronde è la stessa giurisprudenza a ritenere possibile una soluzione in tal senso soltanto rifacendosi a «*una valutazione destinata a risolversi in un giudizio di fatto*»<sup>93</sup>, riferito alle singole opere di volta in volta individuate nel caso concreto, la cui proteggibilità venga valutata, per l'appunto, caso per caso. Tuttavia, il riferimento alle sentenze che hanno introdotto il concetto di «*scarto semantico*», cui si accennava poco fa, è tutt'altro che di scarsa rilevanza; tali pronunce giurisprudenziali, infatti, oltre a indirizzare l'attività ermeneutica verso principi di diritto ormai consolidati e capaci di fornire un concreto ausilio all'interprete, consentono una riflessione in merito a un ulteriore e fondamentale elemento dell'opera dell'ingegno. Parlando di «*nucleo individualizzante o creativo*», il giudice italiano evoca l'esigenza di una certa

---

<sup>92</sup> Si parla di “scarto semantico”, oltre che nella – già citata – sentenza del Tribunale di Bologna dell'11 febbraio 2021, n. 310, anche in Cass. civ., sez. I, 19/02/2015, n. 3340; Cass. civ., sez. II, 25/01/2018, n. 2039; Trib. Roma, sez. XVII, 08/07/2021, n. 11837

<sup>93</sup> Cass. civ., sez. I, 29/05/2020, n. 10300



creatività e originalità<sup>94</sup> dell'opera, affinché quest'ultima entri di diritto nella schiera delle entità tutelabili mediante la disciplina sul diritto d'autore.

Il carattere creativo dell'opera è, invero, un'imprescindibile condizione per l'accesso alla tutela in esame e merita, in quanto tale, di essere specificato.

#### **2.4 Il carattere creativo dell'opera: il dibattito della giurisprudenza italiana e comunitaria**

Mentre l'ordinamento italiano, all'art. 1 della legge sul diritto d'autore (22/04/1941, n. 633), ricorre alla nozione di *creatività* limitando la tutela alle sole opere dell'ingegno dotate di carattere creativo, quello comunitario, nonché la stessa giurisprudenza europea, utilizzano una definizione diversa, esprimendosi piuttosto in termini di *originalità*.

Ciò nonostante, tale differenza terminologica scompare quando ci si interroga in ordine al significato sostanziale a cui entrambe le impostazioni intendono rifarsi ed è per questo motivo che, di seguito, le due espressioni verranno utilizzate quali sinonimi intercambiabili.

Quando si parla di creatività e originalità dell'opera, si rimanda a un concetto dai confini piuttosto estesi, che si è posto all'origine di una serie di problemi interpretativi ampiamente dibattuti dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Pacificamente riconosciuto è il fatto che la natura creativa di un'opera non vada in alcun modo ricercata servendosi di giudizi estetici e di valore. Qualità, moralità, e caratura artistica sono tutti aspetti che rilevano, senza dubbio, nel determinarne il prestigio e la notorietà, oltre che il valore di mercato, ma che non hanno, e non possono avere, nulla a che fare con una valutazione che pretenda di individuare dei parametri giuridici sulla base dei quali determinare l'applicabilità, o meno, di una disposizione di legge. A conferma di ciò è possibile sottolineare che in ambito europeo, a seguito dell'abrogazione implicita dell'art.17, dir. 98/71/CE in materia di protezione giuridica dei modelli e dei disegni (il quale rimetteva a ciascuno Stato membro la facoltà di determinare autonomamente l'estensione della protezione –

---

<sup>94</sup> Mentre la legge italiana parla espressamente di «*carattere creativo*», altri ordinamenti, compreso quello europeo, utilizzando il termine «*originalità*», sebbene le espressioni finiscano per equivalere

accordata a modelli e disegni – e le condizioni alle quali essa è concessa), risultano incompatibili con l'ordinamento comunitario tutte quelle disposizioni nazionali che inseriscano, tra gli speciali requisiti di accesso alla tutela, anche elementi tali da presupporre giudizi estetici o di valore, come, ad esempio, il valore artistico dell'opera<sup>95</sup>. Chiaramente il caso qui riportato si riferisce in via esclusiva a un settore, quello del design, piuttosto circoscritto se si pensa al numero delle realtà coinvolte dal diritto d'autore, ma è ormai pacifico che il principio sia stato pienamente acquisito in materia. Del resto, proprio la giurisprudenza comunitaria ha ritenuto opportuno specificare più volte che la nozione e il requisito di originalità, che si richiede venga previsto e applicato in ciascuno Stato Membro, dev'essere unitario e identico per tutte le categorie di opere, sicché appare improbabile l'idea che sia possibile utilizzare criteri e standard diversi a seconda del tipo di opera venuta, di volta in volta, in rilievo<sup>96</sup>.

Ad ogni modo, molto di ciò che conta ai fini della qualificazione del carattere creativo che si esige dalle opere d'autore è già stato detto discorrendo della dicotomia tra contenuto e forma e della cd. forma espressiva; concetti nei quali, del resto, sembra specchiarsi anche quella teoria dello «scarto semantico», richiamata poc'anzi e ormai diffusamente conosciuta e applicata nell'ambiente giuridico<sup>97</sup>.

Quando il Tribunale di Torino, nella già citata sentenza del 2008, statuisce che «*all'interno di un'opera si distinguono tre componenti: l'idea, l'espressione dell'idea, e il supporto materiale*», affermando successivamente che la protezione autoriale vada riconosciuta al secondo di tali elementi – in luogo del primo – non fa che

---

<sup>95</sup> Era possibile scorgere un esempio di tali previsioni anche nel nostro ordinamento, nello specifico all'art.2, n. 10 della legge n. 633/1941, prima che venisse – giustamente – abrogato dall'art. 246, comma 1, lett. g), D.lgs. 10 febbraio 2005, n.30. L'art. 2, n. 10 inseriva, infatti, nell'elenco di opere tutelate dalla legge, anche i disegni industriali che presentassero valore artistico.

<sup>96</sup> P. FABBIO, *Opere protette e requisiti di tutela nel diritto d'autore UE*, in *AIDA*, 2016, pag. 281 ss, in cui si parla di un vero e proprio «contenitore» comunitario, al fine di favorire uno «sviluppo consapevole e mirato di un diritto vivente realmente armonizzato»

<sup>97</sup> In M. S. SPOLIDORO, *I criteri di accertamento del plagio nel diritto d'autore*, in *Rivista di Diritto Industriale*, fasc.6, 1 dicembre 2019, pag. 580 si parla infatti, riferendosi alla teoria in questione, di «ennesima riproposizione del principio che contrappone l'idea, non appropriabile, alla forma espressiva, oggetto del diritto di esclusiva»

individuare nella forma espressiva l'oggetto della tutela accordata dal diritto d'autore. Se, poi, la forma espressiva si identifica, come osservato in precedenza, nell'interpretazione soggettiva e nel significato personale che l'autore ha conferito a una determinata idea di base – la quale, si ricorda, dovrebbe rimanere liberamente fruibile da parte della collettività, a vantaggio dell'interesse pubblico al progresso scientifico, artistico e culturale – è evidente che, per consentire a quell'espressione, individualmente sviluppata dall'autore, di venire alla luce, si presuppone l'esistenza e lo svolgimento di un'elaborazione creativa dell'idea, del fatto, della nozione o della procedura che forniscono contenuto all'opera; elementi che devono, d'altra parte, rientrare nelle categorie elencate, a titolo esemplificativo, all'art.1 della legge n. 633/1941.

Comprendere ma, soprattutto, definire in senso giuridico in cosa consista concretamente quell'elaborazione creativa è stato però piuttosto complesso. Fu nel 2011 che l'organo di vertice dell'ordinamento giudiziario, quale supremo rappresentante della funzione nomofilattica, tracciò i confini giuridici della nozione di «*creatività*», delineando un orientamento giurisprudenziale nel cui solco si posero, successivamente, le pronunce di tutti gli altri giudici italiani chiamati a pronunciarsi in merito.

La Corte di Cassazione, infatti, affermò due fondamentali principi in materia<sup>98</sup>. Anzitutto stabilì che il concetto giuridico di «*creatività*» a cui fa riferimento il legislatore italiano «*non coincide con quello di creazione, originalità e novità assoluta, riferendosi, per converso, alla personale e individuale espressione di un'oggettività appartenente alle categorie elencate, in via esemplificativa, nell'art.1 della legge. Un'opera dell'ingegno riceve – pertanto – protezione a condizione che sia riscontrabile in essa un atto creativo, seppur minimo, suscettibile di una manifestazione nel mondo esteriore*».

In poche parole, la Corte sembra voler dire che non è necessario, affinché un'opera possa definirsi creativa, e godere di conseguenza della tutela offerta dalla legge n. 633/1941, che si presenti quale novità oggettiva e assoluta, dando vita a idee e progetti inediti, mai concepiti e realizzati in precedenza. È sufficiente, piuttosto, che

---

<sup>98</sup> Cass. civ., sez. I, 28 novembre 2011, n. 25173

l'opera sia effettivamente il risultato di una creazione intellettuale dell'autore, di un'attività creativa a lui riferibile. In altri termini, come più volte sottolineato, anche di recente, dalla giurisprudenza, è necessario che l'opera «rifletta la personalità del suo autore manifestando scelte libere e creative di quest'ultimo»<sup>99</sup>. Sicché l'opera dovrà costituire certamente un prodotto nuovo rispetto alle altre realtà creative esistenti, ma tale novità andrà valutata soggettivamente<sup>100</sup>, ossia con riferimento alla persona dell'autore, il quale dovrà averla creata genuinamente da sé, senza averla copiata da altri.

Ne si richiede, seguendo la linea interpretativa fornita dalla Corte, che l'opera, per essere considerata meritevole di tutela, proponga dei contenuti totalmente innovativi, ingegnosi o geniali. La sentenza del 28 novembre 2011, infatti, prosegue affermando che «la creatività, quindi, non può essere esclusa soltanto perché l'opera consiste in idee e nozioni semplici, ricomprese nel patrimonio intellettuale di persone aventi esperienza in materia». Ciò comporta che il livello di originalità e innovazione richiesto all'autore di una qualsiasi opera dell'ingegno non sarà eccessivamente elevato, essendo di fatto sufficiente che l'opera non rappresenti una mera e pedissequa replica di opere preesistenti. D'altro canto, è inevitabile che la capacità innovativa di ciascuna opera vari a seconda della tipologia a cui essa appartiene. È chiaro che a talune opere sia concesso un margine di libertà creativa maggiore rispetto ad altre. L'autore di un romanzo può – e deve – elaborare un'opera sicuramente originale e innovativa, se confrontata con altri racconti presenti sul mercato, per poter realizzare un prodotto in grado di raggiungere un certo pregio e successo; egli, infatti, può muoversi con maggior fantasia e creatività rispetto a quanto è concesso fare all'autore di opere di tipo scientifico, tecnico o didattico, le quali devono necessariamente attenersi a elementi preesistenti e conoscenze già ampiamente

---

<sup>99</sup> Cass. civ., sez. I, 29 maggio 2020, n. 10300, in cui l'espressione riferita alle «scelte libere e creative» dell'autore non è altro che un richiamo alla giurisprudenza comunitaria che, in materia, ha cercato di precisare ulteriormente il requisito della creatività, consentendo di chiarire con maggior precisione tutta una serie di espressioni utilizzate dalla giurisprudenza di alcuni ordinamenti nazionali, tra i quali anche quello italiano, certamente suggestive sul piano ideale, ma scarsamente utili su quello pratico.

<sup>100</sup> G. SPEDICATO, *Principi di diritto d'autore*, Bologna, il Mulino, 2020, in cui si parla espressamente di novità intesa in senso soggettivo e non oggettivo e assoluto

utilizzate e fruite da altri autori di opere della medesima categoria. Tutto ciò si riflette, di conseguenza, sul livello di tutela a cui ciascuna opera può aspettarsi legittimamente di accedere, come messo in luce dalla nostra giurisprudenza: in presenza di opere che presuppongono uno scarso livello di originalità, sarà sufficiente appor- tare delle minime variazioni perché possa escludersi l'ipotesi di una violazione della privativa. Viceversa, tutte quelle opere che implicano un lavoro di fantasia e una maggior attività intellettuale da parte dell'autore, godranno di una tutela più ampia, posto che per i terzi sarà più difficile replicarne passivamente il contenuto.

In questo senso, come vedremo a breve, si pone anche la giurisprudenza comunitaria, la quale, parlando di «*scelte libere e creative*» dell'autore, intende sottolineare l'esistenza di un legame imprescindibile tra libertà di scelta creativa e originalità.

Procedendo per gradi, però, si riportano ora alcuni esempi di pronunce, anche piuttosto recenti, attraverso le quali la giurisprudenza italiana dimostra di aver pienamente accolto la ricostruzione ideologica fin qui esposta. Il Tribunale di Venezia, per esempio, nel 2019 confermò che «*per godere della tutela di diritto d'autore è necessario che l'opera presenti un minimo di creatività (nella specie sono stati ritenuti non proteggibili: un manuale d'uso che, pur tenuto conto del suo carattere tecnico e dei vincoli che ne conseguono sul piano delle scelte di contenuto, non adottava modalità espressive frutto di creatività, intesa come personale e individuale espressione di un'opera appartenente alle categorie elencate in via esemplificativa nell'art. 1 l.a)*»<sup>101</sup>. Recentemente, inoltre, il Tribunale di Roma, in tema di metodi di allenamento sportivo, dopo aver ribadito, ancora una volta, come la nozione di creatività non coincide con quella di creazione, originalità e novità assoluta dell'idea oggetto di tutela, ha dichiarato che «*in sostanza la 'creatività' sussiste solo nel caso in cui sussista l'idea e questa abbia una propria forma espressiva. Ciò premesso, non si può dire che un metodo di allenamento sportivo (definibile generalmente come insieme di regole e principi in vista di un'attività sportiva, con l'utilizzo o meno di attrezzature) sia dotato del carattere della 'creatività' e, dunque oggetto di tutela giuridica*»<sup>102</sup>.

---

<sup>101</sup> Trib. Venezia, sez. spec. Impresa, 8 novembre 2019, in AIDA 2021, 796

<sup>102</sup> Trib. Roma, sez. XVII, 27 settembre 2021, n. 14972

Queste, nonché tutte le ulteriori pronunce che hanno seguito l'impostazione interpretativa adottata dalla Cassazione, al di là dell'eterogeneità dell'oggetto della lite su cui il giudice è di volta in volta chiamato a pronunciarsi, hanno il pregio di dimostrare quanto sia ormai consolidato l'orientamento giurisprudenziale in materia di creatività dell'opera dell'ingegno elaborato dalla Corte di Cassazione più di un decennio addietro; orientamento che, in primo luogo, consente di chiarire definitivamente quali siano i requisiti necessari per beneficiare dell'esclusività della tutela autoriale e di circoscrivere, di riflesso, i presupposti sulla base dei quali ravvisare una violazione ai diritti esclusivi – siano essi di natura patrimoniale o morale – che il legislatore riserva all'autore.

Senza comprendere, infatti, quando e a che condizioni sussista realmente un'opera dell'ingegno, sarebbe impossibile pretendere di valutarne le possibili violazioni.

Tuttavia, proprio in considerazione dell'approccio fortemente idealistico adottato dalla giurisprudenza nazionale, che spesso ricorre a espressioni astratte<sup>103</sup>, scarsamente persuasive sul piano pratico, appare opportuno un breve cenno ad alcune pronunce della Corte di Giustizia UE – peraltro pacificamente richiamate dai giudici italiani nelle proprie sentenze – la cui giurisprudenza, di cui si parlava qualche capoverso addietro, ha permesso di definire con maggior precisione i confini del concetto di creatività e originalità, fornendo quel *quid pluris* capace di dare concretezza e specificità a nozioni che, spesso, risultano essere di difficile stima nel caso concreto.

Ho già avuto modo di ricordare che la Corte di Giustizia ha ribadito, da un lato, l'esigenza di poter fare affidamento su una nozione unitaria e armonizzata di originalità, dall'altro, la necessità di chiarire in che modo tale carattere creativo si manifesti. Più volte, infatti, si è detto che l'originalità sussiste quando l'opera risulti

---

<sup>103</sup> Un esempio in tal senso è la massima giurisprudenziale, assai ricorrente nelle pronunce dei tribunali italiani, in base alla quale il carattere creativo andrebbe ricercato nel «*riflesso della personalità dell'autore*» che traspare dall'opera. Ma non è un segreto che abbia sollevato – non poche – discussioni dottrinali persino la stessa teoria dello scarto semantico di cui si è parlato nel corso della trattazione; dibattiti che evidentemente mettono in luce la mancanza di una coerenza definitiva capace di affermarsi nel caso concreto. È pur vero, va riconosciuto, che la materia è di complessa intellegibilità, trattando di processi creativi che avvengono in una dimensione evidentemente interna all'uomo, che mal si presta a essere scomposta e analizzata.

essere il prodotto della creazione intellettuale dell'autore; tuttavia vi sono state alcune importanti sentenze della CGUE in materia che, per onere di completezza, meritano di essere menzionate a questo punto della trattazione, nonostante – è bene ricordarlo – anche la giurisprudenza comunitaria consideri la questione pienamente accertabile soltanto attraverso valutazioni condotte in via diretta sul caso concreto, in quanto «*la precisazione e l'accertamento dell'originalità sono necessariamente fact-related*»<sup>104</sup>.

Ad ogni modo, nelle pronunce relative ai casi *Football Dataco*<sup>105</sup> e *Renckhoff*<sup>106</sup>, il giudice europeo ha introdotto un principio non trascurabile quando si parla di originalità dell'opera dell'ingegno. A opinione della Corte, peraltro ormai ampiamente diffusa e condivisa, la personalità dell'aurore emergerebbe quando questi sia stato in grado di esprimere la propria creatività operando una serie di «*scelte libere e creative*», tra un campione più o meno ampio di possibili alternative. In altri termini, affinché si possa effettivamente parlare di originalità, occorre che l'autore abbia potuto godere di un certo margine di libertà nella scelta creativa che lo ha guidato durante il processo produttivo dell'opera.

Questo ci riconduce, come un cerchio che si chiude, all'idea secondo la quale vi è una diretta proporzionalità tra la capacità creativa di un'opera e l'ampiezza della tutela a cui essa può pretendere di accedere; idea che, in effetti, altro non è che corollario e conseguenza del principio esposto dalla CGUE nelle sentenze summenzionate. La possibilità di operare libere scelte creative, infatti, è modulata diversamente a seconda della tipologia di opera a cui si fa riferimento. L'esempio classico è, ancora una volta, quello relativo alla differente creatività implicata nella genesi di un'opera di narrativa, piuttosto che in quella di un'opera scientifica o tecnica, la quale è caratterizzata, talvolta, dall'impiego di contenuti già notevolmente utilizzati nel mondo accademico – come tali non tutelabili – che l'autore, peraltro, può rielaborare personalmente solo fino a un certo punto. In presenza di materie altamente professionalizzate, difatti, fantasia e sviluppo creativo trovano difficilmente spazio

---

<sup>104</sup> P. FABBIO, *Opere protette e requisiti di tutela nel diritto d'autore UE*, in *AIDA*, 2016, pag. 281 ss; il quale a sua volta cita G.W.G. KARNELL, *European Originality*, cit., 209

<sup>105</sup> Corte di Giustizia UE, sentenza *Football Dataco*, C- 604/10 del 1 marzo 2012

<sup>106</sup> Corte di Giustizia UE, sentenza *Renckhoff*, C-161/17 del 7 agosto 2018

e, pertanto, è inevitabile che a fronte di opere che permettano all'autore di muoversi con maggior libertà vi sia un margine di tutela decisamente più esteso di quello che, viceversa, può essere garantito a un'opera appartenente ad altro tipo di categorie, in cui la libertà creativa dell'autore risulti certamente più misurata.

Inoltre, il principio elaborato dal giudice europeo, che ravvisa nella libertà dell'autore la chiave per decifrare l'originalità dell'opera che questi crea, è penetrato, com'era inevitabile, nel tessuto giuridico nazionale, al punto che il richiamo alle «*scelte libere e creative*» dell'autore è fatto proprio dalla giurisprudenza italiana in un vasto numero di sentenze<sup>107</sup>

## **2.5 La struttura dualistica del diritto d'autore: il contenuto della tutela**

Una volta chiarita la nozione di opera dell'ingegno, è opportuno ricostruire sommariamente il contenuto della tutela che il nostro ordinamento garantisce all'autore della stessa.

È già stato ricordato, nei paragrafi introduttivi della presente disamina, l'approccio dualistico con cui il legislatore italiano scelse di disciplinare e strutturare il diritto d'autore, attribuendogli due differenti categorie di prerogative: alcune di carattere patrimoniale, altre di natura morale. Si parla in proposito di «*diritti di utilizzazione economica*» e di «*diritti morali*», i quali costituiscono, unitamente, il contenuto della tutela di cui l'autore può giovare.

E', senza incertezza alcuna, un'impostazione ormai condivisa da un'ampia platea di ordinamenti giuridici, le cui discipline si contrappongono all'impianto monistico adoperato dai sistemi di *common law*<sup>108</sup>. La categoria dei diritti morali, infatti, è stata elaborata nell'ambito della scienza giuridica dell'Europa continentale, in

---

<sup>107</sup> A titolo esemplificativo, Cass. civ., sez. I, 29 maggio 2020, n. 10300, in cui si richiama esplicitamente l'espressione in questione. Può essere utile indicare che, nel caso di specie, la S.C. ha «*escluso il carattere dell'originalità e creatività in un regolamento disciplinante un servizio anti-contraffazione, poiché si trattava di un testo giuridico standard di uso tecnico-professionale, che non conteneva alcuna peculiare e creativa elaborazione di nozioni giuridiche, prassi del settore, esperienze del professionista, ma solo indicazioni pratiche e funzionali*»

<sup>108</sup> Ovviamente tenendo in considerazione le differenze irriducibili presenti tra ciascun singolo ordinamento, a cui accenneremo a suo tempo



ragione del ruolo di vertice riconosciuto all'autore nella disciplina delle garanzie riservate alle opere dell'ingegno. Altrettanto non può dirsi in riferimento agli ordinamenti anglosassoni, che concentrano la tutela sulla rilevanza economica che dall'opera, e attraverso l'utilizzazione della stessa, è possibile ricavare, piuttosto che sulla protezione del soggetto che l'ha posta in essere.

Nell'ordinamento italiano tale struttura è resa attraverso la suddivisione del Capo III del Titolo I della nostra legge sul diritto d'autore, dedicato al contenuto e alla durata del diritto d'autore, in due sezioni distinte: una dedicata alla «*Protezione della utilizzazione economica dell'opera*», l'altra intitolata «*Protezione dei diritti sull'opera a difesa della personalità dell'autore. Diritto morale dell'autore*».

La differenza principale tra le due diverse tipologie di diritti risiede nel fatto che, mentre i primi godono di una durata limitata nel tempo, estinguendosi decorsi settant'anni dalla morte dell'autore<sup>109</sup>, e si legano a una facoltà di disposizione del titolare, che potrà convenzionalmente trasferirli in capo a terzi o addirittura privarsene, lasciando che l'opera vada a beneficio della collettività; i secondi, al contrario, sono imprescrittibili e non possono essere fatti oggetto di alienazione o rinuncia da parte del loro titolare, sebbene non possa esserne impedita l'esecuzione o esserne domandata la soppressione, laddove l'autore abbia conosciuto e accettato le modificazioni apportate alla propria opera<sup>110</sup>.

E, d'altronde, anche la funzione cui mirano, rispettivamente, le due tipologie di diritti è differente: gli uni consentono all'autore, e ai suoi aventi causa, di avvantaggiarsi in via esclusiva dei benefici economici e commerciali che è possibile trarre dall'opera; gli altri proteggono la personalità dell'autore – e solo dell'autore, trattandosi di diritti personalissimi – affinché non ne venga pregiudicata la reputazione e l'immagine mediante forme di comunicazione non approvate.

I diritti morali, infatti, sebbene consentano anche una tutela indiretta di alcuni interessi patrimoniali dell'autore, che ben potrebbe ricavare delle conseguenze positive in termini di notorietà, di maggiori guadagni e di ampie possibilità lavorative, dalla tutela della propria personalità e professionalità, rimangono completamente indipendenti rispetto ai diritti patrimoniali. Dal dettato normativo dell'art.20 l.d.a. si

---

<sup>109</sup> Art. 25, legge n. 633/1941

<sup>110</sup> Art. 22, legge n. 633/1941

evince, difatti, che l'autore continua ad essere l'unico e il solo titolare dei diritti morali che gli competono, a prescindere dall'eventuale cessione che egli faccia a terzi dei propri diritti di natura patrimoniale ed economica, i quali, dunque, non potranno essere esercitati in contrasto con quei diritti morali che la legge attribuisce, in qualsiasi caso, all'autore.

I diritti morali sono disciplinati, nel nostro ordinamento, agli artt. da 20 a 24 l.d.a. e si identificano nel diritto di paternità dell'opera, il quale consente all'autore di rivendicare la propria qualità di autore e, quindi, la paternità dell'opera, qualora questa venga messa in discussione; nel diritto all'integrità dell'opera, che autorizza l'autore a opporsi a qualsiasi deformazione, mutilazione o modifica dell'opera che possa, in qualche modo, ledere all'onore e alla reputazione dell'autore; seguono il diritto di inedito, che riserva esclusivamente all'autore la scelta di pubblicare o meno l'opera che egli abbia composto e il diritto al ritiro dell'opera dal commercio, per i casi in cui l'autore intenda ottenere un provvedimento giudiziario che inibisca – per il futuro – qualsiasi attività di riproduzione, diffusione o rappresentazione dell'opera.

I diritti di utilizzazione economica sono disciplinati, invece, agli artt. da 12 a 19, nei quali ne vengono indicati l'oggetto e la condotta.

È bene rammentare, alla luce delle profonde innovazioni tecnologiche che hanno rivoluzionato le modalità di diffusione delle opere d'autore, che l'espressione «*utilizzazione economica*» ricomprende non soltanto gli atti posti in essere sul mercato e, in generale, nel contesto pubblico, ma anche le condotte private che manifestino una natura patrimoniale rilevante ai fini delle prospettive di sfruttamento economico dell'opera da parte dell'autore. Ciò che si vuole garantire all'autore è, infatti, che possa beneficiare di un guadagno economico commisurato non soltanto al valore dell'opera che ha creato, ma anche al numero di utenti che vi accedono o vi potrebbero accedere.

Tutto quanto interferisca con le possibilità dell'autore di ricavare un profitto adeguato e proporzionato dall'opera, costituisce atto di utilizzazione economica e rientra fisiologicamente nella facoltà esclusiva dell'autore; di conseguenza, laddove sia posto in essere da un soggetto diverso, integra un illecito. E, questo,

indipendentemente dal potenziale pregiudizio che l'atto possa causare all'autore<sup>111</sup>. Basti pensare al caso in cui un cantautore emergente, ancora sconosciuto al grande pubblico, produca un EP che viene successivamente caricato su una piattaforma di *file sharing* da un amico molto più attivo e seguito sui social network, il quale, entusiasta delle tracce ascoltate, decide di pubblicare l'EP, senza opportuna autorizzazione, sul proprio account di *SoundCloud*, procurando certamente una maggior notorietà all'amico, in ragione dell'elevato numero di *followers* di cui dispone, ma ponendo in essere, di fatto, un atto illecito, in quanto ogni scelta attinente allo sfruttamento economico e commerciale dell'opera compete esclusivamente a colui che l'abbia prodotta, ovvero a colui o coloro ai quali egli abbia trasferito le proprie prerogative.

Prima di introdurre le singole fattispecie di diritti patrimoniali contemplate, a titolo esemplificativo, dal legislatore, la legge n. 633/1941 predispone, all'art.12 co.2, una disposizione generale con la quale si pongono le basi per una definizione aperta di diritto esclusivo di utilizzazione economica. La norma assicura, infatti, all'autore «*il diritto esclusivo di utilizzare economicamente l'opera in ogni forma e modo*», entro i limiti fissati dalla legge e «*in particolare*» con riferimento ai diritti elencati agli articoli successivi. L'espressione «*in particolare*» consente, quindi, di dedurre come le fattispecie normative esplicitate dal legislatore non costituiscano, in realtà, un elenco tassativamente delimitato, ma rappresentino soltanto alcune delle modalità di utilizzazione economica dell'opera, lasciando aperta la possibilità per l'autore di ricavarne un vantaggio economico anche attraverso condotte diverse e non preliminarmente individuate *ex lege*. Sotto questo punto di vista l'ordinamento italiano si differenzia rispetto a quello comunitario – oltre che, com'è ovvio, da quelli appartenenti alla tradizione anglosassone – in cui manca radicalmente una clausola aperta di tale portata, assicurandosi così una maggior flessibilità e una spiccata capacità di adattamento alle continue e inarrestabili trasformazioni tecnologiche, sulla scia delle quali emergono sempre nuove modalità di sfruttamento economico delle opere dell'ingegno.

---

<sup>111</sup> G. SPEDICATO, *Principi di diritto d'autore*, Bologna, il Mulino, 2020

I diritti patrimoniali attribuiti all'autore possono essere catalogati, a seconda delle modalità di commercializzazione e fruizione dell'opera, all'interno di due distinte categorie: i «*copy-related rights*» e i «*non copy-related rights*».

Nella prima categoria confluiscono tutti i diritti che consentono l'utilizzazione dell'opera attraverso l'immissione sul mercato delle copie – e così di supporti materialmente disponibili – della stessa, mentre nella seconda rientrano quei diritti che attengono allo sfruttamento dell'opera mediante la sua riproduzione a un pubblico presente o distante, senza che di essa sia necessario produrre alcuna copia.

Sono *copy-related rights*: il diritto relativo alle modalità di riproduzione dell'opera; i diritti di distribuzione e messa in commercio, in riferimento ai diversi modi di circolazione dell'opera; i diritti di prestito e noleggio, nonché il diritto di trascrizione. Appartengono invece ai *non copy-related rights* il diritto di esecuzione, rappresentazione e recitazione dell'opera davanti a un pubblico presente; i diritti di comunicazione e messa a disposizione dell'opera ad un pubblico distante, comprensivi delle attività di caricamento dell'opera su *Internet* e di fruizione tramite *download* o *streaming*, nonché delle attività di *linking* e *framing*.

Sembra si attestino al di fuori di questa bipartizione il diritto di pubblicazione e il diritto di traduzione, modificazione, elaborazione e trasformazione dell'opera.

Queste sono, sinteticamente, le prerogative di carattere patrimoniale che l'ordinamento italiano riconosce e tutela in capo all'autore, molte di queste, peraltro, oggetto di disciplina da parte di importanti direttive europee<sup>112</sup>, oltre che di trattazione ed elaborazione giurisprudenziale.

Una volta acquisita maggior consapevolezza in merito alla nozione di «*opera dell'ingegno*» e al contenuto della tutela che le viene garantito, è possibile introdurre il prossimo argomento di trattazione, riguardante le violazioni de diritto d'autore, specialmente quelle perpetrate *online*, e la corrispondente responsabilità dei soggetti che operano e forniscono i necessari servizi telematici, gli *Internet Service Providers* (ISP), nel caso di diffusione di opere protette da parte dei propri utenti.

---

<sup>112</sup> Il riferimento va, ad esempio, alla Direttiva 2001/29/CE, nella quale ci si è preoccupati di ridefinire le nozioni di riproduzione e comunicazione al pubblico, oltre che di introdurre il distinto diritto, tutt'oggi previsto anche nel nostro ordinamento, di messa a disposizione del pubblico.

A seguito di un lungo dibattito sul tema, il più recente orientamento della Corte di Giustizia in materia di circolazione delle opere dell'ingegno nel nuovo contesto della realtà virtuale, è stato recepito, infatti, nella recentissima Direttiva 2019/790/UE, la quale ha destituito la disciplina elaborata dalle istituzioni europee con la Direttiva 2000/31/CE. Questi due interventi normativi costituiranno il cuore della successiva discussione e la fonte delle molteplici problematiche che andremo a sviscerare nelle prossime pagine.

## CAPITOLO III

### **La tutela dell'opera dell'ingegno in rete: violazione del diritto d'autore online e responsabilità degli *Internet Service Providers* (ISP)**

#### **3.1 Nuovi spunti e riflessioni alla luce della rivoluzione tecnologica**

Nei capitoli precedenti abbiamo avuto modo di introdurre un tema imprescindibile all'interno del dibattito che infiamma, ancora oggi, lo studio del diritto d'autore: la diffusione delle nuove tecnologie digitali e della rete telematica.

Conclusasi l'analisi in merito al concetto di opera dell'ingegno e al contenuto della tutela che la disciplina giuridica le riconosce, appare utile ritornare brevemente agli stravolgimenti che essa ha subito, e continua a subire, sotto i colpi implacabili della rivoluzione tecnologica.

La disciplina relativa al diritto d'autore, infatti, non può più, oramai, essere esaminata senza una visione d'insieme che tenga conto del mutevole contesto digitale in cui, sempre più frequentemente, le opere dell'ingegno si trovano a circolare.

Per questo motivo, al fine di comprendere il fenomeno della violazione del diritto d'autore online, è essenziale accostarsi alla disciplina che regola l'attività dei soggetti che operano nella rete e muovere da una serie di considerazioni preliminari.

In effetti, è diventata sempre più evidente l'incapacità della normativa di adattarsi ai ritmi serrati delle evoluzioni digitali; inoltre, il diffondersi di una mentalità socialmente orientata verso una totale libertà nella fruizione dell'informazione, a detrimento di un effettivo riconoscimento della necessità di tutela delle opere dell'ingegno, ha determinato l'aggressivo imporsi di un numero sempre più elevato di violazioni del diritto d'autore online.

Tutto ciò non è determinato esclusivamente dall'emersione di nuovi strumenti, piattaforme e attività idonee a ledere la protezione che gli ordinamenti vorrebbero garantire in capo agli autori. L'aumento delle condotte illecite perpetrate online, complice certamente la fluidità che contraddistingue l'agire in rete, è determinato anche e, oserei dire, in modo sempre più pregnante, dalla preoccupante mancanza di consapevolezza in ordine al disvalore giuridico che tali condotte portano con sé.

Ne sono testimoni quelle attività di *file sharing*, *streaming*, o *linking* che, spesso e volentieri, hanno ad oggetto opere protette dal diritto d'autore; un diritto rispetto al quale, tuttavia, l'utente di rete è sempre più disinteressato, portato com'è a ritenere prevalente la propria prerogativa a un libero accesso alle informazioni e ai dati offerti dal mondo telematico. Inevitabile, quindi, il costante crescere della platea di soggetti che pretendono di usufruire di contenuti protetti, senza però volerne corrispondere il prezzo, ovvero, senza voler assumere comportamenti in linea con la loro tutela.

Si tratta di una questione delicata, rilevante, in modo particolare, in relazione all'inesauribile esigenza di bilanciare i contrapposti interessi in gioco (nello specifico: quello dell'autore, al cui lavoro occorre garantire adeguata protezione, e quello dei singoli utenti, il cui diritto alla libera informazione e al libero accesso alla rete non può essere ingiustificatamente compresso).

L'utilizzo di Internet è ormai diventato, infatti, non una mera via di accesso alle informazioni che l'utente ritiene utili, ma un vero e proprio strumento attraverso il quale manifestare ed esprimere la propria personalità, tanto che si è parlato di un autentico «*diritto alla libertà informatica*»<sup>113</sup>.

L'accesso alla rete diventa, allora, una pretesa soggettiva che esige idonea tutela, sia nella dimensione individuale e privata, che nei rapporti di natura pubblica tra il cittadino e le istituzioni<sup>114</sup>. E, del resto, l'importanza della «*cultura informatica*», di cui parla la stessa Corte Costituzionale, in una nota pronuncia del 2004, esige un intervento statale effettivamente diretto a promuovere l'utilizzo del mezzo informatico quale istanza volta a garantire il diritto all'istruzione e lo sviluppo culturale, anche attraverso «contributi finanziari [...] finalizzati all'acquisto di personal

---

<sup>113</sup> T. E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in AIC, 2011, in cui si suggerisce una rilettura dei diritti costituzionali alla luce delle novità apportate dalla rivoluzione digitale

<sup>114</sup> Non a caso è stato predisposto, con D. Lgs 82/2005, il Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD), che rappresenta una specie di carta dei diritti digitali del cittadino, in quanto mira ad assicurare l'accesso e la fruibilità delle tecnologie di comunicazione digitale nelle relazioni con la Pubblica Amministrazione

computer, abilitati alla connessione Internet, in un'ottica evidentemente volta a favorire la diffusione, tra i giovani e le famiglie, della cultura informatica»<sup>115</sup>.

Questa tematica, pur di estrema attualità e di indubbio interesse pratico, non può però, in questo contesto, essere trattata con la dovizia che merita, sia in considerazione dei profili di costituzionalità che simili dibattiti evocano e per i quali si ritiene auspicabile un'analisi certamente più approfondita di quanto potrebbe essere garantito all'interno di questa trattazione, sia per gli importanti sviluppi che la materia ha avuto in ambito comunitario e internazionale. L'acceso dibattito che è andato articolandosi, intorno al problema del rango di tutela che si ritiene necessario garantire al diritto di accesso a Internet, infatti, è complesso e delicato, ed esige perciò un'attenzione particolare, non attuabile in queste circostanze.

Tuttavia, lo stravolgimento del contesto in cui le opere dell'ingegno cominciarono a circolare, in seguito all'avvento dell'era digitale, è evidente. Con la diffusione di Internet, infatti, è divenuto possibile ciò che, fino a pochi anni prima, era addirittura impensabile.

Di alcune di tali innovazioni abbiamo già discusso in precedenza, ma è bene ricordarne nuovamente i tratti salienti, per consentire una migliore comprensione del fenomeno su cui, a breve, si concentrerà la trattazione: la responsabilità per la diffusione online di contenuti protetti dal diritto d'autore; un tema di grande complessità, soprattutto in ragione della particolare struttura della rete.

Anzitutto, caratteristica fondamentale della diffusione online dei contenuti digitali è il costo approssimativamente pari allo zero – solitamente coincidente con i costi di connessione alla rete – e la riduzione dei tempi di riproduzione necessitati. In epoche meno recenti la modalità di circolazione delle opere dell'ingegno comportava la loro riproduzione in copie, il cui numero corrispondeva a quello dei supporti materiali su cui esse potevano imprimersi, compatibilmente ai mezzi e alle tempistiche richieste dai processi produttivi dell'industria editoriale.

La smaterializzazione dell'opera e la maggiore disponibilità di dispositivi tecnologici, peraltro accessibili a una cerchia sempre più ampia di soggetti, comportano, al contrario, la possibilità di porre in essere un numero potenzialmente illimitato di

---

<sup>115</sup> Corte Cost., sentenza n. 307/2004



copie, esigendo tempistiche incredibilmente ridotte e costi irrisori, in particolar modo a seguito alla diffusione, dapprima della connessione a banda larga, e successivamente della ancor più efficiente fibra ottica<sup>116</sup>, grazie alle quali la fruizione dei contenuti multimediali è divenuta sempre più agevole e rapida rispetto al passato<sup>117</sup>. L'opera quindi, concepita come bene immateriale impresso su un'entità fisica – quest'ultima intesa, in senso stretto, quale supporto dotato di corporeità nel mondo materiale – ha mutato fisionomia. Sebbene, infatti, si cerchi di ravvisare ugualmente un supporto materiale nella codificazione binaria o nella sequenza di bit che consentono di conferire esistenza esteriore all'idea creativa dell'autore, è evidente che, ad oggi, il modo di concepire l'opera è sensibilmente cambiato.

Tale cambiamento è dovuto alla disgiunzione della dimensione intangibile dell'opera rispetto a quella corporea: nel mondo virtuale, infatti, contenuti e opere circolano liberamente, senza che vi occorra alcun supporto materiale.

In questa prospettiva si è parlato – e continua a parlarsi – di «*opera digitale*» per indicare quelle opere che, pur avendo le caratteristiche tipicamente riferibili all'opera dell'ingegno tradizionale – di cui abbiamo parlato nel capitolo II della presente elaborazione – circolano, per l'appunto, attraverso modalità digitali, in quanto «*il supporto costituisce una eventualità non essenziale alla fruizione*

---

<sup>116</sup> L'espressione «banda larga», nel settore informatico e nel campo delle telecomunicazioni, indica l'utilizzo di mezzi e sistemi di comunicazione che sfruttano un'ampiezza di banda maggiore di quella utilizzata dalle reti dei precedenti strumenti di telecomunicazione (a banda stretta). La fibra ottica, a sua volta, consente il trasporto di un complesso ancora maggiore di dati, a una velocità più elevata, rispetto a quanto consentito dalla connessione a banda larga.

<sup>117</sup> D'altro canto, nel documento AGCom del 12 febbraio 2010, *Il diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica: indagine conoscitiva*, viene fatto notare che «*la creazione di una rete informatica capillare ed efficiente*» potrebbe addirittura favorire lo sviluppo del mercato legale dei contenuti digitali [audiovisivi], nonostante la «*scarsa propensione a pagare da parte degli utenti*», al fine di «*disincentivare il file sharing e il P2P a vantaggio di una fruizione legale dei contenuti digitali in streaming*», come messo in luce da E.TOSI in *Contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile degli hosting provider - passivi e attivi - tra tipizzazione normativa e interpretazione evolutiva applicata alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti*, in *Rivista di Diritto Industriale*, fasc.I, 2017, p. 56

dell'opera»<sup>118</sup>. L'opera digitale consiste, in altri termini, in una serie di impulsi elettrici impressi in un codice binario, la cui circolazione in rete non impedisce, oltre che di trarne un numero illimitato di copie, neppure di modificarne forma o contenuto rispetto alla versione originariamente immessa nella rete. Per questo è essenziale, ancor più che in passato, che l'autore dell'opera vi imprima la propria forma espressiva, così da consentirne una specifica individuazione e tutela nei confronti delle copie abusivamente realizzate a partire da essa.

La sua natura evanescente è, infatti, il connotato principale dell'opera digitale, così come il suo principale elemento di complessità. E, in effetti, se quanto detto finora rende incontestabilmente più fluido e veloce il diffondersi delle opere e dei contenuti digitali, è altrettanto incontestabile che in una realtà illimitatamente estesa, com'è appunto quella di Internet, non è semplice ipotizzare un controllo esaustivo su tale diffusione. Il rischio, invero, è quello di vedere moltiplicate le possibili condotte illecite poste in essere dai soggetti che operano in rete, i quali, plausibilmente, non incontrano alcuna difficoltà nel condividere e utilizzare contenuti protetti dal diritto d'autore, come pure nel modificarne il contenuto e la forma.

La nascita e lo sviluppo dei *social network*, fenomeni appartenenti a quello che viene comunemente definito *web 2.0*<sup>119</sup>, non ha fatto poi che acuire tali conseguenze, favorendo una concezione di Internet non più – o non solo – inteso quale veicolo di distribuzione di contenuti digitali, ma piuttosto come mezzo per la loro creazione e aggregazione.

I *social network* possono essere comunemente definiti come servizi informatici, fruibili mediante *browser* o applicazioni, attraverso i quali è possibile realizzare reti di comunicazione tra gli utenti, consentendo loro di pubblicare e condividere i propri contenuti multimediali, *link* e testi e di visualizzare e accedere a quelli altrui. E proprio in relazione a questi contenuti, liberalmente pubblicati dagli utenti, si pongono, come vedremo, particolari problemi di violazione delle norme sul diritto

---

<sup>118</sup> E. PROSPETTI, *La circolazione delle opere digitali*, in G. CASSANO, G. SCORZA, G. VACIAGO, *Diritto dell'Internet. Manuale operativo. Casi, legislazione, giurisprudenza*, CEDAM, Padova, 2012

<sup>119</sup> G. M. RICCIO, *Social Network e responsabilità civile*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, fasc. 6, 2010, pag. 859-871

d'autore. Attraverso i *social network* si possono infatti postare e creare propri contenuti digitali; facendo questo, però, l'utente concede una licenza gratuita – sottoposta a condizioni d'uso differenti a seconda del *social* a cui si accede – all'utilizzo di quel determinato contenuto<sup>120</sup>. È sufficiente scorrere le condizioni d'uso di Facebook, in cui si esplicita chiaramente che *«se l'utente condivide una foto su Facebook, ci autorizza a memorizzarla, copiarla e condividerla con altri soggetti (sempre nel rispetto delle proprie impostazioni), quali i fornitori di servizi che supportano il servizio o gli altri Prodotti di Meta che l'utente usa»*, per rendersi conto della possibilità di riutilizzo dei contenuti postati dagli utenti, con tutte le implicazioni in termini di tutela che ciò comporta.

Ad aumentare, inoltre, non sono le sole modalità di riproduzione e circolazione delle opere, ma anche le possibilità creative attraverso le quali queste ultime vengono realizzate. Non a caso, negli ultimi anni abbiamo assistito alla continua emersione di nuove modalità espressive, al punto di volervi forzatamente ricomprendere – a torto o a ragione – tutte le attività riferibili in astratto all'intelletto umano, spaziando dal diritto d'autore cd. sensoriale (cui abbiamo accennato citando la sentenza *Levola Hengelo*), alla figura dei *content creators* (operativi, ad esempio, all'interno di piattaforme quali *You Tube* o *Tik Tok*), con tutte le problematiche di inquadramento dogmatico che ciò comporta.

---

<sup>120</sup> Per farsi un'idea in tal senso è sufficiente dare lettura ai termini legali di Facebook, reperibili al link: <https://www.facebook.com/terms>. *«L'utente è titolare dei diritti di proprietà intellettuale (aspetti come diritti d'autore o marchi registrati) dei contenuti che crea e condivide su Facebook e sugli altri prodotti delle aziende di Meta che utilizza. Nessun elemento delle presenti Condizioni priva l'utente dei diritti di cui è titolare in relazione ai propri contenuti. [...] Tuttavia, l'utente deve concedere a Meta, per la fornitura dei propri servizi, alcune autorizzazioni di legge (note come "licenze") per l'uso dei contenuti in questione. Nello specifico, quando l'utente condivide, pubblica o carica un contenuto protetto da diritti di proprietà intellettuale in relazione o in connessione con i nostri Prodotti, concede una licenza non esclusiva, trasferibile, sub-licenziabile, non soggetta a royalty e valida in tutto il mondo per la memorizzazione, l'uso, la distribuzione, la modifica, l'esecuzione, la copia, la pubblica esecuzione o la visualizzazione, la traduzione e la creazione di opere derivate dei propri contenuti»*

Si può dire perciò – non indugiando sul dibattito sviluppatosi attorno alle forme espressive più innovative, la cui configurabilità in termini di opere dell’ingegno, come abbiamo avuto modo di osservare nei capitoli precedenti, è piuttosto controversa – che un ulteriore elemento di peculiarità della rete è la sua multimedialità. Chi vi opera ha la possibilità di reperire contenuti di vario genere, dalle fotografie ai video, dalle opere letterarie a quelle artistiche, dalle canzoni ai *podcast*, indipendentemente dalla funzione (didattica, ludica, lavorativa o commerciale) per la quale tali ricerche vengono condotte.

A seguito di simili considerazioni è impossibile non rendersi conto della complessità intrinseca alla circolazione delle opere in Internet; una realtà nella quale attività potenzialmente lecite, quali il *file sharing*, il *linking*, o lo *streaming*, vengono sovente associate a condotte illecite, in quanto utilizzate quali mezzi mediante i quali favorire la diffusione di contenuti protetti dal diritto d’autore, senza la necessaria autorizzazione di chi ne è il titolare.

Volendo definire sinteticamente queste attività, possiamo dire che, con la locuzione «*file sharing*», si intende la condivisione di file all’interno di una rete di computer collegati tra loro, normalmente mediante reti a struttura *peer-to-peer* (P2P)<sup>121</sup>. In sostanza un utente può mettere a disposizione determinati *file*, collocandoli nel proprio *hard disk*, cosicché il contenuto venga automaticamente condiviso con gli altri utenti, anziché rimanere nella mera disponibilità del singolo. Ampiamente diffusa a partire dagli anni Novanta, questa forma di condivisione, indiscutibilmente lecita quando a porla in essere è l’autore o altro soggetto legittimato, ma illecita quando realizzata, viceversa, da un soggetto non autorizzato, è ormai superata dalla maggior praticità garantita dallo *streaming*<sup>122</sup>, di cui diremo a breve.

L’attività di «*linking*» consiste nella predisposizione di un collegamento ipertestuale attraverso il quale l’utente può spostarsi da un sito all’altro. Chiaramente,

---

<sup>121</sup> S. RICCI, *File sharing e attività illecite*, in G. CASSANO E I.P. CIMINO, *Diritto dell’Internet e delle nuove tecnologie telematiche*, Padova, CEDAM, 2009

<sup>122</sup> Come emerge dal Documento AGCom del 12 febbraio 2010, *Il diritto d’autore sulle reti di comunicazione elettronica: indagine conoscitiva*, p. 33, «il fenomeno P2P appare in diminuzione a livello mondiale, mentre le tecnologie di trasmissione diretta stanno prendendo il sopravvento»; previsione peraltro confermata in proseguito di tempo.

anche in questo caso, può immaginarsi tanto un'esecuzione lecita, quanto illecita di tale attività, a seconda che il link conduca a un contenuto già accessibile e reso pubblico dal suo autore – o perlomeno con il consenso dello stesso –; ovvero conduca a un contenuto protetto, presente su un sito diverso da quello in cui è stato condiviso in origine, la cui ripubblicazione avvenga senza preventiva autorizzazione da parte del suo autore.

Lo «*streaming*», infine, è una «*particolare modalità di diffusione di un flusso audio e/o video*» in modo tale che «*i dati trasmessi vengano riprodotti man mano che arrivano a destinazione, e che non siano memorizzati all'interno della apparecchiatura che li riceve*»<sup>123</sup>.

Lo streaming di regola consente di visionare in piena legalità i contenuti offerti dalle diverse piattaforme online, nella maggior parte dei casi dietro sottoscrizione di un abbonamento mensile. La fruizione avviene *on demand*, laddove l'utente intenda scegliere a proprio piacimento quando accedere al contenuto, ovvero *live*, nel caso ne prenda visione nel momento stesso in cui viene trasmesso in diretta. Tuttavia è accaduto spesso – e accade ancora, nonostante la diffusione di piattaforme appositamente dedicate allo streaming legale di audio o video (basti pensare a Netflix, Prime Video, DAZN, Spotify o Amazon Music, a cui si accede normalmente tramite abbonamenti *standard* o *premium*, a seconda delle esigenze dell'utente, ovvero, con riferimento ad alcune di tali piattaforme, anche liberamente, tollerando però in questo caso intervalli e spot pubblicitari) – che lo streaming di film, serie TV, programmi televisivi ed eventi sportivi, avvenga illegalmente all'interno di siti pirata in cui, evidentemente, vengono perpetrate continue violazioni del diritto d'autore.

In effetti, se da un lato il numero dei servizi streaming sembra in continuo aumento, coprendo la distribuzione di un'area sempre più estesa di contenuti digitali, dall'altro lato il fenomeno della pirateria online non sembra voler scomparire, complice soprattutto la scarsa percezione dell'antigiuridicità della propria condotta da parte del singolo utente.

---

<sup>123</sup> E. PROSPETTI, *La circolazione delle opere digitali*, in G. CASSANO, G. SCORZA, G. VACIAGO, *Diritto dell'Internet. Manuale operativo. Casi, legislazione, giurisprudenza*, CEDAM, Padova, 2012.

La recentissima proposta di legge, presentata dalle Commissioni Cultura e Trasporti della Camera dei deputati<sup>124</sup>, alla luce delle modifiche apportate alla legge italiana sul diritto d'autore 22 aprile 1941 n.33, da parte del d. lgs. 8 novembre 2021 n. 177, con cui si è recepita nell'ordinamento nazionale la Direttiva UE 2019/790, rappresenta una sorta di presa di coscienza in questa direzione. Con tale proposta – che esige un coordinamento con il quadro normativo andatosi a delineare *medio tempore*– si vorrebbero attribuire maggiori poteri all'AGCom, affinché le sia possibile adottare provvedimenti di natura cautelare, con cui ordinare il blocco dei nomi di dominio e degli indirizzi IP, prima della trasmissione di un contenuto illecito, o durante la medesima, su richiesta del titolare dei diritti, con successiva trasmissione di tutte le informazioni alla Procura della Repubblica.

Ciò nonostante, va detto che lo *streaming* ha consentito di superare il ricorso ad altre tipologie di attività, come il *file sharing* e il *download*, anch'esse spesso e volentieri poste in essere con finalità illecite: lo *streaming* consente infatti di usufruire dei contenuti senza che occorra scaricarli nella memoria del proprio dispositivo, con evidenti vantaggi in termini di spazio di archiviazione e di praticità nella fruizione, posto che questa avviene immediatamente in rete<sup>125</sup>.

Testimoni di un simile successo sono, ad esempio, i dati di mercato riportati dalla Federazione Industriale Musicale Italiana (FIMI), sulla base dei quali emerge che nel 2021, come già avvenuto nel 2020, «sono i ricavi dagli abbonamenti alle

---

<sup>124</sup> Contributo dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, Presidente G. Lasorella, Camera dei deputati, Commissioni riunite VII (Cultura, scienza e istruzione) e IX (Trasporti, poste e telecomunicazioni), Esame in sede referente delle proposte di legge C. 1357 Butti, C. 2188 Capitanio e C. 2679 Zanella, recanti disposizioni per la prevenzione e la repressione della diffusione illecita di contenuti tutelati dal diritto d'autore mediante le reti di comunicazione elettronica; è disponibile al link: [https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/upload\\_file\\_doc\\_acquisiti/pdfs/000/006/986/Contributo\\_AGCOM.pdf](https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/upload_file_doc_acquisiti/pdfs/000/006/986/Contributo_AGCOM.pdf).

<sup>125</sup> E. TOSI in *Contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile degli hosting provider - passivi e attivi - tra tipizzazione normativa e interpretazione evolutiva applicata alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti*, in *Rivista di Diritto Industriale*, fasc.I, 2017, p. 56, riflette su come «tale fattore tecnologico dovrebbe [...] disincentivare il file sharing e il 2P2 a vantaggio di una fruizione legale dei contenuti digitali in streaming»

*piattaforme streaming ad aver trascinato il settore [discografico]: il segmento premium è cresciuto del 35,6%. Forte impatto anche nell'area video streaming sostenuta dalla pubblicità con un +46,3%. Complessivamente, tutto il segmento tra audio e video streaming è cresciuto del 24,6% arrivando a 208 milioni di euro di ricavi»<sup>126</sup>.*

Purtroppo, però le violazioni del diritto d'autore online non si verificano esclusivamente nei settori su cui abbiamo indagato finora. A rimanerne coinvolto è anche il mondo dell'editoria, che vede crescere in modo esponenziale il numero di atti di pirateria posti in essere online e consistenti per lo più nello scaricare e condividere illegalmente *e-book*, materiali didattici e audiolibri.

Come emerge dai dati riportati sul sito dell'Associazione Italiana Editori (AIE), in seguito a indagine IPSOS relativa all'anno 2021<sup>127</sup>, circa un italiano su tre, sopra i 15 anni (35%), ha compiuto un atto di pirateria editoriale nell'ultimo anno e poco meno di un italiano su quattro (23%) ha scaricato gratuitamente da Internet, almeno una volta, un *e-book* o un audiolibro in maniera illegale. Le percentuali poi aumentano, rispettivamente all'81% e al 56%, quando parliamo di condotte illecite poste in essere da studenti universitari e liberi professionisti.

Il tutto, ancora una volta, è agevolato da una scarsa consapevolezza della gravità legata a condotte di questo tipo e da una forte percezione di impunità. Vengono in soccorso nuovamente i dati riportati sul sito dell'AIE: il 39% della popolazione, infatti, non ritiene che atti del genere siano gravi al punto da giustificare la necessità di perseguirli legalmente e il 68% considera poco o per niente probabile che le condotte pirata vengano scoperte e punite dall'autorità competente.

Si può affermare, quindi, che dal contesto socioeconomico delineato emerge – in realtà ormai da tempo – chiaramente che gli illeciti online, con specifico riferimento alle tipologie che integrano vere e proprie violazioni del diritto d'autore, hanno

---

<sup>126</sup> Dati di mercato riportati sul sito web di FIMI: <https://www.fimi.it/mercato-musicale/dati-di-mercato/>.

<sup>127</sup> Tutti i dati sono consultabili presso il sito web AIE, nello specifico al link: <https://net-work.aie.it/Portals/default/Skede/Allegati/Skeda105-8671-2022.3.28/pirateriamondolibro-2022-studiericerche.pdf?IDUNI=fublweiko0p13gbkvytotamb1903>.

assunto proporzioni macroscopiche, coinvolgendo una vasta platea di soggetti e settori.

Prima di procedere con l'esposizione, occorre però fare chiarezza su un punto. Come del resto dimostra la presa di posizione della Commissione Europea in una nota Comunicazione del 1996, non si può affatto concordare con la tesi seguita originariamente dalla giurisprudenza nordamericana, che ravvisava nella rete uno spazio tendenzialmente vuoto di diritto. È la stessa Commissione Europea, infatti, a ricordarci che «*ciò che è illegale fuori dalla rete è illegale anche sulla rete*»<sup>128</sup>, ribadendo come, anche nello spazio virtuale di Internet, sia facile incorrere in condotte illecite idonee a pregiudicare i diritti altrui, specialmente il diritto d'autore.

### **3.2 L'illecito online: il problema dell'individuazione del soggetto responsabile**

Chiarito che Internet, per il semplice fatto di essere una realtà virtuale priva di corporeità, non può considerarsi un luogo esente da fenomeni di illegalità – anzi, la sua particolare conformazione ne favorisce, come abbiamo visto, la continua proliferazione<sup>129</sup> – appare opportuno soffermarsi sulla fattispecie tipica dell'illecito online e, soprattutto, valutarne i profili di responsabilità.

Si suole distinguere tre tipologie di illeciti attuabili all'interno della realtà digitale: gli illeciti *di* Internet, ossia le violazioni poste attivamente in essere dagli intermediari che regolano e gestiscono l'accesso alla rete, a cui si rifà l'attività degli *Internet Service Providers*; gli illeciti *contro* Internet, posti in essere dagli utenti che

---

<sup>128</sup> Comunicazione della Commissione Europea del 16/10/1996, intitolata: «*Informazioni di contenuto illegale e nocivo su Internet: ciò che è illegale fuori dalla rete è illegale anche sulla rete*»

<sup>129</sup> E. TOSI, in *La tutela degli audiovisivi e dei contenuti digitali nelle reti di comunicazione elettronica tra diritto d'autore online e responsabilità civile degli Internet Service Provider*, in G. FINOCCHIARO e F. DELFINI, *Diritto dell'informatica*, UTET, Torino, 2014, afferma infatti che «*la dematerializzazione e la possibilità tecnica di condivisione illimitata dei contenuti digitali agevola le condotte illecite e rende strenua la battaglia dei titolari dei diritti d'autore e dei diritti connessi nei confronti degli utilizzatori di Internet*»



utilizzano i *server*, a danno della rete; e gli illeciti *per mezzo* di Internet, realizzati avvalendosi di Internet quale strumento per la loro attuazione<sup>130</sup>.

La principale criticità legata all'illecito online attiene, però, all'individuazione del soggetto responsabile. La rete è, infatti, un luogo immateriale in cui l'utente può muoversi liberamente, in assenza dei tradizionali limiti di tempo e spazio che vincolano l'agire reale. A complicare ulteriormente il quadro vi è, poi, un altro fattore: l'anonimato.

L'utilizzatore di Internet può svolgere le proprie attività online nel completo anonimato, rendendo di fatto impossibile, o quantomeno complesso, il suo tracciamento.

Per esigenza di tutela della privacy dell'utente, nonché del diritto alla libera manifestazione del pensiero e di altri diritti costituzionalmente rilevanti, l'anonimato è riconosciuto come un'opzione del tutto lecita. Ciò non toglie che il tema finisca per sollevare notevoli problematiche, specialmente in relazione alla materia oggetto di trattazione: il ruolo svolto dai fornitori dei servizi Internet nella condivisione e diffusione di contenuti illeciti da parte dei singoli utenti.

Come abbiamo già avuto modo di osservare in precedenza, la rete fu originariamente utilizzata a scopo accademico e universitario, al fine di favorire lo scambio reciproco di file e messaggi elettronici tra studiosi e ricercatori. In questo contesto, è chiaro, la struttura di Internet era pensata per essere totalmente aperta alla circolazione di informazioni e dati, e liberamente accessibile a chiunque, indipendentemente dall'individuazione dell'identità di chi vi agisse<sup>131</sup>.

Con il passare del tempo, tuttavia, ci si è resi conto delle potenzialità economiche e commerciali che la rete è in grado di offrire: basti pensare alla quantità di dati condivisa ininterrottamente dagli utenti, i quali si traducono di *default* in un pacchetto di informazioni di notevole valore economico per le aziende. L'economia online è,

---

<sup>130</sup> E. TOSI, *La responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider e dei motori di ricerca a margine dei recenti casi "Google suggest" per errata programmazione del software di ricerca e "Yahoo!Italia" per "ling" illecito in violazione dei diritti di proprietà intellettuale*, in *Rivista di Diritto Industriale*, fasc. I, 2012, pag.44

<sup>131</sup> Sul punto A. SIMONCINI, *Sovranità e potere nell'era digitale*, in T.E. FROSINI, O. POLLICINO, M. BASSINI, *Diritti e libertà in Internet*, Mondadori Education, Milano, 2017

ormai in modo preponderante, costruita sull'utilizzo commerciale di tali informazioni, in base alle quali le aziende possono promuovere campagne pubblicitarie *ad hoc*, realizzate in maniera il più possibile aderente alle preferenze manifestate online dal singolo utente, così da poterne orientare i consumi.

Tale considerazione è resa ancor più evidente dall'evoluzione tecnologica di Internet – anche grazie allo sviluppo di specifiche piattaforme digitali, come i *social network* – che è passato dall'essere un mero strumento di trasmissione passiva di dati e informazioni, a luogo in cui l'utente può intervenire attivamente sul contenuto digitale, modificandone forma o contenuto a seconda dell'interesse personale che ne condiziona l'agire, in un sistema interconnesso e multimediale, esteso a diversi ambiti<sup>132</sup>.

Proprio in considerazione dell'illimitata estensione che la rete è in grado di vantare e dell'imponente flusso di informazioni che vi avviene quotidianamente, si è cominciato a ripensare all'incondizionata apertura di Internet, valutando l'opportunità di prevedere degli strumenti di controllo, che consentano di identificare l'utente e di registrarne e vagliarne l'attività posta in essere online. Si parla, ad esempio, di «*anonimato protetto*», per indicare il compito del *provider*, in qualità di fornitore dei servizi di rete, di garantirne l'accesso solo all'utente che, nell'atto di registrarsi, metta a disposizione i propri dati personali, i quali vengono detenuti temporaneamente dal prestatore, consentendo l'eventuale tracciamento *ex post* dell'utente.

Ad ogni modo, ciò che emerge è un significativo incremento del controllo sulle attività realizzate sul *web*, rispetto a quanto avvenisse in origine, soprattutto in considerazione dei rischi connessi all'ampia diffusione di dati e informazioni personali attraverso condotte potenzialmente lesive della sicurezza e della riservatezza dell'utente.

---

<sup>132</sup> P. DE ROSA, *Tutela del diritto all'anonimato online e responsabilità civile degli Internet Service Providers: ricerca di un equilibrio tra libertà d'espressione e accountability*, in *Data Protection Law. Diritto delle nuove tecnologie, privacy e protezione dei dati personali*, n. 2/2021, liberamente accessibile al link: [https://www.dataprotectionlaw.it/wp-content/uploads/2021/06/rivista-n-2\\_2021.pdf](https://www.dataprotectionlaw.it/wp-content/uploads/2021/06/rivista-n-2_2021.pdf).

L'esigenza di controllo, però, deve potersi bilanciare con una corretta concezione dello strumento che è Internet. Si tratta, per l'appunto, di un «*servizio universale*»<sup>133</sup> e di un diritto fondamentale dell'individuo, al quale dev'essere sempre garantita, anche in virtù del mezzo informatico, la possibilità di manifestare il proprio pensiero e le proprie idee, nonché la propria personalità. Forme di sorveglianza eccessivamente invasive sull'agire dell'utente rappresenterebbero, quindi, un *vulnus* inaccettabile allo schema di libertà in cui vuole inquadrarsi il fenomeno della rete. Osservando complessivamente questa ricostruzione, non può negarsi che l'anonimato costituisca un valore imprescindibile per chi agisce nella rete, in quanto funzionale, da un lato, a schermare l'utente da eventuali ripercussioni indesiderate, generate dal suo comunicare online, e, d'altra parte, a contrastare l'utilizzo di tecniche di sorveglianza, sviluppate da parte di soggetti pubblici o privati, incompatibili con quell'ideale di libertà che è da sempre, imprescindibilmente, legato alla dimensione digitale.

Non a caso c'è chi parla dell'anonimato come una «*condizione giuridica normale*» per chi agisce in rete<sup>134</sup>.

Certo è che, in tale mosaico di diritti ed esigenze reciproche, catalizzare l'attenzione su un soggetto a cui sia possibile riferire, senza incertezze, la responsabilità per eventuali comportamenti lesivi, risulta sempre più complesso. È per questo che, nell'impellente necessità di non lasciare spazi vuoti di responsabilità, con il rischio che gli effetti dell'illecito gravino sul soggetto danneggiato, dottrina e giurisprudenza, nonché il legislatore italiano e comunitario, sono giunti a interrogarsi sul ruolo dei soggetti coinvolti nella rete, al fine di individuare un concreto centro di imputazione giuridica della responsabilità per le violazioni realizzate online, specialmente, per quanto interessa la presente riflessione, di quelle che comportino una lesione del diritto d'autore.

---

<sup>133</sup> Ancora P. DE ROSA, *Tutela del diritto all'anonimato online e responsabilità civile degli Internet Service Providers: ricerca di un equilibrio tra libertà d'espressione e accountability*, in *Data Protection Law. Diritto delle nuove tecnologie, privacy e protezione dei dati personali*, n. 2/2021

<sup>134</sup> E. BASSOLI, *Come difendersi dalla violazione dei dati su Internet. Diritti e responsabilità*, Maggioli Editore, 2012

Se infatti la possibilità dell'anonimato, e dunque dell'agire online con un'identità virtuale diversa rispetto a quella effettiva, è riconosciuta e incoraggiata dagli ordinamenti giuridici, è altrettanto vero che tale agire non può tradursi in una condotta lesiva dell'altrui diritto, senza che sia possibile identificarne il responsabile<sup>135</sup>.

Appare quindi opportuno ricostruire il percorso logico seguito dalla dottrina e dalla giurisprudenza prima, e dal legislatore poi, nella ricerca di risposte soddisfacenti ai problemi fin qui posti.

In particolare, occorrerà individuare, anzitutto, i soggetti potenzialmente coinvolti nella responsabilità dell'illecito e i criteri di imputazione di tale responsabilità, per esaminare, in seguito, quali sono state, e quali continuano ad essere, le risposte normative e giurisprudenziali offerte dai diversi ordinamenti all'istituto.

### **3.3 Una risposta plausibile: gli Internet Service Providers**

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte in merito alla peculiare struttura del mondo telematico, nonché alla particolare posizione dell'utente nella rete, una risposta plausibile, all'interrogativo spontaneamente sorto tra gli studiosi del diritto, è andata delineandosi in capo agli operatori che gestiscono e forniscono l'accesso a Internet (nonché servizi ulteriori): gli *Internet Service Providers* (ISP), i quali, proprio in virtù dell'attività svolta, rappresentano dei soggetti certamente di più agile reperibilità rispetto al singolo individuo che opera in rete.

Definiti agli albori, con la Direttiva 98/34/CE, come «*prestatori di servizi della Società dell'Informazione*», gli ISP sono considerati, ad oggi, dei soggetti, organizzati di regola in forma d'impresa, che prestano servizi telematici di connessione alla rete e di comunicazione nella rete, consentendo l'instaurazione di relazioni sociali online e la diffusione di contenuti digitali, a pagamento ovvero gratuitamente. L'intermediario, infatti, consente la diffusione dei contenuti digitali introdotti nella rete dagli utenti, consentendo la connessione alla rete e garantendo, talvolta, servizi ulteriori, quali la posta elettronica, l'accesso a motori di ricerca o banche dati<sup>136</sup>.

---

<sup>135</sup> S. SICA, V. Z. ZENZOVIČH, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, CEDAM, 2019

<sup>136</sup> M. FRANZONI, *La responsabilità del provider*, in AIDA, 1997, pag. 248 e ss

Il *provider*, dunque, rappresenta l'indispensabile ponte di collegamento tra gli utenti e i gestori delle linee telefoniche e di comunicazione, in quanto costituisce il punto di «confluenza di due relazioni di natura privatistica di cui egli è al contempo parte, da un lato, con l'operatore di telecomunicazione e, dall'altro, con l'utente»<sup>137</sup>.

In origine – parallelamente alle definizioni normative poi fornite dal legislatore comunitario e nazionale all'interno dei rispettivi interventi legislativi<sup>138</sup> – la giurisprudenza ha individuato tre diverse tipologie di *providers*: *access*, *content* e *host provider*<sup>139</sup>.

In realtà, ancor prima dell'*access provider*, che si pone a un primo livello quale soggetto che mette l'utente in condizione di accedere alla rete, potrebbe accennarsi anche al cd. *network operator*, il soggetto, cioè, che fornisce cavi e reti di telecomunicazione, sulle quali l'informazione è veicolata<sup>140</sup>.

Vi è poi il *content provider*, ossia un fornitore di veri e propri contenuti digitali, creati *ex novo* e poi diffusi in rete; infine, vi è la figura dell'*host provider*, ossia il fornitore di servizi – e non di contenuti – che mette a disposizione dell'utente una porzione del proprio disco rigido, attraverso la quale ospitare siti *web* e contenuti prodotti e messi in rete dagli *users*.

A queste categorie di *providers*, la cui qualificazione giuridica è andata modificandosi e aggiornandosi progressivamente, si sono aggiunte in proseguo di tempo

---

<sup>137</sup> M. DE CATA, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, Giuffrè Editore, Milano, 2010

<sup>138</sup> Il riferimento è ovviamente alla Direttiva e-commerce 2000/31/CE e al D. lgs. 70/2003 che ne ha consentito il recepimento all'interno del quadro delle fonti giuridiche nazionali, di cui ampiamente si dirà

<sup>139</sup> Classificazione pacificamente riconosciuta in dottrina, come evidenziato in M. RICCIO, *La responsabilità civile degli Internet Service Providers*, Giappichelli Editore, Torino, 2002, in cui si riportano diversi studi dove la tripartizione in oggetto è riconosciuta e applicata, ad esempio: S. SICA, *Il sistema delle responsabilità*, in S. SICA- G. COMANDÈ, *Il commercio elettronico*, Torino, 2001; T. HOEREN – R. PILCHER, *Zivilrechtliche Haftung im Online-Bereich*, in U. LOWENHEIM – F.A. KOCHE, *Praxis des Online-Rechts*, Weinheim, 1997

<sup>140</sup> G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli Internet Service Providers*, Giappichelli Editore, Torino, 2002

ulteriori figure: i motori di ricerca, i *social network* e in generale gli aggregatori di contenuti di terzi, il cui inquadramento giuridico è spesso complicato, in ragione della difficile definizione dell'attività da questi concretamente svolta caso per caso. Ed è proprio a causa dell'ampliarsi del novero di soggetti coinvolti nel contesto digitale che – con la Direttiva e-commerce prima e, a maggior ragione, con la Direttiva 790/2019 poi – si è avvertita l'esigenza di regolamentare la posizione e il coinvolgimento degli operatori della rete.

Tuttavia, prima di procedere all'analisi del regime di responsabilità formulato in relazione all'attività posta in essere da ciascun *provider*, è bene ricordare che si è guardato agli ISP non solo in quanto soggetti facilmente reperibili, ma anche per la natura professionale e imprenditoriale delle operazioni da essi svolte. Il *provider* svolge, infatti, la propria attività in forma d'impresa e percepisce, per questo, un incremento patrimoniale, il quale può essere diretto – nell'ipotesi in cui il servizio sia offerto dietro pagamento di un abbonamento – ovvero indiretto – nel caso in cui l'utente acceda gratuitamente alla prestazione fornita dal provider, il cui guadagno è comunque assicurato dalla concessione di spazi pubblicitari ad altre imprese. Si ritiene, quindi, che l'ISP abbia una capacità patrimoniale sufficientemente ampia per sopportare gli eventuali danni subiti da terzi, a causa delle attività svolte all'interno degli spazi virtuali, messi a disposizione dallo stesso. E, considerando che, com'è noto, «*il fine principale della responsabilità civile [a cui, come vedremo, si è voluto ancorare il regime di responsabilità degli ISP] è la riparazione del danno arrecato ingiustamente ad altri*»<sup>141</sup>, non è difficile comprendere i motivi che hanno portato, giocoforza, a concentrare l'attenzione in capo a tali soggetti.

---

<sup>141</sup> Ancora G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli Internet Service Providers*, Giappichelli Editore, Torino, 2002; sebbene vi siano autori che evidenziano una duplice finalità della responsabilità civile, ampiamente intesa, ad esempio come «obbligo derivante dal torto» (G. Venezian, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, in *Opere giuridiche*, I, Roma, 1919, 55, cit. da C. Castrovino, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 3 nt. 1), alla quale si ricondurrebbe, quale conseguenza dell'illecito a cui si intende assicurare riparazione, anche l'assoggettabilità a misure inibitorie. Scrive in proposito L. ALBERTINI, *La responsabilità civile degli Internet Service Provider per i materiali caricati dagli utenti (con qualche considerazione sul ruolo di Gatekeepers della comunicazione*, in *Law and Media Working Paper Series. Law and Policy of the Media in a Comparative Perspective*, n.4/2020

La tentazione di ravvisare, per i motivi ora evidenziati, una responsabilità oggettiva in capo al *provider*, dev'essere però opportunamente evitata, sebbene, inizialmente, il dibattito in materia avesse effettivamente carezzato l'idea di riconoscere in capo all'ISP una responsabilità per ogni illecito posto in essere dagli utenti del servizio, del quale egli sarebbe chiamato a rispondere per il semplice fatto di essere il fornitore dell'accesso a Internet o di servizi affini e comunque strumentali al danno.

La tesi sostenuta da chi voleva applicare, in un simile contesto, la teoria del rischio d'impresa<sup>142</sup> – spesso utilizzata dalla giurisprudenza angloamericana, nelle prime pronunce sul tema, per dare risposta alle domande risarcitorie dei danneggiati – ovvero, quella di chi intendeva riconoscere, in generale, una responsabilità di natura oggettiva in capo all'ISP, è tuttavia da escludere. Nonostante la previsione di un obbligo risarcitorio, computato sulla base di meri criteri obiettivi, potrebbe garantire, in ogni circostanza, la riparazione del danno sofferto dal terzo, ciò finirebbe per influenzare negativamente le potenzialità di sviluppo economico e sociale della rete e della cd. società dell'informazione.

Nella prospettiva delineata, infatti, il *provider*, conscio del rischio insito nell'esercizio della propria attività, sarebbe inevitabilmente portato ad aumentare i costi del servizio offerto, al fine di consentire la predisposizione di efficaci strumenti di protezione e di disporre delle somme necessarie a sostenere le eventuali azioni giudiziarie che, i soggetti danneggiati potrebbero, plausibilmente, promuovere nei suoi confronti, con conseguente allocazione dei costi in eccesso in capo agli utenti<sup>143</sup>.

Tutto ciò è incompatibile rispetto ai valori e ai principi su cui poggia una società come quella attuale, che non può rinunciare al mezzo informatico quale presidio di tutela all'accesso alla libera informazione. Come abbiamo messo in luce nei paragrafi antecedenti, attrattiva specifica dei servizi telematici è, per l'appunto, la possibilità di accedervi a costi relativamente esigui, rispetto a quanto avviene con riferimento a mezzi di comunicazione differenti. Laddove tale caratteristica venisse a

---

<sup>142</sup> Ne parla ampiamente G. M. RICCIO *La responsabilità civile degli Internet Service Providers*, Giappichelli Editore, Torino, 2002

<sup>143</sup> G.M. RICCIO, *Anonimato e responsabilità in Internet*, in *Diritto dell'informatica*, 2000, pag. 355; in cui si discorre dello spostamento dei *cost of accidents* sugli utenti della rete

mancare, dunque, il rimedio informatico perderebbe *appeal*, vanificando ogni probabile e auspicabile sviluppo in materia.

Senza contare che, d'altro canto, l'offerta dei servizi di rete finirebbe per concentrarsi nelle mani delle sole imprese capaci di sopportare l'aggravio di spesa, alterando irreversibilmente il corretto andamento della concorrenza e del mercato nel mondo dell'informazione<sup>144</sup>.

Oltretutto, sempre in tema, Stefano Rodotà, in occasione di un importante convegno in materia di *privacy*, tenutosi nel 1998, osservò come l'attribuire al *provider* un eccesso di responsabilità rischierebbe di trasformarlo, di fatto, in una sorta di «*censore istituzionale*» delle informazioni e dei contenuti diffusi in rete<sup>145</sup>. Se fosse tenuto a rispondere di ogni illecito posto in essere dai propri utenti, infatti, il provider sarebbe spontaneamente indotto a selezionare il materiale che egli ritiene opportuno venga fatto circolare online, escludendo, a scopo precauzionale, tutto ciò che risulti potenzialmente scomodo o insidioso. Il prospettarsi di un simile processo di censura è del tutto inimmaginabile, specialmente in un contesto sociale dove la libertà d'informazione assume valore costituzionale.

In assenza di un'apposita normativa capace di fornire risposte adeguate alle problematiche emerse – prima che in proposito intervenisse il legislatore europeo con la Direttiva 2000/31/CE, conosciuta come Direttiva e-commerce, il cui regime è ora modificato dalla recentissima Direttiva UE 2019/790 – si è preferito propendere per un criterio d'imputazione diverso, quello della colpa. Nel tentativo di bilanciare le esigenze degli intermediari con quelle dei terzi danneggiati, il criterio colposo risulta senza dubbio più adeguato, consentendo di responsabilizzare il *provider* nella sola ipotesi in cui egli abbia concretamente concorso, o agevolato, l'illecito dell'utente; e non invece, in astratto, per qualsiasi violazione occorsa tramite il servizio offerto.

---

<sup>144</sup> G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli Internet Service Providers*, Giappichelli Editore, Torino, 2002; dove vengono analizzate, tra le altre cose, anche le conseguenze indesiderate derivanti dall'emergere di posizioni oligopolistiche nel settore in oggetto

<sup>145</sup> Si veda in proposito S. RODOTÀ, *Libertà, opportunità, democrazia e informazione, in Internet e privacy: quali regole?*, Atti del Convegno di Roma, 8-9 maggio 1998, Supplemento n. 1 al Bollettino n. 5 del Garante, 1998, pag.15



Nell'incertezza del procedere, infatti, fu subito chiaro che dal rifiuto di un approccio oggettivo al tema della responsabilità dei *providers*, non era possibile aderire nemmeno alla posizione diametralmente opposta, aperta alla totale irresponsabilità dell'operatore per i comportamenti dei propri utilizzatori, in ragione della sua pretesa – e presunta – estraneità alla realizzazione materiale della condotta illecita.

Come evidenziato in apertura, l'ISP costituisce il necessario intermediario tra l'utente e le compagnie che gestiscono le reti di telecomunicazione. Senza *Internet Service Provider* non vi è accesso alla rete, né condivisione di dati o informazioni e, dunque, ipoteticamente, neppure violazione degli altrui diritti.

Il problema, allora, non è quello di definire il grado di responsabilità per il fatto illecito direttamente posto in essere dal *provider*, ipotesi che può semmai essere presa in considerazione quando si valuta l'attività del *content provider*, che è evidentemente responsabile, per fatto proprio, dei contenuti illeciti creati e messi in circolazione; si tratta, piuttosto, di stabilire a che titolo il fornitore è chiamato a rispondere per l'illecito derivato dal comportamento indebito degli utenti, posto che il servizio offerto ha rappresentato, nella dinamica dell'illecito, il mezzo indispensabile per la realizzazione della condotta lesiva, che non avrebbe avuto, altrimenti, possibilità di venire in essere<sup>146</sup>.

Quella che andremo ad esaminare, in conclusione, è la responsabilità degli ISP, in qualità di intermediari nell'erogazione di servizi *web*, nell'ipotesi in cui il servizio Internet offerto abbia costituito il portale attraverso il quale l'utente ha potuto mettere in atto l'illecito.

Esulano dall'oggetto in esame, invece, le circostanze in cui il *provider* crea, ovvero concorre a creare, il contenuto illecito, poi diffuso. Nelle ipotesi che si intendono prendere in considerazione a seguire, infatti, ciò che è plausibile recriminare all'intermediario non è una condotta attiva, ma una responsabilità di natura omissiva, dal

---

<sup>146</sup> Sul tema G. CASSANO, F. BUFFA, *Responsabilità del content provider e dell'host provider*, in *Corriere giuridico*, fasc. I, 2003, pag. 77-81; si parla infatti di come l'attività dei fornitori, nello specifico dell'*access* o dell'*hosting provider*, sia completamente autonoma rispetto a quella illecita posta in essere dall'utente e, ciò nonostante, si ponga, rispetto a essa, in relazione di causalità, quale *conditio sine qua non* per la sua realizzazione

momento che non ha impedito che venisse immesso e fatto circolare in rete un contenuto illecito, provvedendo prontamente alla sua rimozione.

Si tratta allora di comprendere quando e in che termini può dirsi integrata un'omissione rilevante, ai fini dell'individuazione di una responsabilità in capo al *provider*, tenendo a mente che, come si dirà in seguito, non sussiste in capo agli ISP alcun «obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano, né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite», come ricordato dall'art. 15 della Direttiva 2000/31/CE, poi trasposto nel nostro ordinamento all'art.17 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70.

### **3.4 Il regime di responsabilità degli Internet Service Providers**

#### **3.4.1 Lettura comparatistica del panorama antecedente alla Direttiva 2000/31/CE**

Un approccio comparatistico, a questo punto, appare essenziale per comprendere lo sviluppo del dibattito in materia di responsabilità dei fornitori di servizi online.

Quello degli Stati Uniti, infatti, fu tra i primi ordinamenti a confrontarsi con il tema delle violazioni del *copyright* poste in essere dagli utenti della rete, offrendo delle soluzioni di innegabile rilevanza tecnico-pratica che, in seguito, influenzarono persino la formulazione della normativa europea.

Partiamo con il ricordare che, nel contesto della giurisprudenza nordamericana non sono mancate le occasioni per ribadire, più e più volte, la matrice economica-utilitaristica sulla quale è stato edificato il *copyright* anglosassone<sup>147</sup> e che, di conseguenza, in un sistema giuridico interessato in via prioritaria al progresso culturale, sociale e scientifico, rispetto all'interesse rivolto – viceversa – alla tutela dell'autore, come abbiamo visto essere quello statunitense, non può stupire una disciplina

---

<sup>147</sup> A conferma di quanto detto è sufficiente pensare all'interpretazione dell'*IP Clause* formulata dalla *Supreme Court*, in occasione della causa *Wheaton v. Peters*, di cui si è detto in precedenza, con la quale si è definitivamente riconosciuta la dimensione social-utilitaristica del *copyright*, definito quale sorta di concessione statale al privato, soggetta a limiti temporali e preordinata a incentivare il progresso scientifico e culturale a vantaggio della collettività

tesa a favorire la crescita della rete e di Internet quali strumenti utili a veicolare quel progresso.

In realtà, come peraltro si verificò anche nel continente europeo, un primo approccio al problema fu quello di riscontrare in capo al *provider*, la cui posizione venne equiparata a quella del *publisher*, una forma di responsabilità oggettiva, definita in questo caso *strict or direct liability*, com'è appunto considerata, nel sistema americano, quella editoriale. Secondo questa impostazione, quindi, il *provider* è considerato responsabile del contenuto illecito introdotto nella rete, il quale è stato certamente condiviso dall'utente, ma contestualmente memorizzato dal *provider*, sicché è quest'ultimo a doverne rispondere; allo stesso modo il *publisher* è chiamato, per la giurisprudenza statunitense<sup>148</sup>, a rispondere – direttamente – delle informazioni diffuse e mandate in stampa.

Vi furono, tuttavia, ben poche pronunce giurisprudenziali propense a seguire una ricostruzione simile<sup>149</sup> poiché costituiva un evidente ostacolo alla crescita della rete Internet, il cui funzionamento è assicurato anche da soggetti quali i *providers*, la cui libertà di operare, con e nella rete, verrebbe eccessivamente pregiudicata da un coinvolgimento oggettivo nelle condotte dei propri utilizzatori, inducendoli ad aumentare i costi dei propri servizi; costi che, come abbiamo visto, graverebbero inevitabilmente sugli utenti, paralizzando il buon andamento del sistema.

Peraltro, anche la dottrina e la giurisprudenza italiana – prima che l'intervento della Direttiva e-commerce facesse chiarezza sui profili di responsabilità degli ISP, distinguendoli a seconda delle concrete attività svolte – hanno preso in considerazione l'ipotesi di creare un parallelismo tra la responsabilità del fornitore di servizi in Internet e quella dell'editore o del direttore di una testata giornalistica, prospettando

---

<sup>148</sup> La responsabilità diretta del *publisher*, rispetto ai contenuti diffusi a mezzo stampa, si evince da alcune pronunce giurisprudenziali, tra le quali, ad esempio, la sentenza relativa alla causa *Yuhas v. Mudge*, 322 A.2D 824, 825 (N.J. Super Ct. App. Div. 1974), in cui venne spiegato come l'imporre un obbligo di verifica in capo all'editore sarebbe stato, oltre che impraticabile, anche terribilmente negativo per il mercato. Vi furono, in realtà, anche pronunce di senso parzialmente opposto (*Braun v. Soldier of Fortune Magazine, Inc.*, 968 F.2d 1110 (11th Cir. 1992), in cui, viceversa, la responsabilità dell'editore fu legata al *reason to know test*).

<sup>149</sup> Un esempio in tal senso può riscontrarsi nella causa *Playboy Enters., Inc. v. Frena*, 839 F. Supp. 1552, 1554 (M.D. Fla 1993)

la possibilità di applicare, per analogia, la legge italiana sulla stampa<sup>150</sup>, la quale però – diversamente da quanto previsto per il *publisher* americano – prevede che «per i reati commessi col mezzo della stampa sono civilmente responsabili, in solido con gli autori del reato e fra di loro, il proprietario della pubblicazione e l'editore», fissando in capo a quest'ultimo, di conseguenza, un generico obbligo di vigilanza sui contenuti pubblicati, riconoscendolo responsabile per omissione di controllo.

In quel periodo, in Italia, si registrarono, in effetti, le prime riflessioni in tema di responsabilità dei *providers* orientate verso criteri di imputazione differenti, diversi rispetto all'improprio criterio oggettivo. Ciò nonostante, anche tale ricostruzione analogica non convinse del tutto. L'ambito applicativo della legge italiana sulla stampa, difatti, è espressamente circoscritto dal legislatore ai soli prodotti stampati, la cui specifica definizione, resa all'art. 1 della presente disciplina, non sembra lasciare margini di interpretazione estensiva. La riproduzione dei prodotti stampati, difatti, avviene attraverso mezzi meccanici e fisici, assolutamente inconciliabili con l'immaterialità del flusso di elettroni che consente la diffusione dei contenuti digitali sul *web*<sup>151</sup>.

Come negli Stati Uniti, anche in Italia, dunque, l'idea di una connessione tra il settore editoriale e quello degli ISP venne esclusa; allo stesso modo venne superato l'approccio oggettivo al tema della loro responsabilità.

Non potendo, perciò, applicare forme di *direct liability*, la giurisprudenza statunitense, a cui successivamente si adeguò anche il formante legislativo, elaborò un modello alternativo: quello della responsabilità indiretta, definita, nello specifico, *secondary liability*.

Questo modello può, a sua volta, assumere una duplice connotazione, quello della *vicarious liability* e quello della *contributory liability*.

La natura giuridica della *vicarious liability*, in realtà, non venne *ab origine* delineata in modo chiaro. In alcuni casi, infatti, fu considerata come una sottocategoria della

---

<sup>150</sup> Legge n. 47 dell'8 febbraio 1948

<sup>151</sup> Sul punto M. DE CATA, *La responsabilità civile dell'Internet Service Provider*, Giuffrè Editore, Milano, 2010

*strict liability*,<sup>152</sup> in altri come una forma di responsabilità “mista”, in cui «*convergono criteri oggettivi e soggettivi*»<sup>153</sup>. Ad ogni modo, sembra ormai pacificamente riconosciuta l'appartenenza della *vicarious liability* al modello di responsabilità indiretta ed è in questo senso che se ne parlerà nel corso della presente riflessione.

Il presupposto necessario affinché sussista un caso di *vicarious liability* risiede, innanzitutto, nell'esistenza di un «*direct financial interest in the infringing activity*»<sup>154</sup> in capo all'ISP, il quale dev'essere portatore di un diretto interesse economico nella violazione messa in atto dall'utente. Inoltre, è necessario che tra l'autore dell'illecito e il provider intercorra una stretta relazione, al punto da riscontrare in capo al secondo il diritto e la possibilità di supervisionare il primo. Di fatto, allora, sarebbe possibile ipotizzare la responsabilità dell'ISP anche in assenza di una concreta conoscenza dell'attività illecita posta in essere dall'utente.

Non è chiaro, infatti, se nella «*possibilità di supervisione*» debba riconoscersi una mera facoltà, ovvero un onere. Si tratta di requisiti generici che ben si prestano alle più varie ed eterogenee interpretazioni, tant'è che nella giurisprudenza nordamericana si ravvisano spesso indirizzi contrapposti.

Anche la scienza giuridica italiana in realtà, in assenza di punti di riferimento normativi, ha formulato alcune ipotesi di responsabilità vicaria, se così è possibile definire le soluzioni ravvisate, tra le molteplici disposizioni contenute nel Codice civile del 1942, negli artt. 2049, 2050, 2051.

---

<sup>152</sup> In tal senso riporta G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli Internet Service Providers*, Giappichelli Editore, Torino, 2002; indicando una serie di autori che così ricostruiscono la natura della *vicarious liability*, in particolare: J. G. FLEMING, *The law of Torts*, 7th ed., Sidney, 1987; S.M. SPEISES, C.F. KRAUSE, A.W. GANS, *The American Law of Torts*. Il motivo di una simile impostazione è dato dal fatto che lo scopo ultimo della *vicarious liability*, ugualmente a quello cui ambisce la *strict liability*, è di impedire che le conseguenze dell'illecito gravino sul soggetto danneggiato, consentendo – ad ogni costo – l'individuazione di un soggetto chiamato a risponderne e garantendo, in qualsiasi caso, la riparazione del danno, anche e soprattutto – per quanto attiene alla *vicarious liability* – quando l'autore dell'illecito non ha una capacità patrimoniale tale da soddisfare la pretesa risarcitoria del danneggiato

<sup>153</sup> P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, UTET, 2006

<sup>154</sup> T. SAVAGE, *Avoiding the Next Napster: Copyright Infringement and Investor Liability in the Age of User Generated Content*, in *Michigan Business & Entrepreneurial Law Review* 261 (2015), Vol. 4, Issue 2

L'art. 2049 c.c., rubricato «*Responsabilità dei padroni e dei committenti*», stabilisce che questi ultimi rispondano dei danni provocati dai propri sottoposti nell'esercizio delle loro funzioni. Siamo evidentemente nell'ambito della responsabilità civile per fatto altrui e, ricollegandosi a questa disposizione, c'è chi ha voluto riscontrare una responsabilità del *provider* per *culpa in vigilando*, equiparandolo alla posizione del committente che non ha sorvegliato opportunamente l'attività del proprio dipendente-utente. Questa tesi, tuttavia, ha manifestato fin da subito le proprie fragilità: in primo luogo perché la giurisprudenza italiana ha negato di riscontrare la *ratio* ispiratrice della disposizione nella necessaria presenza di una *culpa in eligendo* o *vigilando* del committente<sup>155</sup>, esauendo, così, uno dei presupposti su cui vorrebbe reggersi il collegamento. In secondo luogo, l'applicazione dell'art.2049 c.c. presuppone un rapporto di subordinazione o preposizione tra il danneggiante e il preposto; rapporto che, nella relazione tra ISP e utente, non è dato riscontrare.

Ulteriore tentativo fu quello di ricondurre il servizio offerto dall'intermediario nell'alveo di attività regolate dall'art. 2050 c.c. Si tratta, nello specifico, di attività per natura pericolose – o tali per la natura dei mezzi adoperati – che, laddove determinino il prodursi di un danno, obbligano colui che le ha svolte a risarcire il danneggiato, salvo il caso in cui il presunto responsabile sia in grado di provare di aver adottato tutte le cautele necessarie.

Qualificando l'attività del *provider* come pericolosa sarebbe sempre possibile garantire il risarcimento del danno al soggetto leso, salvo il caso in cui venga fornita prova idonea a inibire l'imputazione di responsabilità; il rischio, tuttavia, è di avvicinarsi eccessivamente al confine con la responsabilità oggettiva; si tenga presente, infatti, che la giurisprudenza pretende, come prova liberatoria, la dimostrazione di aver adottato delle misure concretamente idonee a interrompere il nesso di causalità tra la condotta di colui che eserciti l'attività pericolosa e l'evento lesivo, non

---

<sup>155</sup> Un esempio è dato da Cass. civ. sez. III, n. 5957, 10 maggio 2000: «*Tale responsabilità [...] prescinde del tutto dalla colpa in eligendo o in vigilando del datore di lavoro, è quindi insensibile all'eventuale dimostrazione dell'assenza di colpa dello stesso*». Teorie più recenti hanno riscontrato il fondamento della previsione nel beneficio che il committente ricava dall'opera del sottoposto, dovendone perciò sopportare, di conseguenza, i costi.

essendo sufficiente, invece, la semplice prova di aver predisposto misure idonee soltanto in astratto a evitare il danno<sup>156</sup>.

Infine, anche l'art. 2051 c.c., che istituisce la responsabilità per i danni cagionati dalle cose che si hanno in custodia, fu preso in considerazione nel tentare di inquadrare giuridicamente la fattispecie. La norma fa chiaro riferimento a danni provocati direttamente dalla cosa, che deve possedere allora un'intrinseca capacità lesiva; non – come sottolinea anche la giurisprudenza in sede di interpretazione – da un'attività dell'uomo, rispetto alla quale la cosa in oggetto risulti soltanto strumentale.

Non sembra, questa, una circostanza facilmente riferibile ai dati immessi nella rete, il cui contenuto non è di per sé illecito, ma lo diviene nelle sole ipotesi in cui sia fatto oggetto di un'attività illecita dell'utente che, condividendolo senza autorizzazione, viola il diritto del terzo; né appare agevole riconoscere al *provider* la qualifica di custode delle informazioni presenti sul *web*. Ciò implicherebbe il riscontrare in capo all'ISP un potere di governo sulla cosa, avvicinandosi pericolosamente all'imposizione di un obbligo di vigilanza, che potrebbe pregiudicare gravemente, in termini di costi e tempistiche, l'attività del *provider*.

Fu proprio una riflessione sulle possibili ripercussioni che la previsione di un obbligo di controllo, in capo ai fornitori della rete, produrrebbe nel mondo informatico e digitale, a portare il legislatore europeo e statunitense a scartare – o perlomeno a non prevedere – un simile dovere giuridico. Che l'intermediario abbia l'effettiva capacità e possibilità di supervisionare l'attività dei propri utilizzatori, non significa che egli sia giuridicamente tenuto a farlo e debba essere soggetto a un obbligo in tal senso.

Inoltre, la prospettiva di un governo assoluto del *provider* su tutto ciò che viene immesso in rete è, a dir poco, improbabile. Non solo per la quantità di nuovi dati introdotti quotidianamente sul *web*, ma anche, e soprattutto, per l'intervento attivo che gli utenti possono operare sui contenuti digitali, modificandone forma e contenuto. Internet, infatti, ha smesso, ormai da tempo, di essere un mero contenitore di

---

<sup>156</sup> In A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, 2017; si parla, infatti, della profonda vicinanza tra responsabilità per attività pericolose e responsabilità di natura oggettiva; vicinanza di cui sono testimoni numerose pronunce giurisprudenziali. Un esempio è dato da Cass. civ., 30 ottobre 2013, n. 24549

informazioni e si presta agevolmente alle manipolazioni dei propri utenti, tant'è che si parla di *web 2.0*<sup>157</sup>.

Sulla scia di queste riflessioni, così come venne scartata l'ipotesi di rifarsi a un criterio oggettivo di imputazione, allo stesso modo, si ritenne utile continuare a cercare una forma di responsabilità che fosse specificatamente dedicata alle peculiari attività degli intermediari dei servizi online e che tenesse conto, quindi, di tutte le caratteristiche che comporta l'agire in rete<sup>158</sup>.

Tanto in ambito europeo, quanto in quello americano, si è avvertita, allora, l'esigenza di continuare la ricerca relativa alla matrice giuridica del coinvolgimento degli ISP negli illeciti online posti in essere dai propri utenti.

Tornando, per il momento, al sistema di *common law* statunitense, abbiamo osservato come la *secondary liability* possa assumere, in realtà, una duplice forma. E infatti, dopo aver visto in cosa consiste la *vicarious liability*, è ora il caso di occuparsi della seconda tipologia di responsabilità indiretta.

La *contributory liability*, ricorre quando il *provider* conosceva o avesse motivo di conoscere («*know or have reason to know*»<sup>159</sup>) la condotta lesiva attuata dall'utente. Inoltre, è necessario che contribuisca alla realizzazione dell'illecito, concorrendovi materialmente, dandovi causa o inducendone la messa in atto. All'atto pratico si

---

<sup>157</sup> Il richiamo va, ancora una volta, al termine coniato da T. O' REILLY

<sup>158</sup> Il riferimento alle forme di responsabilità emergenti dal disposto normativo degli art. 2043-2050-2051, tuttavia, tornerà attuale in seguito all'entrata in vigore della Direttiva e-commerce e, in particolare, al d. lgs. n. 70/2003, che ne ha attuato a livello nazionale la disciplina, la quale, tuttavia, ha previsto una regolamentazione per tre sole tipologie di attività eseguite dagli intermediari dei servizi Internet, lasciando scoperte tutte quelle situazioni non inquadrabili nelle fattispecie delineate. Si è allora discusso in merito alla possibilità di ricorrere al regime generale, previsto dal Codice civile, in materia di responsabilità aquiliana, nelle ipotesi di inapplicabilità del regime di esonero di responsabilità degli ISP. Sul tema E. TOSI, *La responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider e dei motori di ricerca a margine dei recenti casi "Google Suggest" per errata programmazione del software di ricerca e "Yahoo! Italia" per "link" illecito in violazione dei diritti di proprietà intellettuale*, in *Rivista di diritto industriale*, 2012, II, 46 ss; PONZANELLI, *Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli internet service provider*, in *Sica-Stanzione, Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Milano, 2002, 87 ss;

<sup>159</sup> L.A. HEYMANN, *Knowing How to Know: Secondary Liability for Speech in Copyright Law*, in *William & Mary Law School Scholarship Repository, Faculty Publications*, 2020



avranno, perciò, due condotte lesive: quella diretta dell'utente, che integra la violazione vera e propria, e quella indiretta del prestatore, che, consentendo il protrarsi della fruizione del servizio, contribuisce alla realizzazione del danno e concorre nella condotta lesiva (da qui la denominazione: *contributory liability*)<sup>160</sup>.

La condotta del *provider*, dunque, si innesta su quella dell'utente, dando vita a un illecito plurisoggettivo; tant'è che la dottrina italiana, orientata in direzione analoga a quella nordamericana, guardò con interesse all'art. 2055 c.c, in materia di responsabilità solidale per concorso di cause, la cui configurazione presuppone che l'illecito risulti dall'insieme delle condotte di più agenti, concorrenti nella realizzazione del medesimo evento di danno<sup>161</sup>.

Il problema sta, a questo punto, nel definire il livello di conoscenza e partecipazione necessari affinché possa ritenersi responsabile anche l'intermediario.

Non risulta condivisibile – e, infatti, non ha avuto molti riscontri da parte della giurisprudenza statunitense – l'idea in base alla quale si ritiene sufficiente che l'ISP metta a disposizione il servizio Internet, perché possa presumersi la sua conoscenza dell'illecito. Il semplice fatto che l'accesso alla rete o altro genere di servizio fornito dal prestatore possa dar luogo, potenzialmente, alla commissione di un illecito non è sufficiente, per ciò solo, a giustificare una presa di coscienza da parte del *provider*. La sua attività non si presenta, infatti, come intrinsecamente illecita e non consente, dunque, di presupporre né la conoscenza, né tantomeno la partecipazione del prestatore.

Occorre, perciò, una conoscenza effettiva della violazione realizzata dall'utente.

In proposito il giudice nordamericano si soffermò sui concetti di *actual knowledge*, ovvero *constructive knowledge*. Il primo *level of knowledge* ricorre quando il *provider* ha contezza della violazione e ne ritiene certa la realizzazione; il secondo, invece, si rinviene quando la certezza dell'illecito sia solo presunta. Mentre nella prima ipotesi sussisterà sicuramente una responsabilità del *provider*, il cui

---

<sup>160</sup> In tal senso G. M. RICCIO, *La responsabilità civile degli Internet Service Providers*, Giappichelli Editore, Torino, 2002

<sup>161</sup> Una riflessione circa l'applicabilità dell'art. 2055 è condotta in R. BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico. Contributo allo studio dell'illecito plurisoggettivo permanente*, ESI, 2003, pag. 197.

coinvolgimento non può considerarsi irrilevante; nel secondo caso la valutazione si fa più complessa.

Potrebbe allora ipotizzarsi la situazione in cui il prestatore ha ricevuto apposita segnalazione, da parte di un soggetto, che si presume leso, in ordine al verificarsi di un illecito. Considerare il *provider* svincolato da qualsiasi forma di responsabilità, una volta che gli sia stata esplicitamente segnalata una determinata violazione, è, almeno a prima vista, piuttosto improbabile. Se, tuttavia, venisse accolta qualsiasi segnalazione, anche quella non adeguatamente motivata, è evidente che l'operatività degli ISP ne uscirebbe appesantita e, nell'avvenire, ne risulterebbe compromesso pure l'interesse ad un adeguato vaglio dei solleciti di volta in volta ricevuti. In conclusione, si può dire che, ad opinione della giurisprudenza dell'epoca, giustifica e fonda la concreta conoscenza dell'illecito soltanto quella segnalazione alla luce della quale l'effettiva realizzazione dell'illecito appaia, di fatto, ragionevole<sup>162</sup>. Ad ogni modo, la valutazione del livello di cognizione del prestatore di servizi online rimase un aspetto senza dubbio controverso, esposto alle oscillazioni delle diverse visioni delle Corti, fino a quando il legislatore americano decise di intervenire in materia, contribuendo a fare chiarezza sui profili di maggior complessità.

### **3.4.2 Digital Millenium Copyright Act e O.C.I.L.L.A**

Nel 1998 venne emanato il celebre *Digital Millenium Copyright Act (DMCA)*<sup>163</sup>, in cui vennero indicate esplicitamente le ipotesi in cui il *provider* è considerato esente da responsabilità. Qualche anno dopo, seguirà un approccio simile anche il legislatore comunitario che, sulla scia delle scelte compiute dal collega statunitense, elaborerà una disciplina affine, anch'essa ispirata all'idea di individuare una serie di circostanze in cui – il *provider* – potesse dirsi al riparo da qualsiasi forma di responsabilità, sebbene la versione finale della normativa europea presenti, in verità, alcuni profili di diversità rispetto a quella contenuta nel DMCA.

---

<sup>162</sup> Esempio, in materia, è la pronuncia del giudice americano in merito alla causa *Religious Technology Center v. Netcom Online Communication Services, Inc.*, 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995)

<sup>163</sup> 17 U.S.C 1201, Pub. L. 105-304, 112 Stat. 2860 (Oct. 28, 1998)

È innegabile, tuttavia, che la tecnica utilizzata per la stesura del DMCA, fondata sulla previsione di zone di sicura esenzione di responsabilità (*safe harbors*), ispirò in seguito il legislatore europeo, ed è proprio in tale affinità di metodo che risiede il motivo per cui si è voluto trattare in chiave comparatistica questo delicato percorso di edificazione della materia.

L'esposizione delle circostanze in cui il *provider* può considerarsi libero da qualsiasi imputazione di responsabilità, è contenuta, in particolare, nella *section 512* dell'*Online Copyright Infringement Liability Limitation Act*, da cui l'acronimo OCILLA (inserito nel Titolo II del DCMA), all'interno della quale, in una delle molteplici sottosezioni, si specifica che la mancata opportunità di ricondurre il caso di specie ad alcuna delle ipotesi contemplate dalla disciplina in oggetto, non determina, *ipso facto*, un'automatica responsabilità del provider. Più semplicemente, sta a indicare l'assenza di una definitiva certezza in tal senso e lascia aperta la possibilità di una valutazione casistica, da condurre, appunto, caso per caso<sup>164</sup>.

Nella sua prima parte, invece, il DMCA, dedica particolare attenzione alla legge sul *copyright*, introducendo specifiche disposizioni a riguardo. Un contenuto simile verrà successivamente dato dal legislatore comunitario alla Direttiva 2001/29/CE, in materia di diritto d'autore e diritti connessi nella società dell'informazione.

Passando ad analizzare, nello specifico, la disciplina contenuta nella *section 512*, è importante soffermarsi sulla distinzione introdotta tra i diversi prestatori di servizi Internet, il cui discrimine risiede nella tipologia di attività svolta e nel tipo di servizio offerto. Il distinguo introdotto dal legislatore nordamericano non ha, infatti, finalità esclusivamente sistematiche-formali, ma importa delle conseguenze rilevanti sul piano delle condizioni di responsabilità riconosciute in capo a ciascuna categoria di *providers*.

Analoga differenziazione sarà poi operata anche dal legislatore europeo nella Direttiva sul commercio elettronico 2000/31/CE, con una differenza però: mentre il DMCA disciplina la responsabilità degli ISP per le sole violazioni del *copyright*, la Direttiva e-commerce, invece, agli artt. 12, 13 e 14, ha introdotto clausole di esenzione da responsabilità del *provider* per ogni attività illecita posta in essere dagli

---

<sup>164</sup> § 512, sub (l)

utenti, sia che si tratti di violazione del diritto d'autore, sia che riguardi, ad esempio, la disciplina relativa ai marchi e ai brevetti, ovvero, ancora, alla diffamazione<sup>165</sup>. È, questa, una prima e importante differenza tra l'impostazione europea e quella statunitense.

Nel dettaglio, la *section* 512 disciplina la responsabilità degli ISP a seconda dei servizi da ciascuno offerti, ricomprendendovi, è evidente, non soltanto i soggetti che forniscono la connessione alla rete, ma anche i prestatori di servizi differenti.

È possibile, infatti, ravvisare la seguente ripartizione:

- § 512, sub (a): *Transitory Digital Network Communications*
- § 512, sub (b): *System Caching*
- § 512, sub (c): *Information Residing on Systems or Networks at Direction of Users*
- § 512, sub (d): *Information Location Tools*

In particolare, dunque, si distingue tra *providers* che svolgono attività di mero trasporto di dati (sub a), di memorizzazione temporanea e successiva ritrasmissione (sub b), di memorizzazione e caricamento di informazioni messe a disposizione dagli *users* (sub c) ovvero di ricerca e localizzazione delle informazioni (sub d).

La *section* 512, allora, individua quattro *safe harbors*, uno per ciascuna delle differenti attività esercitabili dai *providers*, indicando espressamente le condizioni alle quali la condotta dell'ISP deve conformarsi durante il loro svolgimento, affinché questi possa essere immune da responsabilità per i danni pecuniari determinati dall'eventuale violazione del *copyright*.

Rimane ferma, invece, la possibilità che il *provider* risulti destinatario di provvedimenti di natura inibitoria, allo scopo di evitare il reiterarsi di ulteriori e future violazioni<sup>166</sup>.

In primo luogo, sono previste due condizioni generali, valide per ogni *provider*, senza alcuna distinzione rispetto al tipo di servizio offerto, che devono sussistere

---

<sup>165</sup> R. JULIA-BARCELO, K.J. KOELMAN, *Intermediary Liability in the E-commerce Directive: so far so good, but it's not enough*, in 16 Computer Law & Security Report, 2000, pag. 231 e ss

<sup>166</sup> Sono le cd. *injunctons*, disciplinate dalla § 512 (sub j) a seconda della gravità della violazione, oltre che della concreta idoneità, del provvedimento interdittivo, di impedire e limitare illeciti futuri.

perché l'esenzione si concretizzi: i prestatori devono, anzitutto, adottare una politica contrattuale che preveda l'interruzione del servizio nei confronti di coloro che si rivelino dei *repeat infringers*, ossia dei soggetti che si siano dimostrati recidivi nella commissione di ripetute violazioni e illeciti. Inoltre, il *provider* deve adattarsi e non interferire rispetto all'applicazione delle misure tecnologiche *standard*, previste a tutela dei contenuti protetti da *copyright* (§ 512, sub (i)).

In aggiunta, sono previste specifiche condizioni per ciascuno dei quattro *safe harbors*.

E così, se l'attività svolta dal *provider* è quella di consentire la trasmissione di informazioni e il mero trasporto di dati (§ 512 sub a: *Transitory Digital Network Communications*), occorre che la trasmissione del materiale avvenga in automatico, senza che egli svolga alcuna attività di selezione o filtraggio – né in riferimento ai dati trasmessi, né in relazione ai destinatari di tale materiale – e che il contenuto di quanto trasmesso non venga manipolato o modificato dal provider stesso, il quale, inoltre, non può conservarne copia per un periodo superiore a quello ragionevolmente opportuno a consentirne la trasmissione.

Si tratta di una disciplina che verrà poi ripresa all'art.12 della Direttiva e-commerce. Il servizio cui si fa riferimento in questa prima disposizione, infatti, è quello che verrà poi ricondotto alla figura del *mere conduit*.

La § 512 sub (b) regola il servizio di (*System*) *caching*, che implica la memorizzazione temporanea dei contenuti e delle pagine web in una *cache*, quale strumento di archiviazione transitorio, diverso dal comune *database*, in quanto consente una più rapida circolazione dei contenuti digitali. Il *caching provider*, formula che verrà utilizzata anche per riferirsi alla tipologia di ISP presa in considerazione dall'art. 13 della Direttiva sul commercio elettronico, non incorre in alcuna forma di responsabilità – per danni monetari – quando il materiale sia stato caricato da terzi e messo a disposizione degli *users* attraverso un processo tecnico automatico.

È previsto poi che il provider non modifichi i contenuti immessi in rete, che si attenga alle indicazioni circa il loro aggiornamento, se richiesto da colui che avesse caricato il contenuto, e che ne rispetti le modalità di fruizione predisposte da quest'ultimo.

Infine, nel caso riceva apposita segnalazione in merito alla diffusione di un contenuto illecito, è tenuto a rimuoverlo o a disabilitarne l'accesso.

Se il *provider* svolge un'attività di *hosting*, ovvero di vera e propria memorizzazione dei contenuti, si rientra nell'ambito della § 512 sub (c), in materia di *Information Residing on Systems or Networks at Direction of Users*. È questo il caso in cui si registrano le più frequenti violazioni del diritto d'autore. Ne costituisce un importante esempio la piattaforma di *YouTube*.

È essenziale, perché si attivi l'esenzione di responsabilità, che il prestatore non ricavi alcun vantaggio economico dallo svolgimento dell'attività lesiva da parte dell'utente e che ignori la presenza di materiale illecito all'interno dello spazio virtuale messo a disposizione.

Tale circostanza sussiste purché egli non abbia alcuna effettiva e concreta conoscenza dell'illecito – salta agli occhi, qui, il richiamo al concetto di *actual knowledge*, con cui già la giurisprudenza aveva avuto modo di confrontarsi – ovvero non abbia notizia di fatti e circostanze sintomatiche della sua potenziale realizzazione.

La segnalazione che il provider eventualmente riceva, circa la condivisione illecita di contenuti protetti da parte di terzi, è riconosciuta dalla disciplina come «*presunzione di effettiva conoscenza in capo al prestatore della presenza di materiale vietato nei propri spazi*»<sup>167</sup>, purché presenti i requisiti di cui alla § 512, sub (c), par (3); sicché si comprende la previsione di un'ultima condizione affinché scatti il meccanismo di protezione del prestatore: quando il *provider* riceve una denuncia in tal senso, deve provvedere a rimuovere prontamente l'oggetto illecito che ha costituito motivo di segnalazione, ovvero impedirne comunque l'accesso.

La segnalazione introduce, quindi, il sistema del cd. *notification and takedown*, una procedura il cui funzionamento esige la designazione da parte dell'ISP di un funzionario competente a cui indirizzare le denunce, che dovranno essere formulate nel rispetto dei criteri indicati dalla legge. Viceversa, la notifica della segnalazione, che non presenti le caratteristiche preordinate dalla disciplina in oggetto, non vale a provare l'effettiva conoscenza dell'illecito da parte del *provider*.

---

<sup>167</sup> M. DELSIGNORE, Il sistema U.S.A, in AIDA, Giuffrè, 2014

Sebbene la rimozione del materiale illecito costituisca una mera facoltà del *provider*, tanto che la sua mancata attuazione non determina necessariamente l'insorgere di un obbligo risarcitorio, ma, piuttosto, lascia aperta la strada alla valutazione del caso concreto; in realtà, il fatto stesso che la sola rimozione del contenuto illecito assicuri al *provider* l'impunità, genera un automatismo di difesa nella sua condotta. Il prestatore, infatti, per mettersi al sicuro da eventuali pretese risarcitorie di terzi, adotterà il comportamento che meglio testimonia la sua assoluta estraneità all'illecito e, di conseguenza, provvederà a rimuovere – o ad impedire l'accesso rispetto a – qualsiasi contenuto online di cui gli sia stata segnalata l'indebita condivisione, a prescindere dall'effettiva verosimiglianza e fondatezza della denuncia. E, d'altronde, la legge neppure pretende che egli proceda a una verifica nel merito: la § 512, sub (g), par (1), infatti, prevede l'esonero di responsabilità del *provider* – nei confronti di colui che abbia visto ingiustamente rimuovere il proprio contenuto – nell'ipotesi in cui egli proceda alla rimozione di un contenuto, sulla base di una segnalazione relativa a una violazione, in realtà, soltanto apparente, poi dimostrata insussistente, purché egli abbia agito nel rispetto della procedura indicata. Lo spazio in precedenza riservato, dalla giurisprudenza, alla valutazione casistica, subisce così un'evidente compressione: difficilmente il *provider*, una volta ricevuta la segnalazione di una probabile violazione, conserverà il contenuto denunciato nei propri spazi.

In ogni caso, si ritiene che, laddove mancasse una specifica segnalazione in merito alla violazione, il livello di conoscenza della stessa, da parte del *provider*, debba essere inteso in senso restrittivo, così da non ravvisare un'effettiva e piena conoscenza dell'illecito, nel semplice caso in cui il provider ne avesse una qualche forma di consapevolezza<sup>168</sup>.

---

<sup>168</sup> In questi termini: M. DELSIGNORE, Il sistema U.S.A., in AIDA, Giuffrè, 2014; in cui viene riportato il caso di alcune pronunce del giudice americano, da cui si evince la tendenza a una lettura restrittiva del *level of knowledge* richiesto al provider, forse, proprio allo scopo di evitare la paralisi dell'attività degli ISP e di consentire una costante evoluzione del mezzo informatico. Un esempio è la sentenza *Corpis Corp. V. Amazon.com, Inc.*, 351 F. Supp. 2d 1090, (W.D. Wash. 2004)

Tornando un'istante alla classificazione introdotta dalla *section 512*, il riferimento all'*Information Location Tools*, § 512, sub (d), ossia ai servizi di ricerca e localizzazione delle informazioni, va a piattaforme come i motori di ricerca presenti sul *web*, il cui massimo esempio è certamente *Google*. Ai *providers* che rientrano in questa categoria si applicano le medesime previsioni introdotte per gli *hosting providers*.

La § 512, sub (m), par (1) sembra indicare, infine, che la presente disciplina non dev'essere interpretata come se gli ISP fossero giuridicamente tenuti a controllare il materiale di volta in volta immesso negli spazi forniti, né verificare che tra questi non vi siano dei contenuti illecitamente diffusi. La disposizione, infatti, fa salva la protezione del *provider* anche se nel caso in cui non svolga un'operazione di ricerca attiva delle possibili violazioni, sempre che vengano rispettate le condizioni generali previste alla § 512, sub (i), di cui abbiamo detto pocanzi.

Una conclusione a cui arriverà anche il legislatore europeo, il quale, all'art. 15 della Direttiva e-commerce, stabilisce esplicitamente che «*gli Stati membri non impongono un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite*». Si è ritenuto opportuno, infatti, negare l'esistenza di un generico obbligo di vigilanza e controllo in capo ai prestatori dei servizi online, onde evitare che un servizio tendenzialmente a basso costo, come quello offerto dagli ISP, subisca un indesiderato aumento dei costi, oltre alle ulteriori ripercussioni negative di cui abbiamo discusso a suo tempo sul tema.

Le somiglianze tra i due provvedimenti, però, non coprono la totalità della disciplina. Ci sono dei punti di divergenza tra le previsioni dell'OCILLA e quelle introdotte dalla Direttiva e-commerce, che toccano profili non marginali della materia. Esaminando nello specifico la Direttiva 2000/31/CE ci sarà modo di intendersi sulla rilevanza di alcune di tali diversità di disciplina; per il momento possiamo indicarne qualcuna, riservando la possibilità di un'effettiva comprensione del fenomeno al proseguo della trattazione.

Anzitutto, mentre la § 512 richiede espressamente, quale requisito essenziale per l'esenzione di responsabilità, l'assenza, in capo al prestatore, di un ricavo economico proveniente dall'attività illecita; una simile previsione è del tutto assente all'interno della Direttiva e-commerce.



Inoltre, come abbiamo visto, nel DMCA si esclude una responsabilità risarcitoria del provider, laddove la sua attività rispecchi i criteri posti dalla legge, ma fa salva la possibilità di renderlo destinatario di provvedimenti di natura inibitoria, finalizzati a impedire il reiterarsi della violazione. Questa possibilità di *injunctions*, tuttavia, non è illimitata, ma è prevista entro i limiti indicati alla § 512 sub (j). Dalla Direttiva e-commerce, invece, sembra potersi dedurre una capacità di intervento maggiore, in capo alle autorità nazionali, sull'agire del *provider*<sup>169</sup>. Il considerando 45 della direttiva, infatti, sancisce espressamente che: «*Le limitazioni alla responsabilità dei prestatori intermedi previste nella presente direttiva lasciano imprejudicata la possibilità di azioni inibitorie di altro tipo. Siffatte azioni inibitorie possono, in particolare, essere ordinanze di organi giurisdizionali o autorità amministrative che obbligano a porre fine a una violazione o impedirla, anche con la rimozione dell'informazione illecita o la disabilitazione dell'accesso alla medesima*», sicché le limitazioni previste all'interno dell'OCILLA non sembrano trovare conferma nella disciplina europea, che lascia ampi margini di manovra agli ordinamenti nazionali.

Infine, mentre all'interno del DMCA viene disciplinata anche l'attività dei cd. motori di ricerca e l'attività di *linking*, nella Direttiva sul commercio elettronico manca una specifica previsione sul tema. Sarà, questo, uno dei maggiori punti di debolezza della disciplina europea, che darà spesso luogo a divergenze applicative e interpretative in materia, complicando notevolmente i tentativi di armonizzazione compiuti dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Arrivati a questo punto, però, appare inevitabile un'indagine diretta della Direttiva 2000/31/CE e della disciplina relativa alla responsabilità degli ISP che ne deriva; disciplina che, come vedremo, ha subito, in coda a un lungo e travagliato percorso di intervento ed elaborazione giurisprudenziale, un vero e proprio stravolgimento ad opera della Direttiva UE 2019/790. Per comprendere, quindi, la rilevanza dei cambiamenti apportati dal recente provvedimento del legislatore europeo, è necessario partire dall'analisi della Direttiva e-commerce e, in particolare, dell'applicazione che ne fece la giurisprudenza comunitaria.

---

<sup>169</sup> M. DELSIGNORE, Il sistema U.S.A, in AIDA, Giuffrè, 2014

La Corte di Giustizia, infatti, si è pronunciata a più riprese sul tema, spesso discostandosi da un'interpretazione perfettamente aderente alla norma, soprattutto quando fu ormai palese l'inadeguatezza della disciplina rispetto all'inarrestabile evoluzione delle relazioni online, del *web* e, in generale, delle reti telematiche. Si tratta di una dimensione mutevole, che stravolge i propri orizzonti a una velocità impensabile, se messa a paragone con altri settori e altre epoche storiche; una dimensione, insomma, che pone continue e complesse sfide ai legislatori e alle istituzioni, motivo per cui non stupisce l'articolato dibattito che si è sviluppato in materia.

### 3.4.3 La direttiva 2000/31/CE, nota come Direttiva e-commerce

Nel 2000 il legislatore comunitario, consapevole delle criticità connesse allo sviluppo della rete Internet e del coinvolgimento sempre più intenso degli intermediari nell'erogazione dei servizi *web*, decise di occuparsene all'interno di un'apposita direttiva, conosciuta come Direttiva e-commerce. E proprio al commercio elettronico occorre guardare, se si vogliono comprendere le intenzioni che mossero le istituzioni europee verso un simile provvedimento: l'obiettivo della direttiva era, per l'appunto, promuovere la crescita dell'e-commerce, attraverso la previsione di un regime di responsabilità favorevole agli operatori del mercato digitale, in ragione del loro imponente coinvolgimento nella rete e, soprattutto, nello sviluppo delle tecnologie e dei servizi Internet.

In assenza di una disciplina pensata appositamente per gli ISP, che preveda forme di esonero di responsabilità, la spinta dei *providers* verso il miglioramento dei servizi offerti – da cui deriverebbero indubbie conseguenze positive per l'intera economia di mercato – subirebbe un drastico ridimensionamento, posto che gli ISP sarebbero inevitabilmente portati a concentrare i propri sforzi sulle condotte difensive, di auto-tutela rispetto ai rischi connessi all'agire dei propri utenti<sup>170</sup>.

---

<sup>170</sup> Il considerando 2 della direttiva in oggetto, esplicita tale finalità: «*lo sviluppo del commercio elettronico nella società dell'informazione offre grandi opportunità per l'occupazione della Comunità, in particolare nelle piccole e medie imprese. Esso facilita la crescita delle imprese*

Il riferimento all'agire dell'utente non è casuale, i profili di responsabilità che verranno presi in considerazione, infatti, sono quelli connessi all'attività degli ISP cd. «passivi», ossia quel provider a cui non è possibile contestare un'attività diretta e attiva nella commissione dell'illecito.

Il legislatore comunitario, ispirandosi alla disciplina elaborata oltreoceano dal collega nordamericano, adotta una classificazione dei *providers* operata sulla base delle attività da questi concretamente svolte e non, invece, delle diverse tipologie di intermediari presenti in rete; soluzione peraltro apprezzata dalla dottrina, in quanto tiene in considerazione la circostanza per cui un singolo operatore potrebbe, di fatto, svolgere molteplici e differenti attività<sup>171</sup>.

Per comprendere, però, le scelte operate dalle istituzioni europee, è utile chiarire la differenza tra «*provider attivo*» e «*provider passivo*», una distinzione lungamente indagata dalla giurisprudenza italiana – in seguito all'entrata in vigore del d. lgs. 70/2003, attuativo della direttiva in esame – e diventata fondamentale nel dibattito in materia, a cui per il momento è sufficiente fare un breve accenno.

Il provider attivo è quel soggetto che pone direttamente in essere l'illecito, alla pari di qualsiasi altro soggetto di diritto, il quale, perciò, «*deve poter essere chiamato a rispondere della propria attività antiggiuridica, [per quanto attiene all'ordinamento interno] ai sensi dell'art. 2043 c.c., oppure anche di previsioni speciali, non esplicitamente riferite al provider, di cui eventualmente ricorrano i presupposti applicativi*»<sup>172</sup>. La direttiva, difatti, non tratta delle ipotesi in cui il provider realizzi in

---

*europee, nonché gli investimenti nell'innovazione ed è tale da rafforzare la competitività dell'industria europea a condizione che Internet sia accessibile a tutti».*

Ancora, al considerando 3 si specifica che «*il diritto comunitario e le caratteristiche dell'ordinamento giuridico comunitario costituiscono una risorsa essenziale affinché i cittadini e gli operatori europei possano usufruire appieno e al di là delle frontiere delle opportunità offerte dal commercio elettronico*»

<sup>171</sup> In questo senso G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli Internet Service Providers*, Giapichelli Editore, Torino, 2002.

<sup>172</sup> M. TESCARO, *Schemi legali e opposte tendenze giurisprudenziali in tema di responsabilità civile dell'Internet Provider*, in *Giur. Merito*, fasc. 12, 2013; in cui, peraltro, si sottolinea il necessario coordinamento tra la disciplina speciale contenuta nella direttiva e nel decreto attuativo, e la disciplina generale in materia di responsabilità civile posta dal diritto comune.

via diretta l'illecito, tant'è che in tal caso, si ritengono applicabili i generali criteri di imputazione previsti dal diritto comune di ciascuno Stato.

Tra i provider attivi rientrano, inoltre, anche i *content providers*, di cui abbiamo avuto modo di parlare in precedenza<sup>173</sup>.

Il provider passivo è invece quello che si limiti a svolgere una «*attività di ordine meramente tecnico, automatico e passivo*»<sup>174</sup> e che, per questo, nonostante con la propria condotta sembri avere in qualche modo contribuito causalmente all'illecito dell'utente, può avvalersi della speciale disciplina prevista dalla Direttiva 2000/31/CE, oltre che, di seguito, dal d. lgs. 70/2003.

Le regole e gli esoneri previsti agli artt. 12, 13, 14 e 15 della Direttiva, nonché i corrispondenti artt. 14, 15, 16 e 17 del d. lgs. 70/2003, che hanno delineato un peculiare regime di responsabilità per i prestatori di servizi nella società dell'informazione, si riferiscono, allora, ai soli *providers* cd. passivi.

Scopo ulteriore, ma connesso e strumentale all'esigenza di consentire la crescita del commercio elettronico attraverso un regime di favore per gli ISP<sup>175</sup>, è quello di garantire un'efficace armonizzazione della disciplina applicabile ai vari Stati, che possa appianare le divergenze tra le differenti normative nazionali e favorire la definizione di uno scenario giuridico uniforme, in cui rendere possibile, di riflesso, lo

---

<sup>173</sup> In G.M. RICCIO, *Nota a Tribunale Grande Instance di Nanterre*, 8 dicembre 1999, in *Dir. Inf. e Inf.*, 2000, pag. 315, si esclude che la figura del *content provider* possa rientrare nella definizione di intermediario dei servizi web, sicché esula dall'ambito di applicazione della direttiva in oggetto.

<sup>174</sup> Il riferimento va al considerando 42, in cui si afferma che le possibilità di esonerare il provider da responsabilità riguardano i soli casi in cui «*l'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione si limiti al processo tecnico di attivare e fornire accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione. Siffatta attività è di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, il che implica che il prestatore di servizi della società dell'informazione non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate*».

<sup>175</sup> Tale strumentalità emerge a chiare lettere al considerando 60, in cui si sostiene che «*per assicurare uno sviluppo senza ostacoli del commercio elettronico, il quadro giuridico deve essere chiaro e semplice, prevedibile e coerente con le regole vigenti a livello internazionale, in modo da non pregiudicare la competitività dell'industria europea e da non ostacolare l'innovazione del settore*», mettendo in luce, quindi, l'esigenza di una disciplina chiara, uniforme e armonica.

sviluppo dei servizi della società dell'informazione e il buon funzionamento del mercato interno.

Ciascuno Stato, infatti, prima che intervenisse la direttiva, dava seguito a regole proprie, che spesso si rifacevano a criteri di imputazione e parametri di valutazione differenti, creando una forte disarmonia normativa. Uniformando le discipline nazionali, quindi, le istituzioni comunitarie intendevano, assicurare alla comunità europea la certezza di un concreto progresso sociale ed economico, in un mercato interno privo di frontiere, dove continuassero a crescere anche le opportunità di occupazione<sup>176</sup>.

A fronte di queste esigenze economiche e sociali, quindi, venne adottata la Direttiva 2000/31/CE, la cui quarta sezione riporta un regime di responsabilità speciale, di natura colposa e sussidiaria a quella dell'autore dell'illecito; un regime assoggettato a peculiari forme di esonero di responsabilità per gli operatori del mondo digitale, responsabili nel solo caso in cui, pur conoscendo effettivamente la violazione, non avessero fatto alcunché per prevenirla o impedirla.<sup>177</sup>

Tale regime di esonero di responsabilità, nasce dalla combinazione tra l'assenza di un generale obbligo di sorveglianza in capo al *provider* – espressamente escluso all'art. 15 della direttiva in esame – e la previsione di specifiche circostanze – riferite, ex artt. 12, 13 e 14, alle tre di diverse tipologie di servizio offerto – in virtù

---

<sup>176</sup> Gli obiettivi così delineati emergono chiaramente dal considerando 3, dove si dice che «lo sviluppo dei servizi della società dell'informazione è limitato da numero ostacoli giuridici al buon funzionamento del mercato interno [...] Gli ostacoli derivano da divergenze tra le normative nazionali, nonché dall'incertezza sul diritto nazionale applicabili a tali servizi» e dal considerando 40, in cui si afferma che: «Le attuali o emergenti divergenze tra le normative e le giurisprudenze nazionali, nel campo della responsabilità dei prestatori di servizi che agiscono come intermediari, impediscono il buon funzionamento del mercato interno, soprattutto ostacolando lo sviluppo dei servizi transnazionali e introducendo distorsione della concorrenza. In taluni casi, i prestatori di servizi hanno il dovere di agire per evitare o per porre fine alle attività illegali. La presente direttiva dovrebbe costituire la base adeguata per elaborare sistemi rapidi e affidabili, idonei a rimuovere le informazioni illecite e disabilitare l'accesso alle medesime».

<sup>177</sup> PONZANELLI, *Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli Internet service providers?*, in *Danno resp.*, 2002, pag. 5 e ss.

delle quali, una volta conformatovisi, il provider non può essere chiamato a rispondere dell'attività posta in essere dagli utenti.

Prima di procedere all'esame di ciascuna disposizione, è opportuno rammentare che la direttiva, in realtà, ha manifestato ben presto la propria inadeguatezza. Il provvedimento del legislatore europeo nasce, infatti, da un necessario compromesso sociale tra i diversi interessi in gioco: quello degli intermediari a non essere penalizzati da un regime di responsabilità eccessivamente rigido; quello dei soggetti offesi dall'illecito online a non essere ulteriormente lesi dalla previsione di una totale irresponsabilità del *provider*, perdendo così la possibilità di riparazione del danno; quello di ciascun fruitore della rete, a poter utilizzare il mezzo telematico come strumento di libera informazione; infine, quello della collettività, al buon funzionamento del mercato e dell'economia digitale.

In questo teso e precario equilibrio di istanze, tuttavia, non si è tenuto adeguatamente conto della rapidità con la quale si avvicendano continue modifiche, evoluzioni e trasformazioni nel mondo digitale. Come messo in luce da alcuni autori, *«Internet non è più uno dei mezzi di comunicazione ma costituisce il mezzo di comunicazione su larga scala [...], in cui i soggetti agenti sfuggono alle più statiche definizioni, assumendo giorno dopo giorno, anche non curanti del dato normativo che si aggiorna troppo lentamente, sembianze nuove e non agevolmente sussumibili nelle categorie generali»*<sup>178</sup>. Ecco il motivo, quindi, della serie di interventi giurisprudenziali e dottrinali – a cui faremo riferimento nel corso dell'esposizione – susseguitisi a cascata dopo l'entrata in vigore della direttiva, al fine di operare un rinnovamento della disciplina, adeguato alle esigenze effettive, e in continuo sviluppo, del mercato digitale.

#### **3.4.4 Sezione 4: Responsabilità dei prestatori intermediari. Articolo 12, «mere conduit».**

La sezione 4 è dedicata, nello specifico, a disciplinare la responsabilità degli intermediari per il fatto commesso dall'utente, in caso di mancata adozione di misure preventive o repressive.

---

<sup>178</sup> R. PANETTA, *Il ruolo dell'Internet Service Provider e i profili di responsabilità civile*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc. III, 1 marzo 2019, pag. 1017.

Il livello di coinvolgimento del *provider* è determinato a seconda della tipologia di servizio offerto in concreto.

La direttiva distingue, infatti, tra tre diversi tipi di attività<sup>179</sup>, il che consente di ravvisare tre differenti categorie di *providers*: la figura del *mere conduit*, quella del *caching provider* e quella dell'*hosting provider*. Nulla viene detto, invece, diversamente da quanto previsto all'interno del DMCA, in merito ai motori di ricerca e all'attività di *linking*, le cui caratteristiche sono state esaminate nella fase introduttiva del presente capitolo.

Un vero e proprio attributo di responsabilità è riconosciuto soltanto nei confronti dell'*hosting provider*, purché egli sia venuto a conoscenza della violazione posta in essere dall'utente e non si sia operato per rimuoverla o impedirle<sup>180</sup>. Ma procediamo per gradi.

L'art. 12 della Direttiva 2000/31/CE, nonché l'art. 14 del d. lgs. 70/2003, disciplina la figura del *mere conduit*, ossia quel provider il cui servizio consiste nel «*trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, o nel fornire un accesso alla rete di comunicazione*» (comma 1). Tali attività di trasmissione e fornitura di accesso includono inoltre, ex art. 12 co. 2, «*la memorizzazione automatica, intermedia e transitoria delle informazioni trasmesse, a condizione che questa serva solo alla trasmissione sulla rete di comunicazione e che la sua durata non ecceda il tempo ragionevolmente necessario a tale scopo*».

Tra le attività prese in considerazione, quella del *mere conduit* risulta essere quella a cui è concesso il maggior *favor* del legislatore<sup>181</sup>; infatti, il provider incorrerà in

---

<sup>179</sup> Ancora una volta si rammenta che il legislatore europeo, deciso a seguire l'esempio fornito dal DMCA statunitense, ha classificato la propria disciplina a seconda dell'attività svolta, e non del tipo di *provider* preso in considerazione di volta in volta. Le diverse figure di ISP, allora, risulteranno familiari a chi si fosse soffermato sulla classificazione posta in essere dal legislatore nordamericano.

<sup>180</sup> Il problema, come vedremo, risiede nella mancata indicazione, da parte del legislatore, del livello di conoscenza in grado di giustificare l'attribuzione di responsabilità. Il problematico vuoto normativo è messo in luce in R. PANETTA, *La responsabilità civile degli Internet Service Provider e la tutela del diritto d'autore*, in *Il diritto industriale*, fasc. I, 2017, pag. 165 e ss.

<sup>181</sup> G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli Internet Service Providers*, Giappichelli Editore, Torino, 2002.

responsabilità solo nell'ipotesi in cui ponga in essere un'attività nel mancato rispetto delle condizioni di esonero previste dalla disposizione, condizioni che devono ritenersi tassative e che circoscrivono, di conseguenza, i rischi per il prestatore.

Le condizioni che determinano l'esenzione da responsabilità del provider sono molto simili a quelle previste dal legislatore statunitense. La direttiva stabilisce che l'intermediario non è responsabile delle informazioni trasmesse, *«a condizione che egli non dia origine alla trasmissione; non selezioni il destinatario della trasmissione; e non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse»*.

L'inosservanza di una soltanto di tali condizioni, determina il sorgere di responsabilità in capo all'ISP, in quanto la sua attività non potrebbe più qualificarsi come un mero trasporto di dati, ma implicherebbe una qualche forma di partecipazione del *provider*.

Se, infatti, determinasse egli stesso la trasmissione; ovvero se scegliesse i destinatari dell'informazione, veicolandola nei confronti di soggetti determinati, anziché di una platea indeterminata; o, ancora, se intervenisse attivamente sul contenuto delle informazioni trasmesse; è evidente che la sua attività non potrebbe più dirsi tecnica, automatica e passiva, come vorrebbe il considerando 42 della direttiva.

Infine, il comma 3 fa salva *«la possibilità, secondo gli ordinamenti degli Stati membri, che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa esiga che il prestatore impedisca o ponga fine ad una violazione»*. Possibilità che è stata senz'altro recepita a livello nazionale tant'è che il d. lgs. 70/2003, all'art. 17, si stabilisce che *«il prestatore è civilmente responsabile del contenuto di tali servizi nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non ha agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non ha provveduto ad informarne l'autorità competente»*.

Leggendo queste disposizioni alla luce dell'art. 15 della direttiva, ovvero dell'art. 17 del decreto interno, dove si esclude esplicitamente la sussistenza di un generale obbligo di vigilanza sulle informazioni che il *provider* trasmette o memorizza, è semplice comprendere come mai in dottrina si afferma che lo standard di diligenza



richiesto al prestatore è, di fatto, facilmente realizzabile<sup>182</sup>: l'onere di attivarsi per la rimozione del contenuto illecito, ovvero per impedirne l'accesso, è subordinato, infatti, a un ordine dell'autorità giudiziaria o amministrativa.

Un ordine che, è bene sottolinearlo, implica la presunzione di effettiva conoscenza dell'illecito da parte del prestatore; la sua inottemperanza, invero, determina il riconoscimento, in capo al *provider*, della responsabilità civile per il danno cagionato al terzo dall'utente, attraverso il servizio messo a disposizione dall'intermediario. L'art. 17 del d. lgs. 70/2003 – disposizione valevole tanto per l'attività di *mere conduit* in esame, che per le procedure di *caching* e *hosting* – stabilisce poi che il prestatore è in ogni caso tenuto ad informare l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza, nel caso in cui sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite, nonché a fornire le informazioni in suo possesso, su richiesta dell'autorità competente, affinché sia possibile individuare e prevenire attività illecite. Disposizione che, come vedremo, ha portato parte della dottrina a interrogarsi in merito all'effettività della pretesa assenza – *tout court* – di un obbligo di sorveglianza, chiedendosi se, piuttosto, sia possibile ravvisare un obbligo di sorveglianza *ex post*, successivo alla presa di coscienza della presunta attività illecita<sup>183</sup>.

#### **3.4.5 Sezione 4: Articolo 13, «Memorizzazione temporanea detta caching»**

L'art. 13 della direttiva, nonché l'art. 15 del d. lgs. 70/2003, si occupa del servizio offerto dal *provider* consistente nella «*memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di [...] informazioni effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltrare ad altri destinatari a loro richiesta*» (comma 1). È chiaro, allora, il riferimento a quelle attività, di natura prettamente passiva, poste in essere per garantire una maggior velocità ed efficienza nella consultazione e ricerca dei dati

---

<sup>182</sup> G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli Internet Service Providers*, Giappichelli Editore, Torino, 2002.

<sup>183</sup> In questo senso E. TOSI, *La responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider e dei motori di ricerca a margine dei recenti casi “Google Suggest” per errata programmazione del software di ricerca e “Yahoo! Italia” per “link” illecito in violazione dei diritti di proprietà intellettuale*, in *Rivista di diritto industriale*, 2012, II, 46 ss.

in rete, in occasione delle quali non avviene alcuna elaborazione del contenuto trasmesso e memorizzato: vengono piuttosto realizzate delle copie del materiale creato dall'utente e conservate per il solo periodo di tempo necessario a consentirne la trasmissione ad altri e ulteriori destinatari, consentendo loro di accedere al contenuto senza doverne rintracciare la fonte d'origine. È proprio nella finalità intrinseca all'attività di *caching*, ossia quella di consentire l'accesso ad altri destinatari del servizio, che si insinua la differenza fondamentale tra tale attività e quella più blanda di *mere conduit*<sup>184</sup>.

Affinché tale attività di memorizzazione possa rientrare nella fattispecie di *caching*, di cui all'art. 13 della Direttiva e-commerce, è essenziale che essa risulti essere automatica, intermedia e temporanea. Anzitutto, dunque, l'operatore non deve intervenire attivamente rispetto al contenuto caricato, la cui memorizzazione oltre a dover essere automatica, deve porsi a un livello intermedio tra l'accesso al servizio e la trasmissione dei dati dal primo utente a quello successivo. Fondamentale poi, in quanto costituisce l'elemento di discriminazione tra l'attività di *caching* e quella di *hosting*, è la natura temporanea e limitata nel tempo della memorizzazione. Laddove non lo fosse e le informazioni venissero conservate in via permanente, si rientrerebbe nell'ambito applicativo dell'art. 14 della direttiva, relativo agli *hosting providers*, il cui regime di responsabilità è certamente più stringente rispetto al trattamento giuridico riservato ai *caching providers*. L'arco di tempo rispetto al quale è possibile ipotizzare la durata della memorizzazione, allora, è quello coincidente con quanto strettamente necessario a consentire la ritrasmissione del dato.

Non può affatto darsi per scontato, quindi, che il *provider*, nello svolgere questo genere di attività tecnica e automatica, sia effettivamente a conoscenza del contenuto delle informazioni trasmesse e sia dunque responsabile delle violazioni che vengono perpetrate attraverso tale trasmissione.

L'art. 13, infatti, al pari dell'articolo precedente, prevede una serie di condizioni aderendo alle quali il prestatore può dirsi esente da responsabilità; condizioni, peraltro, lievemente più rigide rispetto a quanto stabilito dall'art. 12 a beneficio dei *providers* che svolgano servizi di *mere conduit*, in considerazione del maggior

---

<sup>184</sup> M. TESCARO, *Schemi legali e opposte tendenze giurisprudenziali in tema di responsabilità civile dell'Internet Provider*, in *Giur. Merito*, fasc. 12, 2013.

coinvolgimento del *caching provider* rispetto a quest'ultimi. Ciò che rileva è che il prestatore, per poter accedere al regime delineato al presente articolo, non sia «*in alcun modo coinvolto nell'informazione trasmessa*»<sup>185</sup>.

A tal fine, si richiede, anzitutto, che il prestatore «*non modifichi le informazioni*» (lett. a). Il prestatore, infatti, non può intervenire attivamente sul contenuto di quanto caricato e trasmesso dall'utente; viceversa non potrebbe escludersi l'effettiva conoscenza di quanto illecitamente posto in essere mediante il servizio da questi offerto, né tanto meno esonerarlo da responsabilità, dato che, pur essendo edotto dell'illecito, non ha impedito che questo venisse posto in essere.

La lett. b) e la lett. c) predispongono una serie di condotte positive che il *provider* deve adottare qualora voglia avvalersi dell'esonero di responsabilità. Occorre dunque che «*si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni*» e che «*si conformi alle norme di aggiornamento delle informazioni, indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore*».

Tali indicazioni, insieme alla lett. d) – in cui è indicato l'obbligo del *provider* di «*non interferire con l'uso di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni*» – sono apparse fin da subito eccessivamente generiche e astratte nel loro contenuto. Tuttavia, una scelta legislativa di questo tipo appare forse dovuta alla difficoltà di individuare dei parametri tecnici, rigidamente predeterminati all'interno di un testo normativo, la cui rigosità finirebbe per tradursi in immediata obsolescenza, stante la celerità dell'evoluzione tecnologica e dei continui mutamenti del settore in cui la disciplina è chiamata a operare.

Ciò che si evince chiaramente, però, è la possibilità di individuare, nel riferimento alle condizioni di accesso e alle tecnologie impiegate dalle imprese operanti nel settore, un criterio di diligenza specifico a cui il prestatore deve conformarsi nello svolgimento della propria attività<sup>186</sup>, inducendo il giudice a indagare l'idoneità e l'evoluzione dei mezzi informatici di volta in volta utilizzati.

---

<sup>185</sup> Il riferimento va al considerando n. 43.

<sup>186</sup> G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli Internet Service Providers*, Giappichelli Editore, Torino, 2002.

Certo è che al *caching provider* è richiesto, rispetto all'intermediario che offre un servizio di mero trasporto di dati, qualcosa in più per poter usufruire del medesimo livello di protezione. La lett. e), infatti, impone espressamente al prestatore ciò che il comma 3 del precedente art. 12, relativo al *mere conduit*, legava a un atto di discrezionalità degli Stati membri, ciascuno dei quali, nella propria disciplina interna di attuazione, può infatti attribuire all'autorità giurisdizionale o amministrativa il potere di esigere che il prestatore impedisca o ponga fine ad una violazione, attraverso un ordine che, soltanto una volta pervenuto al *provider*, ne fa scattare l'obbligo di attivazione. Come abbiamo osservato al precedente paragrafo, ai sensi dell'art. 17 del d. lgs. n. 70/2003, attuativo della Direttiva 2000/31/CE, il legislatore italiano ha previsto una clausola generale di responsabilità civile del prestatore nelle ipotesi in cui *«richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non ha agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non ha provveduto ad informarne l'autorità competente»*.

La disciplina comunitaria in materia di *caching*, invece, prevede essa stessa, esplicitamente, quale condizione di esonero da responsabilità, che il *provider* *«agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitare l'accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione dell'accesso»* (lett. e); confermando poi, al comma successivo, la possibilità, per ciascun ordinamento, di attribuire alle rispettive autorità amministrative o giudiziarie, dotate di compiti di vigilanza, la facoltà di impartire ordini da cui scaturisca, in capo all'intermediario, l'onere di attivarsi per la rimozione.

L'onere di *«agire prontamente»*, in questo caso, è ascritto direttamente tra le condizioni di immunità prestabilite dalla normativa comunitaria e non è fatto conseguire, invece, solo e necessariamente a seguito di uno specifico ordine dell'autorità competente, la cui previsione è rimessa alle scelte attuative di ciascun Stato membro.

In sintesi dunque, quale ultima condizione di esonero da responsabilità, si prevede che laddove il *provider* venga a conoscenza di un'irregolarità realizzata dagli utenti attraverso il servizio messaggi a disposizione, a causa di un'autonoma presa di coscienza da parte del *provider* stesso, a causa della segnalazione di un terzo, ovvero di un ordine di rimozione o disinstallazione da parte dell'autorità di vigilanza, egli debba agire prontamente per rimuovere le informazioni memorizzate o impedirne comunque l'accesso. Solo così potrà beneficiare del regime previsto dall'art. 13 della direttiva.

#### **3.4.6 Sezione 4: Articolo 14, «Hosting»**

L'attività di *hosting*, disciplinata all'art. 14 della Direttiva sul commercio elettronico e all'art. 16 del d. lgs. 70/2003, consiste nella «*memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio*» (art.14, co. 1). Il *provider*, dunque, mette a disposizione uno spazio virtuale, in maniera stabile e permanente, in cui conservare le informazioni trasmesse dall'utente. A differenza di quanto avviene nell'ipotesi di *caching*, in cui la memorizzazione del dato è meramente temporanea, in questo caso la relazione che si instaura tra il prestatore del servizio e il fruitore è continua e duratura. Ciò giustifica un regime di esonero da responsabilità, come vedremo, più severo rispetto a quanto previsto per le attività precedentemente esaminate. D'altronde, l'*hosting* implica un coinvolgimento del *provider* intenso e durevole, al punto da far legittimamente presumere che questi possa essere nelle condizioni di conoscere con maggior facilità i contenuti caricati dai propri *users*.

La disciplina comunitaria e nazionale, infatti, stabilisce che il prestatore che fornisce questo genere di servizio possa essere al riparo da ogni responsabilità soltanto quando «*non sia effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanza che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione*» (art. 14, co. 1, lett. a); ovvero «*non appena al corrente di tali fatti, agisca*

*immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso»* (art. 14, co. 1, lett. b)<sup>187</sup>.

La lett. a) pone una serie di problemi interpretativi. Evidente è, innanzitutto, il richiamo al concetto di *actual knowledge*, elaborato dapprima dalla giurisprudenza statunitense e recepito poi all'interno del DMCA, in particolare della *section 512*. Anche il legislatore comunitario parla, infatti, di «*conoscenza effettiva*» dell'illecito, con la medesima vaghezza e indeterminatezza che disorientarono originariamente i giudici nordamericani nel determinarne la portata. Il concetto di «*conoscenza effettiva*» vorrebbe rimandare a un livello di consapevolezza del *provider* sufficientemente elevato da giustificare l'imputazione di responsabilità, senza però che di tale livello ne siano positivamente individuati i confini e i limiti. Se le criticità connesse a una formulazione eccessivamente approssimativa della nozione in oggetto non pongono particolari problemi nel contesto statunitense di *common law*, dove il principio dello *stare decisis* e del precedente giurisprudenziale consentono una certa conformità e stabilità nell'interpretazione che ne viene data, altrettanto non può dirsi per un ordinamento giuridico come quello italiano ed europeo, in cui le pronunce giurisprudenziali assumono un valore orientativo, di indirizzo interpretativo, ma non di precedente vincolante. Lo sforzo esegetico è stato dunque molto intenso e ha impegnato tanto il campo dottrinale, quanto quello della giurisprudenza.

Autorevole dottrina ha ritenuto di poter dedurre, ad un'attenta lettura della lett. a) dell'art. 14, due diversi livelli di conoscenza e, a seguire, due diverse forme di responsabilità<sup>188</sup>. La responsabilità civile e penale, infatti, sussistono quando il *provider* ha consapevolezza dell'illecito ma, così come emerge dal testo della disposizione, il livello di conoscenza richiesto nelle due circostanze è differente: la responsabilità penale sorge quando il prestatore ha effettiva e diretta conoscenza della

---

<sup>187</sup> Il secondo comma dell'art. 14, poi, specifica che il paragrafo precedente non si applica se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore.

<sup>188</sup> A. MAIETTA, *Il sistema delle responsabilità nelle comunicazioni via Internet*, in CASSANO, CIMINO, *Diritto dell'Internet e delle nuove tecnologie telematiche*, Padova, 2009; G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli Internet Service Providers*, Giappichelli Editore, Torino, 2002; M. GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet Service Provider*, Napoli, 2006.

violazione; per quella civile, invece, è sufficiente che il provider sia al corrente di fatti e circostanze da cui emerge manifestamente la natura illecita dell'attività o dell'informazione.

Nonostante tale specificazione, però, i termini scelti dal legislatore continuarono a suscitare accesi dibattiti. L'utilizzo di espressioni quali «*essere al corrente di*», come sinonimo per «*conoscenza*», porta tuttavia a escludere che la disciplina comunitaria intendesse prendere in considerazione la «*mera conoscibilità*» dell'illecito<sup>189</sup>, intesa quale «*possibilità di conoscenza, una possibilità alla quale segue, ma non necessariamente, una conoscenza effettiva*»<sup>190</sup>. Ciò significa che una conoscibilità solamente potenziale dell'illecito, non ancora concretizzatasi in un'effettiva presa di coscienza, non rileva ai fini della presente disciplina.

Destò qualche perplessità anche l'uso di concetti quali «*manifesta illiceità*», posto che, di regola, un fatto, un'attività o un'operazione sono illecite, ovvero non lo sono, senza possibilità di sfumature intermedie. Secondo la ricostruzione dottrinale operata all'epoca, ad ogni modo, sembra che la manifesta illiceità si riferisca alle ipotesi in cui «*l'apprezzamento del disvalore è talmente evidente da non necessitare di particolari conoscenze giuridiche*»<sup>191</sup>.

Sebbene l'indagine giurisprudenziale e dottrinale in merito al significato precipuo delle locuzioni utilizzate dal legislatore comunitario abbia consentito una maggior chiarezza sul tema, un aspetto problematico della disciplina contenuta nella Direttiva 2000/31/CE rimase quello di non aver individuato il momento e le modalità attraverso le quali si concretizza effettivamente la conoscenza dell'illecito, necessaria affinché possa discorrersi di responsabilità in capo al prestatore.

---

<sup>189</sup> G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli Internet Service Providers*, Giappichelli Editore, Torino, 2002

<sup>190</sup> In questi termini A. FALZEA, *Fatto di conoscenza*, in *Voci di teoria generale del diritto*, III ed., Milano, 1985.

<sup>191</sup> In questi termini, ancora una volta, G. M. RICCIO, *La responsabilità civile degli Internet Service Providers*, in cui riporta alcuni opinioni dottrinali in materia, tra le quali E. MONTERO, *La responsabilité des prestataires de l'Internet*; A. DELGADO PLANAS, *Responsabilidad de los operadores en el proyecto ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, in *Rev. Electrónica de Derecho Informático*, 2002, n. 43.

Diverse voci si susseguirono nell'avvicinarsi della discussione. La giurisprudenza maggioritaria, nazionale ed europea, è nel senso di presupporre la conoscenza della condotta illecita «*anche qualora tale conoscenza gli derivi da informazioni fornitigli da un soggetto terzo e verosimilmente dallo stesso utente danneggiato, a prescindere dalla natura e dalle caratteristiche, anche formali, della comunicazione ricevuta*»<sup>192</sup> e, quindi, anche in assenza di provvedimenti giurisdizionali, nonché di preliminari ordini dell'autorità amministrativa o giudiziaria<sup>193</sup>.

Nonostante si tratti dell'orientamento maggioritario, non andò esente da critiche. Attribuire a qualunque forma di comunicazione e segnalazione il potere della presunzione di conoscenza equivarrebbe, infatti, ad estendere oltremodo i confini della responsabilità del *provider*, soprattutto in considerazione di quanto postulato alla lett. b) dell'art. 14, che lo esonera da responsabilità soltanto nel caso in cui, acquisita tale conoscenza, provveda immediatamente alla rimozione o disabilitazione dell'attività illecita. Se ogni segnalazione giunta al prestatore, anche priva di qualsivoglia concretezza, fosse idonea a farne presumere la conoscenza e di conseguenza a farne sorgere la responsabilità, il rischio sarebbe quello di spingere gli operatori del mercato digitale a selezionare, secondo criteri assolutamente personali e opportunistici, i contenuti che intendono eliminare dai propri spazi virtuali. Un'operazione di censura che, come abbiamo già avuto modo di sottolineare, è del tutto inaccettabile in una società moderna improntata alla libertà d'informazione. L'apertura della giurisprudenza, in effetti, non può dirsi completamente spregiudicata in tal senso. Si era consapevoli, infatti, del rischio che la diffida o la segnalazione inoltrate al *provider* si rivelassero successivamente infondate e di conseguenza incapaci di giustificare alcuna responsabilità.

Emblematico, sull'argomento, è il caso *PFA Films v. Yahoo Italia* anche noto come il caso «*About Elly*», che vedeva coinvolta da un lato la PFA Films s.p.a, titolare

---

<sup>192</sup> R. PANETTA, *Il ruolo dell'Internet Service Provider e i profili di responsabilità civile*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc. III, 1 marzo 2019, pag. 1017.

<sup>193</sup> E. TOSI, *La responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider e dei motori di ricerca a margine dei recenti casi "Google suggest" per errata programmazione del software di ricerca e "Yahoo!Italia" per "ling" illecito in violazione dei diritti di proprietà intellettuale*, in *Rivista di Diritto Industriale*, fasc. I, 2012.



dei diritti di sfruttamento economico del film «*About Elly*», dall'altro *Yahoo! Italia s.r.l.*, *Google Italy s.r.l.* e *Microsoft s.r.l.*

L'accusa mossa dalla ricorrente nei confronti di Yahoo era quella di aver permesso il collegamento a siti Internet che consentivano la visione illegale, parziale o completa, del film, in modalità *streaming*, *peer-to-peer* o consentendone il *download*. Oggetto della domanda attorea, presentata dinanzi al Tribunale di Roma, era quello di disporre la rimozione dai server di Yahoo dell'accesso ai *file* non autorizzati. Yahoo, dal canto suo, eccepiva in sua difesa la possibilità di beneficiare dell'esonero da responsabilità prevista per gli intermediari, ai sensi degli artt. 16 e 17 del d.lgs. 70/2003.

Nonostante con una prima ordinanza del 23 marzo 2011, il Tribunale di Roma avesse riconosciuto la responsabilità del *provider* per l'omessa rimozione dell'accesso al contenuto illecito, in un secondo momento, con ordinanza del 17 luglio 2011, accolse l'eccezione sollevata da Yahoo, modificando radicalmente la decisione del precedente giudice di merito e motivando tale cambio di rotta con l'omessa indicazione da parte della ricorrente dell'esatto materiale di cui richiedeva la rimozione, e in particolare degli URL identificativi dei siti incriminati.

Fu l'occasione per sottolineare l'esigenza di prevedere un contenuto minimo per la denuncia, idoneo a identificare inequivocabilmente l'oggetto della violazione, il diritto che si presuppone leso, la titolarità di tale diritto, nonché le circostanze da cui è possibile desumerne la violazione, poiché è onere di «*chiunque chiede la tutela giurisdizionale di un proprio diritto che si afferma leso di indicare le concrete circostanze nelle quali sarebbe avvenuta la lesione*»<sup>194</sup>.

Vi era anche chi riteneva, all'opposto, che non fosse possibile motivare l'obbligo di attivarsi del *provider* – e dunque l'effettiva conoscenza dell'illecito – sulla base di segnalazioni di terzi o diffide stragiudiziali, osservando come la disciplina in esame legittimasse esclusivamente l'autorità giudiziaria o amministrativa a far

---

<sup>194</sup> Trib. Roma, ord. 17 luglio 2011

sorgere un obbligo di cessazione dell'attività illecita dell'utente in capo al prestatore<sup>195</sup>.

D'altro canto, però, anche tale posizione, che esige forzatamente il provvedimento giudiziale affinché possa ritenersi fondata la conoscenza del prestatore, non appare affatto coerente rispetto alle finalità dell'istituto in esame. Le tempistiche necessarie per la pronuncia dell'autorità giurisdizionale, infatti, andrebbero a vanificare quello che sembra essere l'obiettivo della disciplina in materia, ossia consentire agli intermediari dei servizi *web* di agire celermente, così da intervenire in tempi utili alla rimozione del contenuto illecito e da limitare il più possibile i danni che ne scaturiscono, impedendone la diffusione.

Se si ripensa alla disciplina elaborata dal legislatore statunitense, analizzata a suo tempo, allora, appare evidente che la Direttiva e-commerce presenta delle lacune dove il DMCA sembra, al contrario, esaustivo.

Il legislatore d'oltreoceano, introducendo il sistema della *cd. notification and take down*, descrive perfettamente la procedura che il *provider* deve seguire in caso di segnalazione, esplicitando, anzitutto, le caratteristiche che la segnalazione deve avere affinché possa produrre gli effetti che la legge vi ricollega. I requisiti specifici sono indicati, nello specifico, alla § 512, sub (c), par (3): la giurisprudenza, ad esempio, in assenza di apposita specificazione anche delle opere cui l'illecito si riferisce, non ritiene sufficiente la mera indicazione degli autori lesi, in assenza di un'indicazione più precisa delle loro opere<sup>196</sup>. Inoltre, la disciplina fonda esplicitamente la

---

<sup>195</sup> Trib. Milano, 16 luglio 2007: «*In virtù del regime di responsabilità degli intermediari delineato dagli artt. 14, 15 e 16, d.lgs. n. 70/2003, richiamati in materia di diritto d'autore dall'art. 156, comma 2, legge n. 633/1941, la società che gestisce un motore di ricerca di pagine in Internet può essere tenuta a rimuovere il materiale illecito (nella fattispecie rappresentato da alcuni fotogrammi televisivi e ritratti di personaggi celebri) pubblicato da un utente della rete telematica e/o disabilitarne l'accesso a seguito dell'esecuzione-attuazione del provvedimento giudiziale (di merito o cautelare) contro l'autore dell'illecito; in tale quadro è sostanzialmente non rilevante l'introito di diffide stragiudiziali volte a costituire doveri di intervento dell'intermediario, come si desume dalle norme del d.lgs. 70/2003 che abilitano unicamente l'autorità giudiziaria (o amministrativa di vigilanza) a disporre la cessazione delle altrui violazioni da parte del prestatore, su ricorso giurisdizionale dell'avente diritto*»

<sup>196</sup> M. DELSIGNORE, Il sistema U.S.A, in AIDA, Giuffrè, 2014.

presunzione di conoscenza: la ricezione di un'adeguata segnalazione, consente di ritenere, automaticamente, che il *provider* abbia piena conoscenza dell'illecito oggetto di denuncia; il che contribuisce a individuare con certezza l'esatto momento in cui sorge la consapevolezza dell'intermediario, utile a fondarne la responsabilità, essendo poi sufficiente che il giudice svolga un'indagine in ordine alla correttezza formale della segnalazione.

Una certezza di cui, tuttavia, l'ordinamento europeo non poté avvantaggiarsi, stante la mancata trasposizione diretta di un meccanismo analogo all'interno della disciplina comunitaria: la direttiva, infatti, si limita a incoraggiare l'elaborazione di sistemi, concordati tra le parti interessate, attraverso i quali rendere agevole la rimozione delle informazioni illecite, ovvero disabilitarne l'accesso, senza tuttavia indicare secondo quali *standard* e criteri avrebbero dovuto operare.<sup>197</sup> Il concreto accertamento della sussistenza di un'effettiva consapevolezza nel provider, però, rimane confinato alla valutazione dell'interprete.

Allo stesso modo non venne ripreso, in via diretta, neppure il sistema del cd. *red flag test* elaborato nel contesto statunitense, che soccorre nelle ipotesi in cui manchi del tutto una segnalazione o denuncia della violazione. In questo caso il giudice è chiamato a valutare, oltre alla soggettiva e personale consapevolezza del *provider* in merito all'illecito («*subjective awareness*»), anche la sua conoscenza in base a «*un objective standard*», ossia valutando la riconoscibilità delle circostanze da cui emerge l'illiceità, di cui il cd. «*buon provider*»<sup>198</sup> dovrebbe essere capace. In questo modo è possibile procedere, con una certa linearità, nell'individuazione della responsabilità del prestatore anche in assenza di un'apposita segnalazione che ne faccia presupporre la sussistenza.

---

<sup>197</sup> Considerando n. 40: «*La presente direttiva dovrebbe costituire la base adeguata per elaborare sistemi rapidi e affidabili idonei a rimuovere le informazioni illecite e disabilitare l'accesso alle medesime. Tali sistemi potrebbero essere concordati tra tutte le parti interessate e andrebbero incoraggiati dagli Stati membri. È nell'interesse di tutte le parti attive nella prestazione di servizi della società dell'informazione istituire e applicare tali sistemi*».

<sup>198</sup> M. DELSIGNORE, Il sistema U.S.A. in AIDA, Giuffrè, 2014, in cui viene richiamato l'interessante lavoro sul tema di L. CHANG, *The Red Flag Test of Apparent Knowledge Under the DMCA § 512 (c) Safe Harbors*, 28 *Cardozo Arts & Ent. L. J.* 195 (2010).

Il legislatore comunitario, invece, parla di una certa diligenza professione dell'intermediario soltanto al considerando 48, in cui si riconosce come impregiudicata la possibilità per gli Stati di chiedere ai prestatori di servizi «*di adempiere al dovere di diligenza che è ragionevole attendersi da loro [...] al fine di individuare e prevenire taluni tipi di attività illecite*», senza però prevedere normativamente alcun meccanismo valutativo in tal senso, rifacendosi semplicemente all'autonomia e alla discrezionalità degli Stati membri.

Sarà la Corte di Giustizia UE, piuttosto che il legislatore, in realtà, a sottolineare l'importanza di tener conto, nell'esaminare l'eventuale responsabilità del prestatore, «*le circostanze in base alle quali un operatore economico diligente avrebbe dovuto constatare l'illiceità*»<sup>199</sup>.

E così, per quanto attiene al problema della conoscenza e conoscibilità dell'illecito da parte del *provider*, nonostante il legislatore non abbia specificato il livello di conoscenza richiesto per fondarne la responsabilità, causando un vuoto di disciplina di considerevole importanza, si può concludere che il prestatore è responsabile in tutti i casi in cui abbia avuto l'effettiva conoscenza dell'illiceità delle informazioni accolte nel proprio servizio (e secondo la giurisprudenza maggioritaria, in qualsiasi modo tale conoscenza gli sia pervenuta<sup>200</sup>, tramite diffida dell'avente diritto o segnalazione del terzo, indipendentemente dalle caratteristiche della stessa), tenendo presente di quanto è legittimo attendersi dal prestatore sulla base di criteri di diligenza e ragionevolezza.<sup>201</sup>

---

<sup>199</sup> *L'Oréal SA, Lancôme Parfums et Beauté & Cie SNC et Laboratoire Garnier & Cie v. Bellure NV, Malaika Investement Ltd et Starion International Ltd*, Causa (C- 487/07), Corte di Giustizia UE, 18 giugno 2009; Causa (C-324/09), Corte di Giustizia UE, 12 luglio 2011.

<sup>200</sup> Causa C- 325/09, Corte di Giustizia Ue, 12 luglio 2011, in cui si specifica che le norme contenute all'art. 14 devono essere intese «*nel senso che riguardano qualsiasi situazione nella quale il prestatore considerato viene ad essere, in qualunque modo, al corrente*» dell'illecito; Causa C-610/15, Corte di Giustizia UE, 14 giugno 2017.

<sup>201</sup> Causa C- 325/09, Corte di Giustizia Ue, 12 luglio 2011, «*qualora il collocamento di collegamenti ipertestuali sia effettuato a fini lucrativi, è legittimo aspettarsi che l'autore di tale collocamento realizzi le verifiche necessarie per garantire che l'opera di cui trattasi non sia pubblicata illegittimamente sul sito cui rimandano detti collegamenti ipertestuali, cosicché deve presumersi*

Certo è, tuttavia, che la disciplina comunitaria non dispone, in capo ad alcuno degli Internet Service Provider, indipendentemente dalla tipologia di attività da ciascuno svolta, nessun obbligo di ricerca attiva in ordine alla presenza o alla commissione di fatti illeciti negli spazi *online* forniti all'utente, e che, se sussiste una forma di responsabilità, essa sorge solo quando l'intermediario, dopo aver avuto conoscenza dell'illecito, ometta di attivarsi per impedirne la prosecuzione o per favorirne la rimozione, conformemente a quanto stabilito dalla lett. b) dell'art. 14, che prevede un'esenzione di responsabilità per il *provider* che «*non appena al corrente [dell'illecito] agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o disabilitarne l'accesso*», e del comma 3 dell'art. 16 del d. lgs. 70/2003, attuativo dell'art 14, co. 3 della direttiva, che pone in capo al provider un ulteriore onere di intervento a seguito di specifica richiesta da parte dell'autorità competente.

Infine, dalla lettura congiunta delle ultime disposizioni citate e dell'art. 15 rubricato «*Assenza dell'obbligo generale di sorveglianza*», immediatamente seguente, emerge il quadro dei doveri dei prestatori di servizi, nonché la chiave per comprendere quell'atteggiamento di favore e di protezione che le istituzioni europee – e non – manifestarono nei confronti degli ISP, tanto nell'elaborazione prima, quanto nell'applicazione poi – perlomeno in origine – della disciplina.

Tra gli obiettivi principali della direttiva, infatti, vi era quello di limitare le circostanze in cui è possibile riscontrare un'effettiva responsabilità del *provider* per il contenuto illecito diffuso dall'utente, in quanto un peso eccessivo sull'intermediario avrebbe portato, come abbiamo visto nei paragrafi precedente, a una paralisi della sua attività, con ripercussioni negative sull'intera economia di mercato, sullo sviluppo tecnologico, oltre che sulla tutela della libertà d'informazione e delle altre libertà individuali.

#### **3.4.7 Sezione 4: Articolo 15, «Assenza dell'obbligo generale di vigilanza»**

L'articolo in oggetto prevede, quindi, che ai prestatori e intermediari non venga imposto dagli Stati membri alcun «*obbligo generale di sorveglianza sulle*

---

*che tale collocamento sia intervenuto con piena cognizione del fatto che l'opera è protetta e che il titolare del diritto d'autore potrebbe non aver autorizzato la pubblicazione su internet».*

*informazioni che trasmettono o memorizzano, né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite».*

Questa disciplina è recepita all'art. 17 del d. lgs. n. 70/2003, in cui è prevista, inoltre, in attuazione di quanto previsto dagli artt. 12, co. 3 – 13, co. 2 e 14, co. 3 della medesima direttiva, una clausola generale di responsabilità civile del *provider*, operante tutte le volte in cui egli non abbia agito «*prontamente per impedire l'accesso al contenuto illecito, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non ha provveduto a informare l'autorità competente*».

E' evidente che queste disposizioni, in accordo con i motivi e gli obiettivi che animarono il legislatore comunitario nell'elaborazione della materia, assunsero un ruolo cardine nella disciplina della responsabilità telematica degli ISP, consentendo di escludere un regime eccessivamente rigido, fondato, ad esempio, su forme di responsabilità oggettiva, per *culpa in vigilando* o per attività pericolosa, che, come abbiamo avuto modo di osservare in precedenza, mal si adattavano agli interessi coinvolti nelle dinamiche digitali.

Una scelta, questa, che risponde evidentemente anche alla constatazione dell'impossibilità pratica, per il prestatore, di verificare l'infinita quantità di contenuti immessi dagli utenti sul *web*.

A questo punto, il quadro normativo dei doveri riconosciuti in capo ai prestatori intermediari è completo: ai *providers* non è imposto alcun obbligo di vigilanza e monitoraggio attivo, tuttavia, laddove essi venissero a conoscenza della condotta illecita realizzata dall'utente nello spazio virtuale messogli a disposizione, sarebbero tenuti a rimuoverne il contenuto lesivo e, nel caso in cui l'ordinamento nazionale di riferimento lo preveda, dare comunicazione all'autorità competente di qualsiasi presunta attività illecita di cui abbiano conoscenza, oltre, nel caso in cui l'autorità ne formulasse richiesta, a quanto risulti utile all'identificazione del responsabile dell'illecito.

Il secondo comma dell'art. 15 della direttiva, infatti, rimette a ciascuno Stato membro la possibilità di stabilire che il prestatore sia tenuto a comunicare all'autorità pubblica competente simili informazioni. Si tratta di un'opportunità che il legislatore italiano, in fase di recepimento, non si fece sfuggire, tant'è che introdusse una

disciplina molto rigorosa sul punto, traducendo in obbligo ciò che, alla luce della direttiva, risultava essere una mera possibilità. All'art. 17, comma 2, è previsto che il prestatore sia «*comunque tenuto: a) ad informare senza indugio l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio [...]; b) a fornire senza indugio, a richiesta delle autorità competenti, la informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del destinatario dei suoi servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati, al fine di individuare e prevenire attività illecite*».

E così, la lett. a) presuppone che, una volta avuta conoscenza dell'illecito, dopo essersi attivato per verificare la fondatezza dell'informazione pervenutagli, il prestatore sia tenuto a darne comunicazione all'autorità competente.

La lett. b) dovrebbe porsi, invece, quale soluzione al problema dell'anonimato in rete, dovendo l'intermediario fornire all'autorità competente, quando necessario e richiesto dalla stessa, i dati in suo possesso che risultino funzionali all'identificazione dell'utente presuntivamente responsabile. Nonostante i *providers* siano tenuti ad accertare e registrare l'identità dei propri utenti, è pur vero, però, che la facilità con cui gli *users* possono accedere ai servizi utilizzando false generalità, ostacola fortemente la possibilità per i prestatori di fornire informazioni realmente utili all'autorità, incorrendo per questo, spesso e volentieri, in giudizi di responsabilità civile o penale<sup>202</sup>.

Per concludere, dunque, si può dire che il *provider* è civilmente responsabile nel caso in cui non agisca prontamente per impedire l'accesso al contenuto illecito, se richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa; ovvero se, avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole dei dati ai quali da accesso, non provvede ad informarne l'autorità competente.

Sebbene a una prima lettura non sembrano sussistere particolari difficoltà, la ricostruzione presenta però alcuni profili di ambiguità.

---

<sup>202</sup> Aspetto, questo, sottolineato da A. MAIETTA, *Il sistema delle responsabilità nelle comunicazioni via Internet*, in G. CASSANO, I. P. CIMINO, *Diritto dell'Internet e delle nuove tecnologie telematiche*, Padova, 2009

Come sostenuto da autorevole dottrina, infatti, la previsione che esclude l'esistenza di un obbligo generale di sorveglianza in capo agli ISP ha una portata più limitata di quanto appaia a prima vista. Non appena il *provider* venga a conoscenza della condotta illecita, ovvero ometta di adempiere all'obbligo informativo nei confronti dell'autorità competente, non sarà più applicabile e, di conseguenza, decadrà automaticamente la possibilità, per il prestatore, di beneficiare del regime di esclusione della responsabilità. Se il *provider*, quindi, non ha alcun obbligo di ricerca attiva, egli è vincolato da un obbligo di sorveglianza che sorge in un momento successivo alla presa di coscienza passiva dell'illecito. Sulla base di simili considerazioni, allora, appare più corretto, «anziché riferirsi tout court ad un generale principio dell'assenza di obbligo di sorveglianza», parlare di assenza di un «obbligo di sorveglianza [attivo e] preventivo, non essendo, infatti, escluso l'obbligo di sorveglianza passiva» sui fatti illeciti, successivamente alla loro conoscenza da parte del *provider*<sup>203</sup>.

Che la portata applicativa dell'art. 15 della direttiva, recepito all'art. 17 del d.lgs. 70/2003, risulti essere più ristretta di quanto appaia inizialmente, sembra essere stato confermato anche dalla giurisprudenza italiana che, in alcune pronunce, ha affermato la necessità di valutare caso per caso l'effettiva assenza di un obbligo generale di sorveglianza, fondando, di fatto, la possibilità di riscontrare una concreta responsabilità del provider, nonostante la sua attività si sostanzi nella mera messa a disposizione, agli utenti, di luoghi virtuali in cui caricare e diffondere i propri contenuti, quando egli sia risultato comunque complice alla realizzazione della violazione.

Importante in tal senso è l'ordinanza del Tribunale di Roma del 16 dicembre 2009, in merito alla controversia *R.T.I s.p.a v. YouTube*, anche noto come il caso «*Grande Fratello*».

R.T.I lamentava la pubblicazione illecita, sulla piattaforma del convenuto, di alcuni filmati del programma tv in questione, i cui diritti di utilizzazione e sfruttamento

---

<sup>203</sup> E. TOSI, *La responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider e dei motori di ricerca a margine dei recenti casi "Google suggest" per errata programmazione del software di ricerca e "Yahoo!Italia" per "ling" illecito in violazione dei diritti di proprietà intellettuale*, in *Rivista di Diritto Industriale*, fasc. I, 2012, pag.44.



economico si riteneva spettassero, in via esclusiva, alla parte attrice. *YouTube* concepiva in propria difesa la possibilità di fruire dell'esenzione di responsabilità prevista dagli artt. 16 e 17 del d.lgs. 70/2003.

Il Tribunale di Roma ritenne fondata la pretesa di R.T.I. in quanto il *provider*, nel caso specifico, non aveva dato seguito alle numerose diffide inoltrategli in merito all'illiceità dei contenuti diffusi tramite il servizio da questi fornito, lasciando così inadempito l'obbligo di vigilanza *ex post*, che grava sul prestatore a partire dal momento in cui egli sia venuto a conoscenza della violazione. È evidente, quindi, che il giudice romano considerò necessario assicurare un vaglio «*caso per caso*» dell'effettiva assenza di un obbligo di sorveglianza, sulla base delle circostanze del caso concreto di volta in volta presentatesi.

Col senno di poi, in realtà, non stupisce l'ambiguità di alcune regole, nate evidentemente «*dall'esigenza di bilanciare la tutela di interessi contrapposti: da un lato, salvaguardare l'indipendenza della rete Internet, la libertà di espressione e la riservatezza informatica; dall'altro non rinunciare in assoluto al controllo sui contenuti e sui soggetti che potrebbero essere danneggiati dagli illeciti*»<sup>204</sup>.

Il contesto e i presupposti sui quali nacque la Direttiva 2000/31/CE, infatti, mostrarono fin da subito la sua incompletezza e debolezza. Come si può intuire da quanto esposto nelle pagine che ci hanno preceduto, la disciplina elaborata agli albori del nuovo millennio presentava notevoli criticità e lacune, che diedero certamente del filo da torcere ai giudici in sede applicativa.

È sufficiente pensare all'epoca in cui tale disciplina venne alla luce, un'epoca in cui la realtà digitale non aveva ancora raggiunto i livelli di complessità e dinamicità registrati al giorno d'oggi e in cui le potenzialità della rete risultavano ancora parzialmente sconosciute al legislatore.

Un elemento in grado di evidenziare la carenza di un'adeguata visione d'insieme è la mancata previsione e disciplina di alcune realtà divenute ormai fondamentali nel mondo digitale. A differenza del legislatore nordamericano, infatti, quello

---

<sup>204</sup> Ancora E. TOSI, *La responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider e dei motori di ricerca a margine dei recenti casi "Google suggest" per errata programmazione del software di ricerca e "Yahoo!Italia" per "ling" illecito in violazione dei diritti di proprietà intellettuale*.

comunitario ha omissis qualsiasi riferimento ai motori di ricerca e all'attività di *linking*. Se ne occuperà soltanto molti anni dopo, all'interno della Direttiva 2019/790/UE, che costituirà l'oggetto di indagine del capitolo a seguire.

Quanto detto fin qui, allora, è utile per comprendere il regime di responsabilità previsto dalla legge per gli ISP, prima che il legislatore comunitario, con la Direttiva 2019/790/UE, stravolgesse le modalità di approccio alla tematica; ma la strada che ha condotto a una scelta legislativa a tal punto rivoluzionante fu lunga e tortuosa, tanto da impegnare, per lunghi anni, la giurisprudenza europea e i giudici nazionali in accesi dibattiti e scontri interpretativi.

Se, infatti, la *ratio* della Direttiva 2000/31/CE era quella di limitare la responsabilità degli ISP, in modo tale da evitare di appesantire la loro attività di oneri eccessivi, al punto di invitarli – neppure troppo velatamente – a mantenere un atteggiamento quanto più neutro e passivo possibile, così da poter beneficiare del regime di esonero ed evitare l'assunzione di responsabilità per gli illeciti compiuti da parte degli utenti; la nuova direttiva, al contrario, sollecita gli ISP ad assumere un atteggiamento attivo, in linea con le nuove esigenze dell'attuale contesto economico e tecnologico, oltre che dei titolari dei diritti connessi all'opera.

La convinzione che al prestatore intermediario non possa essere richiesto un monitoraggio *ex ante*, a causa dell'imponente mole di dati diffusi e immessi nella rete, ad esempio, è sintomatica di una concezione ormai superata delle effettive potenzialità delle nuove tecnologie, in particolar modo se si pensa ad alcune tipologie di *provider*, aggregatori di contenuti caricati dagli utenti, come *Facebook*, *YouTube*, *Instagram*, o *Tik Tok*.

Come giustamente evidenziato da una parte di dottrina<sup>205</sup>, grazie allo sviluppo dei sistemi di intelligenza artificiale, ci si potrebbe comodamente attendere che *social network* di tale portata siano in grado, ormai, di svolgere un controllo preventivo, a tappeto, sui contenuti pubblicati dai propri utenti, indicizzando e catalogando le informazioni immesse nelle piattaforme. Si potrebbe obiettare che un'effettiva comprensione dell'illiceità del dato catalogato potrebbe risultare ancora complessa

---

<sup>205</sup> In particolare, si fa riferimento a C. NOVELLI, *Il social giudiziario. La giurisprudenza italiana sulla responsabilità civile degli Internet Service Providers*, in *Rivista Italiana Informatica e Diritto*, *Periodico Internazionale del CNR-IGSG*, Fasc. I, 2019.

per l'attuale grado di sviluppo degli strumenti di *machine learning*, tuttavia, ciò non toglie che potrebbero essere «*certamente in grado di rilasciare degli alert da sottoporre alla supervisione umana*»<sup>206</sup>. La Direttiva e-commerce, invece, come osservato poc'anzi, prevede esclusivamente una forma di sorveglianza successiva del *provider*, che mal si adatterebbe alle innovative qualità dei principali attori della scena digitale.

Internet, d'altronde, è un mondo soggetto a costanti e rapidissime trasformazioni, a cui difficilmente le istituzioni riescono a far corrispondere altrettante evoluzioni normative. Come sosteneva il celebre filosofo e sociologo Zygmunt Bauman, infatti, l'uomo del ventunesimo secolo appartiene a due mondi: quello *offline* e quello *online* e tra questi è chiamato a dividere il proprio tempo, nonché a distinguere i codici comportamentali e le modalità di interazione<sup>207</sup>.

La capacità degli ordinamenti giuridici di adeguarsi alla liquida mutabilità del virtuale non può che apparire, quindi, fortemente compromessa.

Il legislatore, peraltro, sembrava esserne consapevole, tant'è che all'art. 21, rubricato «*Riesame*», ha previsto che ogni due anni la Commissione fosse tenuta a presentare al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale una relazione sull'applicazione della direttiva, corredata, laddove occorresse, «*di proposte per adeguarla all'evoluzione giuridica, tecnica ed economica dei servizi della società dell'informazione*». Una consapevolezza che, come si evince dall'art. 21, secondo comma, si estendeva anche alle problematiche legate all'assenza di una disciplina in materia di responsabilità dei fornitori di collegamenti ipertestuali e di servizi di motori di ricerca, nonché di procedure di «*notifica e rimozione*», tanto da richiamare espressamente la procedura di «*notice and take down*» prevista dal DMCA.

Se il legislatore comunitario, al momento della stesura del testo di legge, aveva già realizzato quali potessero essere le maggiori criticità connesse alla direttiva, queste

---

<sup>206</sup> Ancora C. NOVELLI, *Il social giudiziario. La giurisprudenza italiana sulla responsabilità civile degli Internet Service Providers*.

<sup>207</sup> Z. BAUMAN, T. LEONCINI, *Nati Liquidi. Trasformazioni nel terzo millennio*, Sperling & Kupfer, 2017

dovevano essere ancor più chiare ai giudici – nazionali e sovranazionali – coinvolti nelle controversie in cui se ne richiedesse l'applicazione.

## CAPITOLO IV

### La Direttiva UE 2019/790

#### 4.1 Il delicato e tortuoso percorso dalla Direttiva 2000/31/CE alla Direttiva UE 2019/790.

Come osservato in chiusura del precedente capitolo, alcune criticità connesse alle scelte normative operate dal legislatore europeo nella redazione della Direttiva *e-commerce*, unite alle rapide trasformazioni tipicamente riconducibili al mondo digitale, hanno determinato l'emergere di una sempre maggior insoddisfazione nei confronti delle soluzioni giuridiche spendibili nel contesto del diritto d'autore e della responsabilità degli intermediari dei servizi Internet; un'insoddisfazione che ha condotto, attraverso un progressivo e tortuoso percorso di dibattiti e discussioni, all'approvazione, da parte del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'Unione Europea, della Direttiva UE 2019/790, entrata in vigore il 6 giugno 2019.

Le resistenze manifestate – specialmente da parte di coloro che si preoccuparono della posizione in cui si sarebbero trovati i prestatori dei servizi *online* a valle delle modifiche che la proposta di Direttiva formulata dalla Commissione Europea nel 2016 suggeriva di introdurre – furono molte; ciò nonostante, il testo di legge fu approvato, andando a delineare nuovi panorami di tutela – e di obblighi – nei confronti dell'universo autoriale.

L'obiettivo era, evidentemente, quello di correggere le debolezze della previgente disciplina alla luce delle innovazioni tecnologiche e del conseguentemente mutato contesto digitale, tracciando un nuovo equilibrio tra gli interessi in esso coinvolti: quello degli autori a un'adeguata protezione delle prerogative connesse alla propria attività e quello dei *providers* – fino a questo momento apparentemente prioritario nell'intenzione del legislatore – alla libertà di prestare i propri servizi senza incorrere in forme eccessivamente rigorose di responsabilità.

Come abbiamo avuto modo di apprendere analizzando il contenuto della Direttiva 2000/31/CE, per i *providers* cd. passivi vigeva un regime di esonero di responsabilità «*a condizione che il prestatore di servizi non fosse effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e che, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non fosse al corrente di fatti o circostanze che rendono manifesta*

l'illegalità *dell'attività o dell'informazioni*»<sup>208</sup>), affiancata da una generale assenza, in capo agli stessi, di un obbligo di vigilanza *ex ante* sui contenuti pubblicati dagli utenti nell'utilizzo dei servizi messi loro a disposizione.

La Direttiva, però, dimenticava di considerare importanti realtà che finirono poi per divenire preponderanti nella realtà digitale. La mancata regolamentazione dell'attività di *linking* e dei motori di ricerca, tra i quali rientra anche un colosso mondiale come *Google*, rappresentò una lacuna fortemente avvertita in sede applicativa – e per rendersene conto è sufficiente restare anche soltanto entro i confini nazionali – tanto che la giurisprudenza, dando sfoggio di una propensione creativa certamente inusuale nell'ambito dei sistemi giuridici di *civil law*, elaborò una serie di nozioni, concetti e strumenti, attraverso i quali sopperire a tale mancanza.

In particolare, la giurisprudenza italiana, forte delle difficoltà incontrate nel tentativo di inquadrare alcune fattispecie concrete all'interno della tripartizione – *mere conduit, caching e hosting provider* – predisposta nel 2000 dal legislatore comunitario, individuò una peculiare figura di intermediario, quella del *provider* attivo, manifestando la tendenza a considerare il *provider*, nei casi più dubbi come « *sot-toposto ai regimi di responsabilità più gravosi, invece che a quelli più favorevoli*»<sup>209</sup>.

Peraltro, la possibilità di ravvisare nell'operatività dei prestatori di servizi Internet un *quid pluris* rispetto a quanto prefigurato fino a quel momento, fu ciò che condusse poi il legislatore europeo, nel 2019, a configurare l'esistenza di una nuova tipologia di *provider*: il prestatore di servizi di condivisione di contenuti *online*, di cui ci occuperemo nelle prossime pagine e che la nuova Direttiva definisce espressamente come quel prestatore 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 o altri materiali protetti*

---

<sup>208</sup>E. TOSI, *La responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider e dei motori di ricerca a margine dei recenti casi "Google suggest" per errata programmazione del software di ricerca e "Yahoo!Italia" per "ling" illecito in violazione dei diritti di proprietà intellettuale*, in *Rivista di Diritto Industriale*, fasc. I, 2012, pag.44.

<sup>209</sup>M. TESCARO, *Schemi legali e opposte tendenze giurisprudenziali in tema di responsabilità civile dell'Internet Provider*, in *Giur. Merito*, fasc. 12, 2013.

*caricati dai suoi utenti, che il servizio organizza e promuove a scopo di lucro», escludendo espressamente dalla categoria «i prestatori di servizi quali le enciclopedie online senza scopo di lucro, i repertori didattici o scientifici senza scopo di lucro, le piattaforme di sviluppo di e condivisione di software open source, i fornitori di servizi di comunicazione elettronica ai sensi della direttiva (UE) 2018/1972, i mercati online, i servizi cloud da impresa a impresa e i servizi cloud che consentono agli utenti di caricare contenuti per uso personale».*<sup>210</sup>

Tornando ora, però, al contesto nazionale, la riflessione dei giudici italiani prese le mosse proprio da quelle realtà rimaste escluse dalla Direttiva sul commercio elettronico: i motori di ricerca e i cd. aggregatori di contenuti caricati da terzi. Se, infatti, potevano astrattamente ricondursi all'interno della macrocategoria degli *hosting providers*, è pur vero che, nel concreto, occorre verificare se la loro attività fosse effettivamente di natura passiva, circoscritta a mere operazioni automatiche, ovvero se, come divenne peraltro sempre più probabile, si concretizzasse in qualcosa in più di un semplice *hosting* di contenuti di cui sia stato fatto l'*upload* da parte di terzi e *users*. Cominciò ad osservarsi, infatti, come alcune piattaforme, quali, *in primis*, Facebook e YouTube, svolgessero attività tutt'altro che passive, finalizzate all'indicizzazione, all'organizzazione e al filtraggio dei contenuti digitali presenti sul *server*, nonché attività pubblicitarie a scopo di lucro<sup>211</sup>. È evidente, dunque, che in presenza di una simile modalità di operare, non può certo affermarsi la presenza di un *provider* che si limiti a ospitare passivamente i dati e le informazioni caricate da altri.

Emblematico, sul tema, è il caso che vede controparti reciproche, ancora una volta, R.T.I s.p.a e Yahoo Italia! s.r.l. La controversia originava dalla presenza, nella sezione video del portale Yahoo! Italia, di frammenti video – gratuitamente reperibili, anche se associati a messaggi pubblicitari e link di sponsorizzazione – di varie

---

<sup>210</sup> Direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale, art. 2.

<sup>211</sup> E. TOSI, *La responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider e dei motori di ricerca a margine dei recenti casi “Google suggest” per errata programmazione del software di ricerca e “Yahoo!Italia” per “ling” illecito in violazione dei diritti di proprietà intellettuale*, in *Rivista di Diritto Industriale*, fasc. I, 2012, pag.44.

trasmissioni tv, i cui diritti di sfruttamento economico spettavano esclusivamente a RTI, la quale decise così di diffidare *Yahoo! Italia s.r.l.* a rimuovere i filmati e, successivamente, di convenire la medesima dinanzi al Tribunale di Milano. Il giudice riconobbe fondata la pretesa attorea e accolse le domande presentate nei confronti della piattaforma *Yahoo!*<sup>212</sup>. Motivò la propria decisione, dopo aver richiamato la disciplina relativa agli *hosting provider* contenuta all'art. 16 del d. lgs. 70/2003, sottolineando come «*l'evoluzione della rete informatica mondiale sembra aver superato nei fatti tale figura di prestatore del servizio, che all'epoca in cui detta direttiva veniva elaborata delineava tale soggetto come del tutto estraneo rispetto alle informazioni memorizzate sia a livello di gestione dei contenuti che di regolamentazione contrattuale con i destinatari del servizio. In effetti la situazione attuale rende evidente che le modalità di prestazione di tale servizio — ormai del tutto comuni ai soggetti che svolgono attività analoghe — si sono distaccate dalla figura individuata nella normativa comunitaria, mentre i servizi offerti si estendono ben al di là della predisposizione del solo processo tecnico che consente di attivare e fornire “accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione”, finendo nell'individuare (se non un vero e proprio content provider, soggetto cioè che immette contenuti propri o di terzi nella rete e che dunque risponde di essi secondo le regole comuni di responsabilità) una diversa figura di prestatore di servizi non completamente passiva e neutra rispetto all'organizzazione della gestione dei contenuti immessi dagli utenti (c.d. hosting attivo), organizzazione da cui trae anche sostegno finanziario in ragione dello sfruttamento pubblicitario connesso alla presentazione (organizzata) di tali contenuti*». Il Tribunale proseguì, quindi, come segue: «*se, dunque, a parere del Collegio tale particolare figura di prestatore di servizi si pone ben al di là della mera fornitura all'utente di uno spazio di memorizzazione di contenuti e di un software di comunicazione che ne consenta la visualizzazione a terzi, deve altresì concludersi per l'inapplicabilità alla convenuta della disciplina prevista dall'art. 16 d.lgs. 70/03 che la stessa direttiva 2000/31/CE configurava tra le “deroghe” e*

---

<sup>212</sup> Con sentenza Trib. Milano 9 settembre 2011, in *Giur. it.*, 2012, 835 ss.



“limitazioni” alle ordinarie forme di responsabilità [...] in favore di una valutazione della condotta di Yahoo! Italia s.r.l. secondo le comuni regole di responsabilità civile».

Questa pronuncia del giudice milanese, così come molte a seguire, aprirono la strada a un profondo ripensamento del ruolo svolto dagli *hosting provider* in rete, giungendo a configurare una nuova tipologia di provider, quella degli «*hosting attivi*», nonostante l’espressione costituisca forse un ossimoro da evitare poiché «non solo inutile ma anche possibile fonte di confusione, considerato come l'*hosting provider* dovrebbe essere, per definizione, “passivo” (e proprio per questo sottoposto a uno speciale regime di favore), mentre, se vi è esercizio di autorità o controllo (ai sensi dell’art. 16 comma 2 d.lg. n. 70 del 2003), e conseguente un ruolo “attivo”, dovrebbe venire in rilievo la diversa nozione di *content provider*»<sup>213</sup>.

Ad ogni modo, sebbene tale propensione della giurisprudenza italiana a discostarsi dagli schemi normativi disegnati a livello comunitario possa destare qualche preoccupazione, specialmente in considerazione della tradizionale tendenza degli ordinamenti di *civil law* a non lasciare aperto alcun margine creativo alla funzione giurisdizionale, è certamente sintomatica dell’insufficienza dei mezzi normativi, disponibili all’epoca, per fronteggiare le problematiche poste dalle nuove frontiere tecnologiche.

Era evidente, infatti, e non solo in Italia, come la figura di un provider passivo, responsabile di una mera attività tecnica e automatica, non fosse più credibile alla luce delle novità che andavano via via susseguendosi nel mondo digitale, prima fra tutte la realizzazione di quello che, con l’avvento dei *social network*, assunse definitivamente la denominazione di *web 2.0*.

Un’evidenza, questa, che è possibile riscontrare anche in un’importante e celebre pronuncia del giudice europeo<sup>214</sup> relativa ad una fattispecie che vedeva contrapposto *Google France* a *Louis Vuitton Malletier*, *Viaticum Luteciel* e al *Centre national*

---

<sup>213</sup> M. TESCARO, *Schemi legali e opposte tendenze giurisprudenziali in tema di responsabilità civile dell’Internet Provider*, in *Giur. Merito*, fasc. 12, 2013.

<sup>214</sup> Corte di Giustizia UE, Cause riunite da C-236/08 a C-238/08, sentenza del 23.03.2010, *Google France Inc. v. Louis Vuitton Mallettier*, *Google France v. Viaticum Luteciel* e *Google France v. CNRRH*.

*de recherche en relations humaines (CNRRH)*. Senza addentrarsi nel merito della controversia, è sufficiente riportare come la Corte di Giustizia, a fronte delle questioni pregiudiziali sottoposte alla sua attenzione, sottolinei la necessità di valutare, caso per caso, affinché possa considerarsi applicabile la disciplina di esenzione da responsabilità prevista dalla Direttiva *e-commerce*, se l'attività posta in essere dal *provider* sia meramente tecnica, mantenendo questi una posizione sostanzialmente neutrale rispetto ai contenuti digitali immessi in rete dagli utenti, ovvero se debba ravvisarsi un ruolo attivo nel suo operato. Il semplice fatto che una piattaforma potesse astrattamente qualificarsi come rientrante nella categoria degli *hosting provider* passivi, non venne più considerato sufficiente per l'applicazione, *sic et simpliciter*, del regime di favore previsto dalla norma, rendendo viceversa necessaria una valutazione calata nel caso di specie.

Impostazione confermata anche nella sentenza relativa al caso *L'Oréal v. eBay International AG*, l'una nota azienda di cosmesi, l'altra celebre piattaforma di vendita *online* di beni, che fornisce spesso consigli utili per agevolare le compravendite tra privati. In questa circostanza la GCUE ha avuto modo di specificare<sup>215</sup> che «*la mera circostanza che il gestore di un mercato online memorizzi sul proprio server le offerte in vendita, stabilisca le modalità del suo servizio, sia ricompensato per quest'ultimo e fornisca informazioni d'ordine generale ai propri clienti non può avere l'effetto di privarlo delle deroghe in materia di responsabilità previste dalla direttiva 2000/31*», tuttavia, nell'ipotesi in cui tale gestore si appresti a fornire un servizio teso anche a promuovere commercialmente la diffusione di tali offerte, attraverso la predisposizione di misure appositamente funzionali a tale scopo, non sarebbe più possibile riconoscergli un ruolo neutro e imparziale tra l'utente venditore e i possibili acquirenti, diventando inevitabile, dunque, la preclusione dell'accesso alle deroghe di responsabilità previste dall'art. 14 della Direttiva 2000/31/CE. Le categorie e la disciplina vigente, dunque, cominciarono a risultare scarsamente efficaci sul piano della risoluzione concreta delle controversie, spingendo i giudizi nazionali e sovranazionali a imponenti sforzi esegetici.

---

<sup>215</sup> Corte di Giustizia UE, Sentenza C-324/09 del 12.07.2011, *L'Oréal v. eBay International AG*.

Il processo di ripensamento e rielaborazione della materia era ormai avviato e portò la Commissione Europea a presentare, nel 2016, una Proposta di Direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale, il cui scopo dichiarato era quello di rinnovare la disciplina UE sul tema, a fronte dei profondi mutamenti occorsi nella realtà digitale, dove le modalità di produzione, distribuzione e utilizzo delle opere protette dal diritto d'autore risultavano ormai radicalmente trasformate.

Questa proposta, d'altronde, si inseriva in un contesto di riforma globale molto più ampio, volto a modernizzare le strategie applicate dalle istituzioni europee nell'ambito del Mercato Unico dell'Unione Europea, istituito ufficialmente nel 1993, in forza dell'Atto Unico Europeo (AUE), firmato a sua volta nel febbraio del 1986. Con la realizzazione del mercato unico venne creato uno spazio privo di frontiere interne, in cui sussistessero quattro libertà fondamentali, attinenti alla libera circolazione di merci, servizi, capitali e persone<sup>216</sup>.

Se, tuttavia, quanto previsto con l'AUE nel 1986 consentiva di regolare compiutamente le relazioni intercorrenti tra i diversi Stati membri fino alle soglie del nuovo millennio, fu evidente, in proseguo di tempo, l'emergere di un altro contesto economicamente e socialmente rilevante, quello *digitale*, che andò a impattare su moltissimi settori, come ad esempio quello delle telecomunicazioni, della tutela del dato personale, delle compravendite e, in generale, delle operazioni commerciali *online*. Un contesto che, da ultimo, coinvolse anche la materia in esame: il diritto d'autore e la disciplina del copyright nello spazio europeo.

Nel 2015, quindi, accanto ai tradizionali principi e strumenti previsti per garantire il libero scambio di beni e servizi, nonché la libera circolazione delle persone all'interno dell'Unione Europea, la Commissione, a seguito dell'avvio, tra dicembre 2013 e marzo 2014, di una consultazione pubblica sulla revisione delle norme europee in materia di diritto d'autore – che generò peraltro più di 9.500 risposte – individuò una nuova strategia tesa a realizzare il cd. «*mercato unico digitale*»<sup>217</sup>,

---

<sup>216</sup> Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE); art. 26, ex art. 14 del TCE.

<sup>217</sup> Così definito nella Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, “*Strategia per il mercato unico digitale in Europa*” del 6 maggio 2015, COM(2015): «*un mercato in cui è garantita la libera*

predisponendo una serie di interventi orientati a regolamentare le nuove possibilità economiche connesse allo sviluppo di Internet e della rete e promuovendo, al contempo, misure di protezione nei confronti dei consumatori e degli utenti dei nuovi servizi digitali.

Come giustamente sottolineato dalla Commissione stessa, infatti, *«l'economia globale diventa digitale: le tecnologie dell'informazione e della comunicazione non costituiscono più un settore a sé stante, bensì il fondamento medesimo di tutti i sistemi economici innovativi moderni. [...] Internet e le tecnologie digitali ci trasformano la vita, ci trasformano il modo di lavorare, nella sfera tanto personale quanto professionale e collettiva»*<sup>218</sup>; occuparsene diventò, dunque, un imperativo inevitabile.

Nell'ambito di tale nuova strategia si specificava inoltre, tra i diversi obiettivi individuati dalle istituzioni europee, anche quello di *«assorbire le differenze fra i diversi regimi nazionali del diritto d'autore e aprire maggiormente agli utenti l'accesso online alle opere in tutta l'UE»*<sup>219</sup>.

E così, tra le diverse aree di intervento programmate dalla Commissione – tra le quali la promozione del commercio elettronico, il rafforzamento dei presidi sulla *cyber security*, il consolidamento dei meccanismi di libero scambio delle informazioni e l'adattamento della disciplina in materia di *data protection* – venne richiamata anche la necessità di modernizzazione della normativa europea sul diritto d'autore, in modo tale da consentire, da un lato, la libera circolazione e diffusione dei contenuti creativi nel contesto europeo e, dall'altro, una tutela adeguata e in grado di bilanciare correttamente le prerogative e i diritti degli autori con gli altri

---

*circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali e in cui, quale che sia la loro cittadinanza o nazionalità o il luogo di residenza, persone e imprese non incontrano ostacoli all'accesso e all'esercizio delle attività online in condizioni di concorrenza leale e potendo contare su un livello elevato di protezione dei consumatori e dei dati personali».*

<sup>218</sup> Ancora Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *“Strategia per il mercato unico digitale in Europa”* del 6 maggio 2015, COM(2015).

<sup>219</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *“Strategia per il mercato unico digitale in Europa”* del 6 maggio 2015, COM(2015).

interessi indirettamente coinvolti nella fruizione delle opere d'autore (come quello allo sviluppo culturale, scientifico e artistico a vantaggio dell'intera collettività), andando ad armonizzare la legislazione dei singoli Stati membri e a superare quelle disomogeneità normative capaci di intralciare il corretto funzionamento del mercato unico.

Pilastri fondamentali su cui poggiò l'iniziativa della Commissione, infatti, furono la garanzia di un più agevole accesso ai prodotti e ai servizi *online*, sia ai consumatori che alle imprese; la creazione di condizioni normative e regolamentari favorevoli allo sviluppo delle reti e dei servizi digitali; e, infine, la promozione e massimizzazione della crescita e dello sviluppo in sicurezza dell'economia digitale europea.

È in questo contesto che possiamo collocare la proposta di direttiva formulata dalla Commissione nel 2016, il cui obiettivo principale era evidentemente quello di garantire agli autori e, in generale, ai titolari dei diritti sulle opere presenti in rete, il controllo e il diritto di ottenere un'opportuna remunerazione per la riproduzione e diffusione delle stesse, specialmente alla luce dell'utilizzo sempre più esteso di tecniche di aggregazione e condivisione dei contenuti potenzialmente lesive del diritto d'autore ma, allo stesso tempo, difficilmente arginabili.

Il pensiero va a quelle circostanze in cui l'utente carica in rete un breve frammento di un contenuto protetto, al fine di farne oggetto di critica o parodia, anche sotto forma degli ormai utilitatissimi *meme* o *GIF*, talvolta modificandone e trasformandone il contenuto stesso, circostanze per le quali è attualmente previsto un regime di favore, costituendo tra l'altro oggetto di eccezione; ma è possibile richiamare anche un fenomeno ormai ampiamente comune nel mondo digitale e fortemente pregiudizievole per il settore dell'editoria *online*: quello dei cd. *snippet*, ovvero le brevi descrizioni che sovente accompagnano il contenuto o il link condiviso, spesso con annessa immagine di anteprima.

È chiaro, quindi, che in un contesto simile gli autori faticano a trovare tutela per le proprie opere, condivise, modificate e utilizzate indebitamente dagli utenti, senza che l'autore sia messo nelle condizioni di percepirne l'equo compenso; così come gli editori e i direttori delle testate giornalistiche online stentano a porre sotto controllo la diffusione dei propri articoli, delle proprie informazioni e dei propri

contenuti, di cui spesso vengono ripresi degli estratti senza alcuna licenza che ne legittimi la condivisione.

Fu evidente, allora, la necessità di intervenire «*sia rispetto all'equa remunerazione dei titolari dei diritti ed autori, prevedendo misure volte a migliorare la loro posizione a partire dall'atto di negoziazione fino ad arrivare alla remunerazione, sia relativamente alla concessione di licenze online per la pubblicazione dei giornali e al relativo compenso spettante agli editori*»<sup>220</sup>, senza dimenticare l'esigenza di incentivare lo sviluppo culturale e scientifico a vantaggio della collettività, nonché di proteggere il diritto alla libera informazione di ciascun cittadino.

In tutto questo, gli ISP svolgono un ruolo certamente fondamentale<sup>221</sup>, che, laddove non opportunamente regolamentato, potrebbe ostacolare il corretto funzionamento del mercato in cui siano coinvolte le opere d'autore. Ciò detto, lo scopo della nuova direttiva è ben distante rispetto a quello che guidò il legislatore europeo agli inizi del millennio, essendo orientato non alla predisposizione di una disciplina di favore per i *providers*, ma, al contrario, a una loro maggior responsabilizzazione, nella consapevolezza che le modalità del loro operare può alterare significativamente l'allocazione del valore generato dalla condivisione *online* dei contenuti protetti, rendendo più difficile l'individuazione degli eventuali compensi perduti dall'autore a causa della riproduzione illecita della propria opera da parte degli utenti delle grandi piattaforme *web*.

Ad essere profondamente mutati, infatti, non erano soltanto i servizi offerti dai diversi *providers* presenti in rete – sempre più attivi e partecipativi – ma anche il comportamento stesso degli utenti e dei consumatori. A fronte delle comodità e della celerità implicite nella smaterializzazione dell'opera, in effetti, il mercato artistico e culturale si è inesorabilmente spostato sul piano digitale, conducendo a scelte di consumo orientate alla fruizione *online* dell'opera, anziché avvalendosi del

---

<sup>220</sup> G. ZAMMATARO, *Il futuro del Copyright nel mercato unico digitale: l'arduo contemperamento di interessi nella Direttiva 2019/790*, in *Giustizia civile.com*, n. 8/2019, Giuffrè.

<sup>221</sup> Sarà lo stesso legislatore europeo, nella versione definitiva della Direttiva UE 2019/790, a riconoscere la rilevanza dei prestatori di servizi online, sostenendo, al considerando 61, che «*i servizi online permettono un accesso più ampio alle opere culturali e creative e offrono al settore culturale e creativo grandi opportunità di sviluppare nuovi modelli di business*».

corrispondente supporto materiale. Scelte, queste, che finiscono per agevolare la realizzazione di violazioni del diritto d'autore *online*, stante la facilità con cui l'opera digitale può circolare – anche illecitamente – sul *web*. Basti pensare al drastico calo di vendite di cd e dvd, accompagnato, per contro, dall'imponente crescita delle piattaforme di *streaming*, grazie alle quali ascoltare la propria musica preferita o guardare film e serie tv, persino in anteprima, tramite il pagamento di un semplice abbonamento mensile. Tuttavia, spesso e volentieri, accanto ai tradizionali e legittimi servizi di *streaming* presenti in rete, è facile incorrere anche in siti Internet e applicazioni che consentono una fruizione del tutto illegittima dell'opera, ai quali molti utenti scelgono purtroppo di ricorrere, data la gratuità e relativa semplicità di accesso del servizio offerto.

Lo stesso può dirsi per il settore editoriale: sempre più diffusi sono gli *e-book*, disponibili in rete a un prezzo ovviamente ridotto rispetto a quello del libro cartaceo. È possibile imbattersi, però, anche in pagine *Facebook* o gruppi *Telegram* che consentono il *download* gratuito e illecito dell'opera, di cui il singolo potrà beneficiare senza aver sostenuto alcun costo, privando l'autore, di conseguenza, del guadagno che gli spetterebbe.

Si tratta di problematiche articolate e complesse, sempre più frequenti e comuni, capaci di distorcere l'andamento del mercato, indebolire la sostenibilità di importanti settori commerciali, tra i quali quello editoriale, musicale o cinematografico, e disincentivare l'attività e la creatività artistica. E, d'altronde, credere che piattaforme strutturate – come, ad esempio, *Facebook* – non siano in grado di arginare anche soltanto parzialmente il fenomeno non sembra più credibile, soprattutto alla luce delle innovazioni tecnologiche di cui simili servizi possono certamente avvalersi per monitorare l'attività dei propri utenti, tant'è che il legislatore europeo, conscio della rilevanza, anche economica, che simili problemi andavano via via assumendo, scelse di dedicare un'intera disposizione della nuova Direttiva UE 2019/790 alla disciplina dell'attività dei prestatori dei servizi Internet: l'art. 17, di cui ora ci occuperemo.

## 4.2 La Proposta di Direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale: l'art.13

L'art. 13, rubricato «*Utilizzo di contenuti protetti da parte di prestatori di servizi della società dell'informazione che memorizzano e danno accesso a grandi quantità di opere e altro materiale caricati dagli utenti*», introdotto al Capo II della Proposta formulata dalla Commissione Europea nel 2016<sup>222</sup>, rappresentava la versione originaria di quello che poi sarebbe diventato l'attuale art. 17. A supporto della comprensione e dell'interpretazione della disposizione, è utile rifarsi a tre considerando fondamentali, presenti nel preambolo della proposta: i considerando 37, 38 e 39, da cui è possibile partire per seguire il percorso logico-argomentativo che ha spinto il legislatore a formulare in certi termini la disposizione in esame.

Al considerando 37 vennero riportate alcune considerazioni sul funzionamento del mercato dei contenuti digitali alla luce dei progressi tecnologici e informatici, sottolineando in particolar modo come «*i servizi online che danno accesso a contenuti protetti dal diritto d'autore caricati dagli utenti senza il coinvolgimento dei titolari dei diritti si sono moltiplicati e sono diventati le principali fonti per l'accesso ai contenuti online*». Questo, si legge, «*incide sulla possibilità dei titolari dei diritti di stabilire se, e a quali condizioni, una loro opera e altro materiale siano utilizzati, nonché sulla loro possibilità di ottenere un'adeguata remunerazione per detto utilizzo*».

Il considerando 38 prosegue poi la riflessione specificando che qualora i prestatori dei servizi *online* svolgano operazioni che vanno oltre alla «*mera fornitura di attrezzature fisiche*», fornendo accesso al pubblico a opere o altro materiale protetto dal diritto d'autore e caricato dagli utenti, siano necessariamente obbligati a concludere accordi di licenza con i titolari dei diritti, salvo che la loro attività possa essere inquadrata nella fattispecie delineata dall'art. 14 della Direttiva 2000/31/CE. In particolare, per verificare tale appartenenza alla categoria degli *hosting provider* passivi, occorre verificare se il fornitore svolga un ruolo attivo, «*ottimizzando la presentazione delle opere caricate o promuovendone la diffusione e riproduzione, indipendentemente dalla natura del mezzo utilizzato a tal fine*», confermando in

---

<sup>222</sup> Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sul diritto d'autore nel mercato unico digitale; Bruxelles, 14.9.2016 COM(2016); 593 final; 2016/0280 (COD)



questo modo l'orientamento giurisprudenziale che, come abbiamo visto, andò via via consolidandosi negli anni.

Peraltro, tanto con riferimento ai *«prestatori di servizi della società dell'informazione che memorizzano e danno pubblico accesso ad un grande numero di opere o altro materiale protetti dal diritto d'autore caricati dagli utenti»*, quanto ai provider che svolgano una mera attività di *hosting*, disciplinata, per l'appunto, all'art. 14 della Direttiva *e-commerce*, *«dovrebbero adottare misure appropriate e proporzionate per garantire la protezione di tali opere o altro materiale, ad esempio tramite l'uso di tecnologie efficaci»*, senza però fornire alcuna indicazione utile sull'effettiva individuazioni di tali, appropriate, misure, né indicando a quali tecnologie ricorrere in tal senso.

E, d'altronde, il riferimento all'utilizzo di tecnologie idonee a tutelare i titolari dei diritti è presente anche al considerando 39, il quale si occupa dei flussi informativi e comunicativi che è auspicabile sussistano tra i prestatori dei servizi e i titolari stessi dei diritti sulle opere diffuse per il loro tramite. In particolare si legge come *«i titolari dei diritti dovrebbero fornire ai prestatori di servizi i dati necessari per l'individuazione dei loro contenuti, mentre i prestatori di servizi dovrebbero essere trasparenti per quanto concerne le tecnologie utilizzate nei confronti dei titolari dei diritti, così che questi possano verificarne l'adeguatezza»*, mentre i fornitori *«dovrebbero fornire ai titolari dei diritti informazioni sul tipo di tecnologia utilizzata, sul modo in cui essa è stata applicata e sulla sua percentuale di successo ai fini del riconoscimento dei contenuti dei titolari dei diritti»*.

Si ritenne opportuno, dunque, prevedere degli obblighi di trasparenza in capo alle parti coinvolte, sì da garantire un costante monitoraggio circa l'effettiva efficacia ed efficienza degli strumenti adoperati per garantire una corretta applicazione del diritto d'autore.

Alla luce di quanto detto, possiamo ora guardare all'art. 13. Al comma 1, la disposizione replica sostanzialmente quanto detto finora, occupandosi dei cd. *«prestatori di servizi della società dell'informazione che memorizzano e danno pubblico accesso a grandi quantità di opere o altro materiale caricati dagli utenti»*, tenuti ad adottare, in collaborazione con i titolari dei diritti, misure volte a garantire il funzionamento degli accordi conclusi per l'utilizzo delle opere, ovvero per impedire,

al contrario, che opere protette, individuate dagli autori stessi, vengano messe a disposizione nei *server* dei *providers*. Venne così sottolineato sia la necessità di instaurare una reciproca collaborazione tra fornitori e titolari dei diritti, sia l'esigenza di poter ricorrere a misure e strumenti in linea con principi di adeguatezza e proporzionalità<sup>223</sup>. Le misure che si prevede debbano essere adottate dai prestatori, infatti, ai sensi del comma 3, dovrebbero essere adeguate e proporzionate «*per il riconoscimento dei contenuti, tenendo conto tra l'altro della natura dei servizi, della disponibilità delle tecnologie e della loro efficacia alla luce degli sviluppi tecnologici*».

Gli obiettivi originariamente perseguiti sono senz'altro evidenti; di più dubbia definizione è, invece, la possibilità di riscontrare, in una disciplina siffatta, una regolamentazione compatibile con la normativa previgente e, in particolar modo, con gli artt. 14 e 15 della Direttiva 2000/31/CE, tant'è che, in fase di pubblica consultazione – prima – e di approvazione – poi –, il testo della nuova direttiva fu bersaglio di numerose critiche e contestazioni, rendendo necessaria una riscrittura considerevolmente estesa della norma. Non era chiaro, infatti, a cosa ci si riferisse nel parlare di quantità considerevoli di opere e altro materiale protetto caricato dagli utenti, che i prestatori memorizzassero e a cui consentissero l'accesso al pubblico.

Non risultava di facile individuazione nemmeno il rapporto che avrebbe dovuto sussistere tra la figura di fornitori delineata dal nuovo art. 13 e quella disciplinata all'art. 14 della Direttiva sul commercio elettronico, ovvero in cosa consistesse, nel concreto, il ruolo attivo del prestatore dei servizi descritto al considerando 38. Certamente il richiamo ad un ruolo potenzialmente attivo del *provider* traeva ispirazione dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e dei giudici nazionali, i quali, come abbiamo avuto modo di riscontrare, affermavano la necessità di verificare caso per caso che l'attività svolta dal prestatore potesse dirsi effettivamente «*neutra*» rispetto a quanto caricato dagli utenti, appellandosi di fatto a quanto espresso dal legislatore europeo al considerando 42 della Direttiva 2000/31/CE, in cui si parla di attività di natura meramente tecnica, automatica e passiva. Tuttavia, mentre la perdita di neutralità a cui si riferisce la Corte nel dirimere controversie quali, ad

---

<sup>223</sup> L'art. 13, infatti, specifica che «*tali misure, quali l'uso di tecnologie efficaci per il riconoscimento dei contenuti, sono adeguate e proporzionate*».

esempio, la nota *L'Oréal v. eBay International AG*, fa espresso riferimento all'adozione di misure e strumenti specificatamente predisposti per promuovere la diffusione delle offerte inserite nella piattaforma dall'utente venditore, escludendo, al contrario, le circostanze in cui l'assistenza all'utente, pur sussistente, risulti di fatto automatica; al considerando 38 della Proposta, invece, si afferma l'irrelevanza della natura dei mezzi utilizzati al fine di ottimizzare la presentazione delle opere, provocando così una certa ambiguità sulla reale portata delle disposizioni in esame.

Ancora, a destare non poche perplessità c'era anche la previsione dell'obbligo, per i prestatori di servizi, di adottare misure e tecnologie utili al «*riconoscimento dei contenuti, tenendo conto tra l'altro della natura dei servizi, della disponibilità delle tecnologie e della loro efficacia alla luce degli sviluppi tecnologici*»; misure che, evidentemente, presuppongono un'attività di controllo sui contenuti e sulle informazioni caricate *online* dagli utenti che tanto ricorda quell'obbligo di sorveglianza espressamente e ostinatamente negato dall'art. 15 della Direttiva *e-commerce*. È pur vero che il considerando 47 della Direttiva summenzionata fa salva la possibilità di imporre obblighi di sorveglianza «*in casi specifici*», tuttavia la menzione immediatamente successiva alle «*ordinanze emesse dalle autorità nazionali*» sembra circoscrivere tale possibilità alle sole ipotesi di intervento da parte dell'autorità giudiziaria o amministrativa competente.

E, d'altro canto, l'adozione di tecnologie particolarmente dispendiose da un punto di vista economico rischiava di pregiudicare la posizione di quelle imprese di piccole o medie dimensioni che non avrebbero potuto sostenerne i costi al pari di quanto risultasse, invece, nelle possibilità dei grandi colossi di Internet, quali *Facebook, Google o YouTube*<sup>224</sup>.

---

<sup>224</sup> A supporto di quanto sostenuto, è possibile accedere al documento di «*Commission Staff Working Document: Impact Assessment of the modernisation of EU copyright rules*»; Bruxelles, 14 settembre 2016, SWD(2016) 301 final; in cui gli esempi di tecnologie d'identificazione dei contenuti citate riguardano complessivamente ed esclusivamente grandi piattaforme web, tra cui *YouTube, Soundcloud, Vimeo, Dailymotion*, a testimonianza di quanto sia opportuno ben ponderare la previsione di obblighi siffatti, onde evitare che un'eccessiva implementazione di simili tecnologie possa finire per alterare il regolare andamento del mercato.

Non sembra difficile, a questo punto, comprendere le ragioni e i motivi alla base delle numerose resistenze opposte dagli Stati membri, tra i quali, *in primis*, la Polonia – che peraltro a tal proposito presentò ricorso<sup>225</sup> alla CGUE nel maggio del 2019 – e da diverse associazioni di categoria e organizzazioni, tra le quali l’European Digital Rights e Creative Commons.

Ciò nonostante, il 26 marzo 2019, a seguito di una prima votazione sfavorevole nel luglio del 2018, la direttiva fu definitivamente approvata dal Parlamento europeo e successivamente, il 16 aprile 2019, dal Consiglio UE.

La direttiva verrà in seguito recepita e attuata, a livello nazionale, con il d. lgs. n. 177 dell’8 novembre 2021<sup>226</sup>.

Occorre osservare, ora, quali furono le modifiche apportate al testo di legge e quale risultò esserne, infine, la versione definitiva.

#### **4.3 La Direttiva UE 2019/790 e l’art. 17**

Nonostante il travagliato percorso attraverso il quale la direttiva venne approvata, tra gli obiettivi esplicitati al considerando 3 non rientra quello di voler scardinare l’intero sistema precedentemente vigente e i suoi presupposti normativi ma, piuttosto, vi è quello di aggiornare «alcuni aspetti del quadro giuridico dell’Unione relativo al diritto d’autore per tener conto degli sviluppi tecnologici e dei nuovi canali di distribuzione dei contenuti protetti», limitandosi però «a quanto necessario per conseguire tale obiettivo in ottemperanza al principio di proporzionalità»<sup>227</sup>. E, difatti, al considerando 3, viene specificato che «gli obiettivi e i principi stabiliti dal quadro giuridico dell’Unione sul diritto d’autore rimangono validi».

È evidente, quindi, che il legislatore europeo non si pone in aperta antitesi rispetto a quanto espresso in precedenza, ma mira piuttosto ad adeguare gli aspetti più problematici della disciplina previgente alle innovazioni tecnologiche e agli

---

<sup>225</sup> Ricorso proposto il 24 maggio 2019 - Repubblica di Polonia v. Parlamento europeo e Consiglio dell’Unione europea, (Causa C-401/19)

<sup>226</sup> Attuazione della Direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sul diritto d’autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE. (21G00192); (GU n.283 del 27-11-2021); Vigente al 12/12/2021.

<sup>227</sup> Considerando 83, Direttiva UE 2019/790

orientamenti ormai consolidatisi nelle giurisprudenze degli Stati membri e della stessa Corte di Giustizia.

Per farlo persegue una serie di obiettivi specificatamente elencati al considerando 3, preziosa disposizione attraverso la quale ricostruire le intenzioni del legislatore. Anzitutto la direttiva introduce norme tese ad adeguare talune eccezioni e limitazioni al diritto d'autore e diritti connessi all'ambiente digitale e al contesto transfrontaliero, facilitando peraltro la concessione delle licenze per la divulgazione delle opere, anche sulle piattaforme online, al fine di garantire un accesso più ampio, ma più sicuro, ai contenuti digitali. Sono previste poi delle norme dedicate ai diritti sulle pubblicazioni, alla trasparenza dei contratti per autori e artisti, alla remunerazione degli autori e alla possibilità di revoca dei diritti che gli autori avessero trasferito a terzi in esclusiva.

Da ultimo, ma non certo per importanza, il considerando 3 menziona l'opportunità di introdurre delle disposizioni volte a regolare l'uso delle opere e degli altri materiali caricati dagli utenti da parte dei prestatori di servizi online che li memorizzano e vi danno accesso.

E proprio a quest'ultimo aspetto è dedicato l'articolo di cui intendiamo occuparci d'ora in avanti: l'art. 17, introdotto sulla spinta delle trasformazioni avvenute nel mondo digitale, in cui certamente i prestatori di servizi online assumono un ruolo cardine nella diffusione di opere creative, offrendo importanti occasioni di sviluppo della cultura e delle arti, oltre che di nuovi modelli di business.

Tuttavia, *«pur consentendo la varietà e l'accessibilità dei contenuti, essi creano anche problemi quando vengono caricati contenuti protetti dal diritto d'autore senza il previo consenso dei titolari dei diritti»*. Non a caso, *«sussiste incertezza giuridica circa il fatto che i fornitori di tali servizi effettuino atti rilevanti per il diritto d'autore e debbano ottenere l'autorizzazione dei titolari dei diritti per il contenuto caricato dai loro utenti che non detengono i pertinenti diritti»*<sup>228</sup>.

Un'incertezza che evidentemente pesa sulla possibilità dei titolari dei diritti di stabilire se, e in che modo, le proprie opere possano venire utilizzate, nonché sulla

---

<sup>228</sup> Considerando 61, Direttiva UE 2019/790

effettiva possibilità di trarre un'adeguata remunerazione per la loro diffusione e riproduzione.

Per questo motivo «è importante promuovere lo sviluppo del mercato della concessione delle licenze tra i titolari di diritti e i prestatori di servizi»<sup>229</sup>, pur tenendo fermi i tradizionali principi sulla libertà contrattuale delle parti, cosicché i titolari dei diritti non possano in alcun modo essere obbligati a rilasciare autorizzazioni o concedere licenze.

L'art. 17 rappresenta una disposizione particolarmente complessa e articolata, densa di nozioni, informazioni e indicazioni operative distribuite in ben dieci paragrafi, per la quale fu necessaria, peraltro, la compilazione di alcune linee guida che ne agevolassero la comprensione e l'interpretazione, conformemente a quanto stabilito al paragrafo 10 dell'art. 17 stesso, in cui si prevede l'obbligo per la Commissione di emettere orientamenti sull'applicazione della disposizione. Tali orientamenti sono contenuti nella Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio del 2021, intitolata "*Orientamenti relativi all'articolo 17 della direttiva 2019/790/UE sul diritto d'autore nel mercato unico digitale*".

#### **4.4 Ambito soggettivo di applicazione dell'art. 17**

L'art. 17 introduce un regime specifico di autorizzazione e responsabilità, applicabile ad alcune tipologie specifiche di prestatori di servizi, nel tentativo di fare chiarezza sulla responsabilità che è opportuno riconoscere in capo agli operatori del mondo digitale per gli atti posti in essere dai loro utenti e di risolvere le incertezze che contraddistinguevano la normativa precedente.

Come abbiamo avuto modo di riscontrare in precedenza, la versione originaria dell'art. 17, l'art. 13 della Proposta di Direttiva, circoscriveva la propria applicazione, sul piano soggettivo, ai «*prestatori di servizi della società dell'informazione che memorizzano e danno accesso a grandi quantità di opere e altro materiale caricati dagli utenti*». L'art. 17, invece, adotta una definizione differente e parla di «*prestatore di servizi di condivisione di contenuti online*», anche noto con l'acronimo «*ocssp*», di cui viene fornita una descrizione all'art. 2, che li definisce come

---

<sup>229</sup> Considerando 61, Direttiva UE 2019/790

quei prestatori di servizi «*il cui scopo principale o uno dei principali scopi è quello di memorizzare e dare accesso al pubblico a grandi quantità di opere protette dal diritto d'autore o altri materiali protetti caricati dai suoi utenti, che il servizio organizza e promuove a scopo di lucro*». Ne rimangono esclusi «*le enciclopedie online senza scopo di lucro, i repertori didattici o scientifici senza scopo di lucro, le piattaforme di sviluppo di e condivisione di software open source, i fornitori di servizi di comunicazione elettronica ai sensi della direttiva (UE) 2018/1972, i mercati online, i servizi cloud da impresa a impresa e i servizi cloud che consentono agli utenti di caricare contenuti per uso personale*».

A supporto di una maggior specificità definitoria ricorrono anche il considerando 62 e 63.

Il primo, infatti, specifica che la direttiva si riferisce a quei fornitori che «*hanno come scopo principale o come uno degli scopi principali quello di memorizzare e consentire agli utenti di caricare e condividere un gran numero di contenuti, al fine di trarne profitto, direttamente o indirettamente, organizzandoli e promuovendoli per attirare un pubblico più vasto, anche classificandoli e ricorrendo a promozioni mirate al loro interno*», escludendone di contro, quindi, tutti quei servizi online che perseguono scopi differenti, tra i quali vengono espressamente citati i servizi di comunicazione elettronica, i servizi *cloud* ad uso personale e da impresa a impresa, i *cyberlocker* e i mercati online di vendita al dettaglio, che non danno alcun accesso a contenuti protetti<sup>230</sup>.

Il considerando 63, infine, introduce a livello normativo ciò che già la giurisprudenza europea e nazionale aveva più volte affermato e sostenuto precedentemente. L'accertamento circa l'effettiva memorizzazione e concessione al pubblico dell'accesso a una grande quantità di contenuti protetti dal diritto d'autore, infatti, dovrà essere effettuata caso per caso, tenendo conto di una serie di elementi, tra i quali l'utenza del servizio e il numero di file caricati dagli utenti.

---

<sup>230</sup> Come specificato dalla Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio "Orientamenti relativi all'articolo 17 della direttiva 2019/790/UE sul diritto d'autore nel mercato unico digitale", Bruxelles, 4.6.2021 COM(2021) 288 final, l'elencazione di alcune tipologie di prestatori esclusi dal regime di operatività dell'art. 17 è assolutamente non esaustiva.

Da quanto detto, dunque, emerge innanzitutto che i prestatori di cui all'art. 17 appartengono a coloro che prestano «*servizi della società dell'informazione*», coerentemente rispetto a quanto stabilito dalla Direttive UE 2015/1535, il cui art. 1, par. 1, lett. b) ne descrive così il contenuto: «*qualsiasi servizio della società dell'informazione prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi*».

Si richiede poi che tali fornitori svolgano un ruolo importante nel mercato digitale, organizzando e supportando l'attività di caricamento e diffusione di opere e altro materiale creativo da parte degli utenti, memorizzandone i contenuti e consentendovi un facile accesso al pubblico.

Le attività e le operazioni poste in essere dal prestatore, inoltre, dovranno raggiungere determinate dimensioni, cui rimanda lo stesso art. 17, riferite tanto alla durata del servizio e al numero di visitatori e di contenuti presenti sullo spazio messo a disposizione dal prestatore, quanto al fatturato e, in generale, alla rilevanza economica connessa al servizio offerto. Deve trattarsi, quindi, di un'attività imprenditoriale svolta a scopo di lucro, che consenta ampi margini di guadagno attraverso la memorizzazione e la realizzazione di un accesso al pubblico di grandi quantità di opere.

In materia la Commissione ebbe modo di specificare che «*lo scopo di lucro non dovrebbe essere presunto in base al mero fatto che il servizio è un operatore economico o in ragione della sua forma giuridica. La finalità lucrativa deve essere collegata ai profitti derivanti dall'organizzazione e dalla promozione dei contenuti caricati dagli utenti per attirare un pubblico più vasto, ad esempio, ma non esclusivamente, mediante la collocazione di annunci pubblicitari accanto ai contenuti caricati dagli utenti*»<sup>231</sup>.

Lo scopo di lucro non è automaticamente ricondotto neppure al fatto che il prestatore riceva dagli utenti un pagamento a copertura dei costi operativi di hosting dei contenuti (si pensi, ad esempio, agli archivi di ricerca), o che richieda una qualsiasi forma di donazione al pubblico.

---

<sup>231</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio “*Orientamenti relativi all'articolo 17 della direttiva 2019/790/UE sul diritto d'autore nel mercato unico digitale*”, Bruxelles, 4.6.2021 COM(2021) 288 final, capitolo III.



In ogni caso, è certamente evidente l'intenzione del legislatore di colpire le grandi piattaforme e i più importanti colossi del mondo digitale. In tal senso il legislatore scelse di introdurre persino un regime meno rigoroso per quei nuovi «ocssp» i cui servizi siano disponibili al pubblico da meno di 3 anni e che risultino avere un fatturato annuo inferiore a 10 milioni di euro,<sup>232</sup> per i quali, come vedremo, sono previste alcune agevolazioni.

Ciò nonostante, la direttiva non specifica in alcun modo l'entità della nozione «grandi quantità di opere», escludendo, tuttavia, che per valutarne la portata occorra guardare esclusivamente al numero di contenuti e file presenti sulla piattaforma, dovendosi viceversa tenere a mente anche elementi ulteriori, come ad esempio la capienza dell'utenza di cui dispone il servizio<sup>233</sup>.

#### **4.5 Ambito oggettivo di applicazione dell'art. 17**

L'obiettivo dichiarato<sup>234</sup> dell'art. 17 è quello di promuovere la concessione di autorizzazioni e licenze tra i titolari dei diritti connessi alle opere e i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online, in modo tale che i fornitori possano dare lecitamente spazio a opere protette nell'ambito dei servizi offerti, senza pregiudicare le possibilità di guadagno degli autori.

A tal fine, al paragrafo 1 dell'articolo, è previsto che il «*prestatore di servizi di condivisione dei contenuti online deve ottenere un'autorizzazione dai titolari dei diritti [...], 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*» e che, secondo quanto disposto dal paragrafo 2 e dal considerando 69, quando ottenga tale autorizzazione, questa debba includere anche gli atti rilevanti per il diritto d'autore compiuti dagli utenti e rientranti nell'ambito oggettivo di applicazione dell'autorizzazione, purché essi agiscano «*con finalità non commerciali, quali la condivisione dei loro contenuti senza scopo di lucro*» o quantunque quando i ricavi ottenuti non risultino essere significativi.

---

<sup>232</sup> Art. 17, co. 6, Direttiva UE 2019/790

<sup>233</sup> Considerando 63, Direttiva UE 2019/790

<sup>234</sup> Considerando 61, Direttiva UE 790/2019

A tal proposito, come indicato dalla Commissione stessa all'interno delle sue linee guida, l'utente potrebbe compiere un atto rilevante per il diritto d'autore senza scopo di lucro, relativamente ai contenuti caricati da altri utenti, quando decida di postare sulla piattaforma un video amatoriale con una musica di sottofondo.

La seconda ipotesi, in riferimento alla circostanza in cui l'utente riceva dei ricavi non significativi, potrebbe rimandare al caso in cui l'utente carica in rete un video tutorial, in cui siano presenti immagini, frame o tracce sonore, da cui ottengono limitati ricavi pubblicitari.

Tutto ciò, chiaramente, è escluso per quegli utenti che utilizzino le piattaforme *social online* per realizzare profitti rilevanti, dando avvio a vere e proprie attività imprenditoriali e commerciali che trovano nel mondo digitale il proprio luogo d'elezione.

Le modalità e gli strumenti giuridici attraverso i quali poter ottenere tali autorizzazioni da parte dei titolari dei diritti non sono esplicitate dal legislatore europeo, il quale fa semplicemente riferimento alla possibilità di ricorrere ad accordi di licenza per assolvere a tale scopo, lasciando liberi gli Stati membri, però, di valutare la previsione di modelli di autorizzazione alternativi e differenti.

Ad ogni modo, ciò che è fondatamente è che gli Stati membri incoraggino l'elaborazione di meccanismi appositamente dedicati a facilitare gli accordi tra i titolari dei diritti e i prestatori di servizi, favorendo attivamente lo sviluppo del mercato della concessione delle licenze di cui si è ampiamente parlato.

Può pensarsi, a tal fine, a meccanismi volontari di mediazione in settori specifici e particolarmente coinvolti dal diritto d'autore, alla concessione di licenze collettive, ampiamente utilizzate nel settore musicale e delle arti visive, in cui gli autori, per la regolamentazione dei propri diritti, spesso si affidano a organismi di gestione collettiva, autorizzati a concludere accordi di licenza con gli *ocssp*, agevolando così «l'ottenimento di autorizzazioni da un'ampia gamma di titolari di diritti»<sup>235</sup>.

Come sottolineato al considerando 45, infatti, il numero elevato di opere e contenuti interessati dalla materia, la natura di alcune forme di utilizzazione, nonché il costo

---

<sup>235</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio “*Orientamenti relativi all'articolo 17 della direttiva 2019/790/UE sul diritto d'autore nel mercato unico digitale*”, Bruxelles, 4.6.2021 COM(2021) 288 final, capitolo IV, paragrafo (i).

dell'operazione utile ad acquisire individualmente i diritti presso ciascun titolare coinvolto, rendono proibitivo l'intero meccanismo, sicché spesso e volentieri diviene improbabile lo svolgimento di tutte le operazioni necessarie a consentire l'utilizzo legittimo delle opere e degli altri materiali protetti.

La previsione di strumenti flessibili per la conclusione di accordi di licenza, dunque, diviene essenziale per una concreta realizzazione degli obiettivi perseguiti con la presente direttiva.

Ricapitolando, dunque, il prestatore di servizi di condivisione di contenuti online è quel soggetto che consente l'accesso al pubblico a grandi quantità di opere e contenuti digitali e che per farlo necessita di un'autorizzazione da parte del titolare dei diritti sull'opera o sul contenuto memorizzato e diffuso.

Tutto questo, però, è strettamente dipendente dal tipo di attività concretamente posta in essere dal fornitore: l'art. 17, infatti, specifica che il prestatore deve ottenere un'autorizzazione quando effettua *«un atto di comunicazione al pubblico o un atto di messa a disposizione del pubblico»*.

Il primo paragrafo dell'articolo è dedicato espressamente alla definizione di tali concetti – che delimitano evidentemente l'ambito di applicazione oggettivo della disposizione – i quali ai sensi della presente direttiva, si riferiscono alla circostanza in cui il prestatore *«concede l'accesso al pubblico a opere protette dal diritto d'autore o altri materiali protetti caricati dai suoi utenti»*.

In tal caso, stabilisce il paragrafo 3 dell'art. 17, la limitazione di responsabilità prevista all'art. 14 della Direttiva 2000/31/CE non troverà applicazione, senza che ciò pregiudichi, però, l'applicazione della disposizione al prestatore per finalità che non rientrano nell'ambito di applicazione oggettivo della Direttiva UE 2019/790.

L'art. 17, quindi, non introduce un nuovo diritto nella normativa europea, ma disciplina in modo completo e specifico l'atto di comunicazione al pubblico, atteggiandosi a *«lex specialis»*<sup>236</sup> rispetto alle direttive precedenti e, in particolare, all'art. 14 della Direttiva 2000/31/CE e alla Direttiva InfoSoc<sup>237</sup>.

---

<sup>236</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio *“Orientamenti relativi all'articolo 17 della direttiva 2019/790/UE sul diritto d'autore nel mercato unico digitale”*, Bruxelles, 4.6.2021 COM(2021) 288 final, capitolo II.

<sup>237</sup> Direttiva 2001/29/CE.

Se ne trova conferma al considerando 64, in cui il legislatore fa presente che quanto stabilito non pregiudica il concetto di comunicazione al pubblico o di messa a disposizione del pubblico in altri ambiti del diritto europeo, lasciando aperta la possibilità di dare attuazione alla nozione di «*comunicazione al pubblico*» e di «*messa a disposizione del pubblico*» introdotta all'art. 3 della Direttiva 2001/29/CE; e al considerando 45, in cui viene fatta salva l'eventuale applicazione dell'art. 14 della Direttiva e-commerce per tutti gli scopi che non rientrino nel perimetro di applicazione della nuova direttiva.

Il concetto di «*comunicazione al pubblico*» introdotto dalla nuova normativa, allora, non si riferisce ad una nuova e ulteriore fattispecie, che sostituisca, abrogandola, quella precedentemente introdotta dal legislatore europeo; occorrerà piuttosto comprendere la reale portata della nozione recentemente introdotta, partendo dal significato del riferimento all'«*atto di comunicazione al pubblico*» presente nella Direttiva 2001/29/CE.

L'art. 3 della Direttiva InfoSoc introduce a vantaggio degli autori «*il diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi comunicazione al pubblico su filo o senza filo, delle loro opere, compresa la messa a disposizione del pubblico delle loro opere in maniera tale che ciascuno possa averci accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente*».

Il fine della disposizione è piuttosto ampio e lungimirante, mirando, in via prioritaria, alla protezione e alla tutela dei diritti essenziali di autori e artisti – i quali contribuiscono allo sviluppo artistico e culturale a vantaggio dell'intera società, come si legge al considerando 9 – e a garantire che i titolari dei diritti ricevano un'adeguata retribuzione per l'utilizzo delle loro opere, motivo per il quale «*è necessaria un'adeguata protezione giuridica dei diritti di proprietà intellettuale per garantire la disponibilità di tale compenso*»<sup>238</sup>, in quanto «*un sistema efficace e rigoroso di protezione del diritto d'autore e dei diritti connessi è uno dei principali strumenti in grado di garantire alla creazione e alla produzione culturale europea le risorse necessarie nonché di preservare l'autonomia e la dignità di creatori e interpreti o esecutori*»<sup>239</sup>.

---

<sup>238</sup> Considerando 10, Direttiva 2001/29/CE.

<sup>239</sup> Considerando 11, Direttiva 2001/29/CE.

Si comprende, a questo punto, come le nozioni introdotte dalla Direttiva InfoSoc possano essere interpretate piuttosto ampiamente, come confermato, d'altronde, dal considerando 23<sup>240</sup> e dal considerando 24<sup>241</sup> della direttiva stessa.

Numerosi, infatti, sono stati gli interventi giurisprudenziali sul tema, nel tentativo di definirne al meglio l'effettiva portata concettuale della disposizione, in cui non è possibile rinvenire alcuna precisa definizione del concetto di «*comunicazione al pubblico*».

Anzitutto, come osservato al considerando 23, l'atto di comunicazione al pubblico include qualsiasi «*trasmissione o ritrasmissione di un'opera al pubblico, su filo o senza filo, inclusa la radiodiffusione, e non altri atti*».

Non rientrano nell'ipotesi in esame, quindi, le varie forme di esposizione di opere d'arte nei musei, così come la messa a disposizione di giornali e quotidiani presso bar, tabacchini o altri pubblici esercizi<sup>242</sup>. Ciò che manca in questi casi è l'esistenza di una trasmissione vera e propria dell'opera al pubblico.

Tale interpretazione ha trovato conferma anche in alcune pronunce della Corte di Giustizia, tra cui quella relativa al caso *Circul Globus București v. Uniunea Compozitorilor si Muzicologilor din România*<sup>243</sup>. In questa circostanza la Corte ha avuto modo di ribadire che il Parlamento europeo, nell'elaborazione della disposizione presente al considerando 23 della Direttiva InfoSoc intendeva precisare «*che la comunicazione al pubblico, ai sensi di tale direttiva, non comprende "le rappresentazioni o esecuzioni dirette", nozione che rinvia a quella di "rappresentazione e esecuzione pubbliche" di cui all'art. 11, primo comma, della Convenzione di Berna, la quale comprende l'interpretazione delle opere dinanzi al pubblico che si trovi in*

---

<sup>240</sup> Il considerando 23, in relazione all'atto di comunicazione al pubblico, stabilisce che «*tale diritto deve essere inteso in senso lato in quanto concernente tutte le comunicazioni al pubblico non presente nel luogo in cui esse hanno origine. Detto diritto dovrebbe comprendere qualsiasi trasmissione o ritrasmissione di un'opera al pubblico, su filo o senza filo, inclusa la radiodiffusione, e non altri atti*».

<sup>241</sup> Il considerando 24, in relazione all'atto di messa a disposizione del pubblico, sottolinea che «*andrebbe inteso come riguardante tutti gli atti che mettono tale materiale a disposizione del pubblico non presente nel luogo in cui hanno origine tali atti, con l'esclusione di tutti gli altri atti*».

<sup>242</sup> In questi termini G. SPEDICATO, *Principi di diritto d'autore*, Bologna, Il Mulino, 2020.

<sup>243</sup> Causa C-283/10, Corte di Giustizia UE, sez. III, 24/11/2011

*contatto fisico e diretto con l'autore o l'esecutore delle opere stesse*». Un primo elemento sicuramente rilevante per la definizione dell'atto di comunicazione al pubblico è, allora, il fatto che tale atto sia eseguito nei confronti di un pubblico non presente.

Con riferimento al concetto di «*pubblico*», inoltre, vi sono state numerose sentenze con cui la Corte ne ha chiarito il reale significato. A tal proposito è possibile menzionare le decisioni relative ai casi *ITV Broadcasting*<sup>244</sup>, ovvero *Reha Training*<sup>245</sup>. Da tali pronunce emergono caratteristiche ulteriori – oltre alla distanza – che il pubblico deve avere affinché possa entrare in gioco la nozione in esame, descritta come l'insieme di un numero indeterminato, ma piuttosto considerevole, di potenziali destinatari.

In primo luogo, balza all'occhio l'indeterminatezza del soggetto preso in considerazione, che si riferisce alle persone in generale, alla gente, senza alcuna specificazione in relazione a un gruppo o a una categoria predeterminata di soggetti.

Ancora, quando si parla di «*potenziali destinatari*» si intende sottolineare l'irrelevanza dell'effettiva utilizzazione dell'opera o del contenuto da parte del pubblico, non occorre che esso fruisca concretamente di quanto trasmesso mediante l'atto di comunicazione al pubblico: è sufficiente che sia messo nelle condizioni di poterlo fare.

Infine, deve sussistere una platea di soggetti considerevolmente numerosa, che superi una certa entità numerica, la quale, sebbene non precisata dalla giurisprudenza, deve consentire di qualificare l'atto di comunicazione in termini economicamente significativi, risultando altrimenti irrilevante l'eventuale comunicazione individuale, ovvero indirizzata ad un pubblico numericamente esiguo, di un'opera o di un contenuto.

La frequenza con cui si trovò ad affrontare situazioni e fattispecie concrete in cui entrava in gioco la nozione di «*comunicazione al pubblico*», spinse la Corte ad elaborare un insieme di criteri e parametri «*complementari, di natura non autonoma e*

---

<sup>244</sup> Causa C-607/11 Corte di Giustizia UE, 07/07/2013

<sup>245</sup> Causa C117/15, Corte di Giustizia UE, grande sezione, 31/05/2016

*interdipendenti tra loro», a cui occorre dare applicazione «sia individualmente, sia nella loro reciproca interazione»<sup>246</sup>.*

In primo luogo, perché possa scorgersi un atto di comunicazione al pubblico, la Corte stabilì che dovesse trattarsi di un atto rivolto ad un pubblico nuovo, ossia un pubblico diverso rispetto a quello nei cui confronti fosse stata indirizzata originariamente la comunicazione dell'opera da parte del titolare dei diritti sulla stessa<sup>247</sup>. Viceversa, infatti, l'atto di comunicazione non interferirebbe con le opportunità di guadagno dell'autore, poiché questi avrebbe già avuto modo di ottenere il dovuto ricavo dalla diffusione dell'opera, posto che il numero e il tipo di soggetti messi nelle condizioni di fruirne rimangono gli stessi.

Tuttavia, nel caso in cui l'atto di comunicazione venisse posto in essere nei confronti di un pubblico non nuovo, ma utilizzando attrezzature e strumenti tecnici differenti, che possano integrare un *valore aggiunto*<sup>248</sup> per l'utente, allora la comunicazione al pubblico potrebbe ritenersi ugualmente integrata, dal momento in cui tale comunicazione interferirebbe concretamente con le occasioni di guadagno dell'autore, dato che l'utente avrà maggior interesse a fruire del contenuto secondo le modalità tecniche messe a disposizione dal soggetto che procede con la comunicazione. Il classico esempio è la possibilità offerta dai alcuni fornitori di servizi televisivi, che consentono ai propri utenti di accedere ai programmi generalmente trasmessi sugli apparecchi televisivi anche in versione *on-demand*, tramite sito *web* o applicazione.

Tutto ciò, però, non deve condurre a ritenere sufficiente, per l'integrazione di una fattispecie di comunicazione al pubblico, la mera fornitura di apparecchiature fisiche idonee a rendere materialmente possibile la comunicazione.

La trasmissione di un'opera, difatti, presuppone un susseguirsi di interventi posti in essere da una pluralità di soggetti, dando vita a una catena stratificata di diffusione.

---

<sup>246</sup> Caso *Reha Training Gesellschaft für Sport- und Unfallrehabilitation mbH c. Gesellschaft für Sport- und Unfallrehabilitation mbH*, Causa C117/15, Corte di Giustizia UE, grande sezione, 31/05/2016.

<sup>247</sup> In tal senso causa C-610/15 – *The Pirate Bay*; causa C-160/15 – *GS Media*.

<sup>248</sup> G. SPEDICATO, *Principi di diritto d'autore*, Bologna, Il Mulino, 2020.

Se fosse possibile ravvisare in ognuno di tali interventi un atto di comunicazione al pubblico, ciascuno dei soggetti coinvolti potrebbe astrattamente incorrere in qualche forma di responsabilità, prospettando soluzioni illogiche e non garantiste.

Per questo motivo è opportuno ricordare quanto stabilito al considerando 27 della Direttiva InfoSoc: «*la mera fornitura di attrezzature fisiche atte a rendere possibile o ad effettuare una comunicazione non costituisce un atto di comunicazione ai sensi della presente direttiva*».

È necessario allora tenere ben distinti coloro che realizzino a tutti gli effetti un atto di comunicazione al pubblico, da coloro che «*fornendo le “apparecchiature fisiche” necessarie ad effettuare tale trasmissione, fungono da medium tra tale soggetto e il pubblico in generale*»<sup>249</sup>, specialmente in riferimento al ruolo svolto dai prestatori di servizi di condivisione dei contenuti online, relativamente alle opere caricate in rete dagli utenti, per comprendere se essi rientrano nell'una o nell'altra categoria.

Tra gli altri criteri messi in luce dalla Corte nel discorrere di «*atto di comunicazione al pubblico*», strettamente connesso a quanto esposto finora, vi è la particolare attenzione che dev'essere posta nei confronti del ruolo svolto dall'operatore e l'eventuale intenzionalità del suo intervento. Vi sarà atto di comunicazione al pubblico quanto egli interverrà «*con piena cognizione delle conseguenze del suo comportamento, per dare accesso a un'opera protetta*»<sup>250</sup>, specialmente quando, in assenza del suo intervento, gli utenti del servizio avrebbero difficoltà a fruire dell'opera.

Ulteriore e ultimo criterio individuato dalla giurisprudenza europea è lo scopo di lucro perseguito dal soggetto che effettui la comunicazione al pubblico, nonostante non costituisca un presupposto necessario ed essenziale affinché sussista tale comunicazione.

---

<sup>249</sup> V. FALCE, N.M.F. FARAONE, *Spunti di diritto positivo sull'art. 17 della Direttiva Copyright*, in *Rivista di Diritto Industriale*, n. 1, 2021.

<sup>250</sup> Causa C-610/15 – *The Pirate Bay*; tant'è che, come osservato poc'anzi, la mera fornitura di attrezzature fisiche idonee a rendere possibile la comunicazione non costituisce un atto rilevante in tal senso, a differenza dell'ipotesi in cui l'installazione delle stesse sia utile agli utenti per accedere alle opere, come riscontrato nel caso relativo alla causa C-527/15 – *Filmspeler*, relativa alla fornitura di un lettore multimediale che, attraverso i collegamenti e le estensioni presenti in esso, consentiva l'accesso diretto ad opere protette.



In alcuni casi, però, il perseguimento di un profitto può dover essere tenuto in considerazione, come nell'ipotesi di collocamento di un collegamento ipertestuale (cd. *hyperlink*) che dia accesso ad un'opera il cui caricamento in rete costituisca una violazione del diritto d'autore. Qualora tale collocamento sia effettuato a scopo di lucro, secondo l'orientamento adottato dalla Corte nella causa C-160/15, relativa al caso *GS Media BV c. Sanoma Netherlands BV*, è legittimo attendersi che il soggetto che l'ha posto in essere «realizzi le verifiche necessarie per garantire che l'opera di cui trattasi non sia pubblicata illegittimamente sul sito cui rimandano detti collegamenti ipertestuali, cosicché deve presumersi che tale collocamento sia intervenuto con piena cognizione del fatto che l'opera è protetta e che il titolare del diritto d'autore potrebbe non aver autorizzato la pubblicazione su Internet».

È evidente, giunti fin qui, come la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE abbia delineato un importante quadro suppletivo rispetto alla normativa di base, quale strumento a cui ricorrere per interpretare e applicare correttamente la nozione di «atto di comunicazione al pubblico», anche alla luce della nuova Direttiva 2019/790, senza dimenticare, tuttavia, che il concetto espresso al suo interno vorrebbe porsi in senso di specificazione rispetto alla nozione generalmente intesa di comunicazione al pubblico, al fine di consentirne il miglior adattamento possibile alla nuova figura dei prestatori di servizi di condivisione di contenuti online, anche attraverso un'applicazione e valutazione casista – e non dogmatica<sup>251</sup> – degli atti di comunicazione posti in essere nel mondo digitale.

#### **4.6 La responsabilità degli «o.c.s.s.p.» in mancanza di autorizzazione**

Posto che, ai sensi del paragrafo 3, «quando il prestatore di servizi di condivisione di contenuti online effettui un atto di comunicazione al pubblico o un atto di messa a disposizione del pubblico alle condizioni stabilite dalla presente direttiva, la limitazione di responsabilità di cui all'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2000/31/CE non si applica», l'articolo 17, al paragrafo 4, introduce un regime di responsabilità degli «ocssp» specificatamente applicabile per le ipotesi in cui essi pongano in essere atti di comunicazione al pubblico senza alcuna autorizzazione da

---

<sup>251</sup> G. SPEDICATO, *Principi di diritto d'autore*, Bologna, Il Mulino, 2020.

parte del legittimo titolare dei diritti e stabilisce tre condizioni che i prestatori possono invocare per essere esonerati da qualsiasi forma di responsabilità in tal senso. In particolare, il prestatore del servizio di condivisione di contenuti online, «qualora non sia concessa alcuna autorizzazione», per poter escludere forme di responsabilità derivanti a suo carico dalla comunicazione al pubblico di un'opera non protetta, deve dimostrare:

- a) *«Di aver compiuto i massimi sforzi per ottenere un'autorizzazione, e*
- b) *Di aver compiuto, secondo elevati standard di diligenza professionale di settore, i massimi sforzi per assicurare che non siano disponibili opere e altri materiali specifici per i quali abbiano ricevuto le informazioni pertinenti e necessarie dai titolari dei diritti; e in ogni caso*
- c) *Di 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 segnalazione e aver compiuto i massimi sforzi per impedirne il caricamento in futuro conformemente alla lettera b)».*

Dalla formulazione della disposizione risulta evidente che si tratta di tre presupposti che devono sussistere cumulativamente affinché il prestatore possa godere dell'esenzione di responsabilità; ciò nonostante, le nozioni relative ai «*massimi sforzi*» e agli «*elevati standard di diligenza professionale*» non sono state ulteriormente approfondite all'interno del corpus normativo predisposto dalla direttiva, trattandosi di concetti che dovrebbero essere recepiti, approfonditi e interpretati da ciascun Stato membro alla luce delle finalità e degli obiettivi dell'art. 17<sup>252</sup>.

Ad ogni modo, per stabilire se il prestatore di servizi si è conformato alle condizioni sancite al paragrafo 4, si tenga presente che al paragrafo 5 viene appositamente richiamato il principio di proporzionalità, che prevede che possano essere presi in considerazione, tra gli altri, anche alcuni elementi relativi alla tipologia, al pubblico e alla dimensione del servizio, alla tipologia delle opere caricate dagli

---

<sup>252</sup> In questi termini si esprime la stessa Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio “*Orientamenti relativi all'articolo 17 della direttiva 2019/790/UE sul diritto d'autore nel mercato unico digitale*”, Bruxelles, 4.6.2021 COM(2021) 288 final, capitolo V.

utenti, nonché all'eventuale disponibilità di strumenti adeguati ed efficaci e il loro relativo costo.

Sulla base di tali premesse è ora possibile provare a fare chiarezza sulle nozioni introdotte dal legislatore europeo, ricorrendo anzitutto al supporto fornito dal considerando 66 e dalle linee guida elaborate dalla Commissione.

Il considerando 66 della Direttiva UE 2019/790 si occupa del meccanismo specifico di responsabilità previsto per i prestatori che operino senza autorizzazione da parte del titolare dei diritti e stabilisce che, al fine di valutare l'effettiva spendita dei «*massimi sforzi*» richiesti dalla normativa da parte del prestatore, è opportuno considerare se questi abbia adottato tutte le misure che un operatore diligente adotterebbe per impedire che risultino disponibili sul suo sito web opere e materiali non autorizzati, in un contesto in cui la diligenza dell'operatore dovrebbe essere valutata tenendo in conto le migliori pratiche del settore, oltre che «*le dimensioni del servizio, l'evoluzione dello stato dell'arte dei mezzi esistenti, compresi i potenziali sviluppi futuri, per evitare la disponibilità di diversi tipi di contenuti e il costo di tali mezzi per i servizi*».

Se, infatti, è lecito attendersi che servizi e piattaforme di grandi dimensioni si attivino per mettersi in contatto diretto con un elevato numero di titolari dei diritti, è chiaro che i prestatori di servizi di dimensioni minori potrebbero incontrare maggiori difficoltà in tal senso. A tal proposito si suggerisce, ad esempio, la possibilità di mettere a disposizione sul proprio sito *web*, in modo chiaro e facilmente verificabile, i propri recapiti, cosicché per i titolari interessati risulti più semplice avviare un contatto e un dialogo con loro.

I mezzi più appropriati ad evitare la diffusione di contenuti protetti avvalendosi del servizio offerto, inoltre, potranno essere valutati diversamente a seconda del tipo di contenuto immesso in rete, tenendo presente che, talvolta, la disponibilità di tali contenuti può essere evitata soltanto «*previa notifica dei titolari dei diritti*» e che le misure adottate di volta in volta dal prestatore non dovrebbero in ogni caso andar oltre quanto necessario ad impedire o interrompere tale disponibilità. In soccorso intervengono poi anche le linee guida più volte richiamate, le quali prevedono che debbano prendersi in considerazione anche le pratiche che gli Stati membri potrebbero aver adottato per agevolare le autorizzazioni, come ad

esempio i meccanismi volontari di mediazione cui accennavamo in precedenza, ovvero la concessione di licenze collettive.

Le indicazioni di orientamento fornite dalla Commissione, inoltre, proseguono sottolineando l'opportunità di valutare anche l'impegno profuso dai prestatori nel tentativo di avviare «*proattivamente*»<sup>253</sup> un dialogo con i titolari dei diritti, perlomeno, conformemente a quanto deriva dal principio di proporzionalità, con quelli che possano essere identificati e rintracciati con facilità.

Allo scopo di agevolare l'identificazione dei titolari dei diritti, ancora, gli Stati membri potrebbero suggerire l'istituzione di appositi registri dei titolari dei diritti, direttamente consultabili dai prestatori.

Ulteriormente chiarita è la circostanza in cui un titolare dei diritti rifiuti di avviare i negoziati per la concessione dell'autorizzazione in merito ai contenuti sui quali esercita i diritti, nonostante il prestatore avesse formulato a tal proposito un'offerta ragionevole e di buona fede. In questo caso può ritenersi che il prestatore abbia effettivamente rispetto l'obbligo di diligenza, purché si sia ugualmente adoperato al meglio ai sensi dell'art. 17, paragrafo 4, lett. b) e c).

I «*massimi sforzi*» di cui al paragrafo 4, infatti, ricomprendono anche l'impegno adottato dal prestatore nel condurre negoziati di buona fede e nel concludere equi accordi di licenza, in cui vengano definiti, secondo principi di trasparenza e proporzionalità, i criteri perseguiti per l'identificazione e la remunerazione dei contenuti posti ad oggetto dell'accordo di licenza e le eventuali tecnologie per il riconoscimento dei contenuti utilizzate dal servizio.

Il secondo presupposto per l'esenzione di responsabilità del prestatore introdotto al paragrafo 4 si riferisce alla necessità che questi dimostri di aver compiuto i massimi sforzi, secondo «*elevati standard di diligenza professionale di settore*» al fine di assicurare che non siano disponibili opere o altri contenuti e materiali protetti, per i quali avessero ricevuto «*informazioni pertinenti e necessarie*» dai titolari dei diritti; informazioni che, se assenti, in quanto non fornite da chi di dovere, impediscono di ravvisare una responsabilità in capo al prestatore per il

---

<sup>253</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio “*Orientamenti relativi all'articolo 17 della direttiva 2019/790/UE sul diritto d'autore nel mercato unico digitale*”, Bruxelles, 4.6.2021 COM(2021) 288 final, capitolo V, par. 1.

caricamento non autorizzato dell'opera, a testimonianza di quanto sia importante la collaborazione e cooperazione auspicata nel testo della direttiva tra i prestatori dei servizi di condivisione di contenuti online e i titolari dei diritti.

Tali informazioni, in ogni caso, dovranno essere quantomeno precise, cioè capaci di indicare con precisione l'opera o il materiale che viene in rilievo, nonché i diritti di proprietà che gravano sulla stessa, oltre che necessarie per consentire al prestatore di risalire al contenuto segnalato, a seconda chiaramente delle circostanze del caso concreto.

Per la valutazione del rispetto degli «*elevati standard di diligenza professionale*» rilevanti ai sensi dell'art. 17, paragrafo 4, lett. b), è poi opportuno esaminare, ancora una volta, le «*migliori pratiche di settore vigenti sul mercato*», cui rimanda il considerando 66, tra le quali eventuali usi di strumenti e soluzioni tecnologiche.

Posto che ciascun prestatore di servizi rimane libero di valutare e scegliere i mezzi che ritiene più adatti per adempiere correttamente al proprio obbligo di diligenza, specialmente in considerazione della necessaria flessibilità operativa che è opportuno garantire loro e della rapidità di evoluzione che contraddistingue le realtà digitali, nel dialogo con i portatori d'interesse condotto dalla Commissione è emerso che, tra le tecnologie di riconoscimento dei contenuti più utilizzate, la più comune è quella basata sul *fingerprinting*, per lo meno per quanto riguarda i contenuti audio e video.

Si tratta di una tecnica per cui a ciascuna opera viene associata una sorta di impronta digitale, registrata in appositi database, di modo che sia poi possibile mettere a confronti i contenuti caricati dagli utenti e la traccia precedentemente archiviata nel database<sup>254</sup>.

È una tecnica di riconoscimento dei contenuti adoperata da grandi piattaforme, tra le quali, ad esempio, YouTube.

Altre pratiche ampiamente diffuse si riferiscono all'utilizzo di metadati, che consente di controllare se di una determinata opera sia stato fatto l'*upload* utilizzando i metadati collegati al suo contenuto, come il nome dell'autore o il titolo dell'opera; ovvero, ancora, l'utilizzo di tecniche meno sofisticate, specialmente

---

<sup>254</sup> *Commission Staff Working Document: Impact Assessment of the modernisation of EU copyright rules*; Bruxelles, 14 settembre 2016, SWD(2016) 301 final.

per i fornitori minori, che spesso non dispongono dei mezzi necessari per utilizzare tecnologie particolarmente complesse, tra le quali la ricerca manuale di parole chiave sui propri *server* e siti *web*, allo scopo di verificare se siano presenti file o contenuti potenzialmente lesivi.

Inoltre, mentre alcuni prestatori si avvalgono di meccanismi e soluzioni interne, altri ricorrono, con tutto ciò che questo implica in termini di costi economici, a servizi forniti da terzi, rispetto ai quali andrà tenuta presente un'ulteriore cautela, ossia il rispetto delle norme previste per la protezione dei dati.

Si tratta di elementi che dovranno essere tenuti complessivamente di conto nel valutare la diligenza e l'impegno profuso da ciascun prestatore di servizi, e che possono variare sensibilmente a seconda del servizio, del contenuto, del pubblico o dei mezzi disponibili nel caso concreto. Ancora una volta, dunque, si predilige un approccio casistico, sulla base del quale condurre valutazioni calate nella fattispecie completa.

Ultima condizione posta dal paragrafo 4 dell'art.17 si riferisce all'onere del prestatore di provare di aver agito tempestivamente, dopo aver ricevuto una segnalazione sufficientemente motivata dai titolari dei diritti, per disattivare l'accesso o rimuovere dal proprio sito web le opere o gli altri materiali oggetto di segnalazione, nonché di essersi adoperati al meglio per impedirne il caricamento futuro. Anche in questo caso, quindi, è essenziale la cooperazione tra titolare dei diritti e prestatore del servizio attraverso il quale viene condivisa l'opera, essendo il primo tenuto a comunicare una serie di informazioni al secondo, affinché questi possa intervenire.

Per definire gli elementi che dovrebbero essere presenti nella segnalazione, affinché risulti sufficientemente motivata e, dunque, rilevante ai fini della norma, è possibile consultare la raccomandazione della Commissione sulle misure per contrastare efficacemente i contenuti illegali *online*<sup>255</sup>.

Infatti, ai punti 6, 7 e 8 del Capo II, rubricato «*raccomandazioni generali relative a tutti i tipi di contenuti illegali*», sono indicate alcune caratteristiche che le segnalazioni dovrebbe necessariamente avere.

---

<sup>255</sup> Raccomandazione (UE) 2018/334 della Commissione, del 1 marzo 2018, sulle misure per contrastare efficacemente i contenuti illegali online; L 63/50.

Anzitutto dovrebbero essere adeguatamente motivate e sufficientemente precise, sì da consentire ai prestatori di prendere decisioni coscienziose e informate in merito ai contenuti cui si riferisce la segnalazione stessa, al fine di verificare, in special modo, se debbano o meno considerarsi illegali.

Perché ciò sia possibile, le segnalazioni dovrebbero indicare i motivi per i quali l'autore della segnalazione ritiene che il contenuto sia stato condiviso illegalmente, oltre alla esatta e chiara ubicazione di tali contenuti.

L'autore della segnalazione, inoltre, ai sensi del punto 7, ha la facoltà – ma non l'obbligo – di fornire i propri recapiti, cosicché il prestatore possa inoltrare una conferma di ricevimento e informarlo della decisione presa in merito alla segnalazione senza ritardo. Viceversa, ne dovrà essere garantito l'anonimato.

Il richiamo allo strumento delle segnalazioni, peraltro, rimanda a un meccanismo che abbiamo avuto modo di introdurre discorrendo di *Digital Millenium Copyright Act* e di *Online Copyright Infringement Liability Limitation Act*: quello di *notification and takedown*.

A differenza di quanto avviene negli Stati Uniti, in cui la legge federale prescrive nel dettaglio la procedura che il *provider* deve seguire in caso di segnalazione, esplicitando, anzitutto, le caratteristiche che la segnalazione deve avere affinché possa produrre gli effetti che la legge vi ricollega, ossia far scattare la presunzione in base alla quale ritenere, automaticamente, che il *provider* abbia avuto piena conoscenza dell'illecito oggetto di denuncia, il legislatore europeo degli anni Duemila, al contrario, non stabilì formalmente alcun sistema di tale portata.

Si limitò, infatti, a incoraggiare l'elaborazione di sistemi, concordati tra le parti interessate, attraverso i quali rendere agevole la rimozione delle informazioni illecite, ovvero disabilitarne l'accesso, senza tuttavia indicare secondo quali *standard* e criteri avrebbero dovuto operare.<sup>256</sup>

---

<sup>256</sup> Considerando n. 40: «La presente direttiva dovrebbe costituire la base adeguata a elaborare sistemi rapidi e affidabili idonei a rimuovere le informazioni illecite e disabilitare l'accesso alle medesime. Tali sistemi potrebbero essere concordati tra tutte le parti interessate e andrebbero incoraggiati dagli Stati membri. È nell'interesse di tutte le parti attive nella prestazione di servizi della società dell'informazione istituire e applicare tali sistemi».

Il legislatore chiamato ad elaborare i contenuti della nuova direttiva, invece, sembra condurre una scelta differente tanto dal legislatore statunitense, quanto dal suo predecessore europeo.

Consapevole dell'importanza di introdurre un sistema di segnalazione che consenta di delimitare e circoscrivere il momento in cui sorge la responsabilità dell'intermediario, anziché poggiare su un meccanismo di *notification and take-down*, optò per uno strumento alternativo, quello di *notification and stay down*<sup>257</sup>. Il prestatore, al pari di quanto accade con il *notice and takedown*, riceve una segnalazione in merito alla natura illegale di un contenuto presente sul proprio servizio e della presunta violazione che ciò comporta in materia autoriale. In questo caso, però, il provider non è obbligato esclusivamente ad eliminare il contenuto illecito, ma dovrà assumere un adeguato impegno per assicurare che, in futuro, tali opere non verranno nuovamente caricate sul proprio sito, come si apprende dall'art. 17, paragrafo 4, lett. c), che al proposito richiama espressamente anche la nozione di «*massimi sforzi*».

Oltre alla rimozione del contenuto illecito, quindi, il prestatore è chiamato a compiere sforzi ulteriori per impedire la reiterazione della violazione.

Si tratta di un sistema certamente gravoso per i prestatori di servizi di condivisione dei contenuti online, stante la complessità di prevedere *ex ante* i possibili illeciti futuri, relativi a ciascuna opera di cui avessero ricevuto segnalazione ed è qui che risiede la principale differenza rispetto al meccanismo nord-americano che, indubbiamente, ha rappresentato un punto di riferimento fondamentale per l'elaborazione della normativa europea fin dalle sue origini.

#### **4.6.1 Alcune riflessioni conclusive**

Sì, è avuta più volte l'occasione di ricordare il percorso logico-interpretativo seguito dalla giurisprudenza – nazionale e sovranazionale – nell'elaborazione di

---

<sup>257</sup> In merito ai meccanismi di *notification*: A. KUCZERAWY, *From 'Notice and take down' to 'Notice and Stay Down': Risks and Safeguards for Freedom of Expression*, 19 dicembre 2018; G. FROSIO (ed), *The Oxford Handbook of Intermediary Liability Online*, 2019, Fortcoming; G. FROSIO, *The Death of 'No Monitoring Obligations': A Story of Untameable Monsters*, 9 ottobre 2017, Fortcoming.



figure pretorie di *providers*; elaborazione sollecitata dall'esigenza di colmare le carenze pratiche della normativa introdotta nel 2000 dal legislatore europeo.

Il pensiero corre all'*hosting provider* attivo, una fattispecie connotata da una certa ambiguità, già soltanto nella scelta del nome, se si pensa che il termine «*hosting*» significa letteralmente «*ospitare*» e dovrebbe rimandare, perciò, ad un'attività imprescindibilmente passiva<sup>258</sup>.

Se l'art. 14 della Direttiva *e-commerce*, infatti, si riferisce a quei *providers* che si limitino ad attività tecniche, automatiche e passive, il provider attivo, al contrario, pone in essere operazioni che superano i confini della neutralità più volte ribaditi a livello giurisprudenziale.

È chiaro che a tale prestatore non possa considerarsi applicabile l'esenzione di responsabilità prevista all'art. 14 della Direttiva sul commercio elettronico e che, piuttosto, sarà chiamato a rispondere secondo le ordinarie regole della responsabilità civile vigenti in ciascun singolo Stato membro.

Gli indici sulla base dei quali valutare, caso per caso, l'attività concretamente posta in essere dal provider, d'altronde, sono stati a suo tempo esplicitati e non occorre, quindi, soffermarsi ulteriormente in questa sede.

È sufficiente ricordare, in via esemplificativa, le operazioni di indicizzazione, organizzazione, aggregazione o promozione a scopo di lucro dei contenuti caricati a sua volta dagli utenti.

La domanda che sorge spontanea, giunti a questo punto della trattazione, è se la responsabilità introdotta dal legislatore europeo all'art. 17, paragrafo 4 della Direttiva 2019/790, trovi la propria *ratio* nell'esigenza di convertire in norma quanto stabilito, fino a quel momento, soltanto in via giurisprudenziale.

Ciò che è certo è che l'art. 17, paragrafo 4, costituisce una disposizione speciale rispetto al generale regime di responsabilità configurato dall'art. 14 della Direttiva 2000/31/CE e va a delineare una nuova zona di responsabilità, ancor più aggravata rispetto alle comuni regole di responsabilità civile normalmente vigenti<sup>259</sup>, in

---

<sup>258</sup> M. TESCARO, *Schemi legali e opposte tendenze giurisprudenziali in tema di responsabilità civile dell'Internet Provider*, in *Giur. Merito*, fasc. 12, 2013

<sup>259</sup> V. FALCE, N.M.F. FARAONE, *Spunti di diritto positivo sull'art. 17 della Direttiva Copyright*, in *Rivista di Diritto Industriale*, n. 1, 2021.

quanto impone al prestatore di servizi di condivisione di contenuti *online* un pesante onere di prova – di cui peraltro non risultano fissati con chiarezza i termini e i confini, considerato l'utilizzo di espressioni non meglio specificate come «*massimi sforzi*», «*elevati standard di diligenza professionale*», «*informazioni pertinenti e necessarie*».

Il prestatore, infatti, in assenza di apposita autorizzazione da parte del titolare dei diritti, laddove dia spazio a contenuti illecitamente caricati dagli utenti, è considerato presuntivamente responsabile per colpa, salvo poter dimostrare, per sottrarsi a tale responsabilità, di aver compiuto i massimi sforzi, valutati secondo elevati standard di diligenza professionale.

Tuttavia, non è un segreto – e d'altronde lo esplicita anche qualche considerando della Direttiva stessa – che in una società interconnessa e composita come quella attuale non dev'essere semplice, per il prestatore, riuscire a ottenere tutte le autorizzazioni che gli sarebbero necessarie per poter esercitare liberamente la propria attività.

Lo sforzo imposto ai prestatori dei servizi di condivisione del mondo digitale, allora, è particolarmente intenso, in linea con il primario obiettivo perseguito dalla direttiva: tutelare autori, artisti, titolari dei diritti connessi alle opere, affinché la diffusione delle stessa ad opera di terzi non pregiudichi irrimediabilmente le loro possibilità di guadagno.

In presenza di una violazione del diritto d'autore realizzata *online*, allora, occorrerà «*prendere le mosse dalla disciplina più generale, quella sul commercio elettronico*»<sup>260</sup>.

Sulla scia di quanto appreso dalle numerose pronunce giurisprudenziali susseguitesi negli anni, occorrerà esaminare la specifica attività posta in essere dal prestatore e valutare se questa debba definirsi attiva o passiva.

Nell'ipotesi in cui il prestatore avesse posto in essere mere operazioni tecniche e automatiche, quindi, troverà ancora applicazione il generale regime di esonero da responsabilità previsto all'art. 14 della Direttiva 2000/31/CE, così come recepito dal d. lgs. 70/2003, per quanto attiene l'Italia.

---

<sup>260</sup> V. FALCE, N.M.F. FARAONE, *Spunti di diritto positivo sull'art. 17 della Direttiva Copyright*, in *Rivista di Diritto Industriale*, n. 1, 2021.

Se, al contrario, l'attività posta in essere comporti una partecipazione attiva del *provider* nella condivisione e diffusione dell'opera, sarà necessario verificare se ricorrono le condizioni sufficienti e necessarie affinché trovi applicazione la disciplina speciale prevista all'art. 17, paragrafo 3 e 4 della Direttiva 2019/790, che esige dal prestatore un impegno considerevolmente più esteso di quanto previsto altrove.

In caso di esito negativo, il regime applicabile sarà quello ordinariamente previsto per la responsabilità civile ai sensi dell'art. 2043 c.c.

#### **4.7 Ulteriori disposizioni presenti all'art. 17 della Direttiva UE 2019/790**

Per concludere la trattazione, si ritiene opportuno, ai fini della completezza espositiva, richiamare brevemente le ultime e ulteriori disposizioni introdotte all'art. 17 della nuova direttiva sul diritto d'autore.

Il paragrafo 6, in primo luogo, stabilisce un regime di responsabilità espressamente riservato ai «*nuovi prestatori di servizi di condivisione di contenuti online*», i cui servizi siano disponibili da meno di tre mesi e il cui fatturato annuo risulti inferiore ai 10 milioni di euro.

Per questi soggetti, infatti, si prevede che «*le condizioni in virtù del regime di responsabilità di cui al paragrafo 4 siano limitate alla conformità alla lettera a) del paragrafo 4 e alla circostanza di aver agito tempestivamente, in seguito alla ricezione di una segnalazione sufficientemente motivata, per disabilitare l'accesso alle opere o ad altri materiali notificati o rimuovere dai loro siti web tali opere o altri materiali*».

La disposizione mira a prevedere un regime agevolato e meno rigoroso per tutte quelle nuove imprese e *start-up* il cui obiettivo è lo sviluppo di nuovi modelli di *business* tramite il caricamento di contenuti da parte degli utenti, attraverso l'esclusione della condizione di esenzione prevista all'art. 17, paragrafo 4, lett. c). Il regime di favore dovrebbe cessare di trovare applicazione una volta trascorsi 3 anni dalla prima disponibilità del servizio e «*non dovrebbe applicarsi ai servizi nuovamente creati o ai servizi forniti sotto una nuova denominazione, ma che svolgono l'attività di un prestatore di servizi di condivisione di contenuti online*».

*già esistente che non potrebbe beneficiare o non potrebbe più beneficiare di questo regime»<sup>261</sup>.*

*Inoltre, «se il numero medio di visitatori unici mensili di tali prestatori di servizi supera i 5 milioni, calcolati sulla base del precedente anno civile, essi devono dimostrare altresì di aver compiuto i massimi sforzi per impedire l'ulteriore caricamento di opere o di altri materiali oggetto della segnalazione per i quali i titolari dei diritti abbiano fornito informazioni pertinenti e necessarie».*

Perciò, mentre per i prestatori il cui numero medio di visitatori unici mensili non superi i 5 milioni non opera l'onere di provare di aver compiuto i massimi sforzi per impedire l'upload futuro di opere e contenuti protetti, rispetto ai quali avessero ricevuto una segnalazione non opera; coloro che vantino un numero di visitatori superiore al limite posto dalla norma, dovranno porre in essere quanto necessario in tal senso.

Certamente, però, sulla base del principio di proporzionalità che informa l'intera disposizione, sarà lecito attendersi da tali prestatori l'utilizzo di soluzioni meno complesse e costose rispetto a ciò che potrebbe considerarsi dovuto dai prestatori di cui al paragrafo 4<sup>262</sup>.

L'art. 17, paragrafo 7, poi, stabilisce che *«la cooperazione tra i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online e i titolari dei diritti non deve impedire la disponibilità delle opere o di altri materiali caricati dagli utenti, che non violino il diritto d'autore o i diritti connessi, anche nei casi in cui tali opere o altri materiali siano oggetto di un'eccezione o limitazione.*

*Gli Stati membri provvedono affinché gli utenti in ogni Stato membro possano avvalersi delle seguenti eccezioni o limitazioni esistenti quando caricano e mettono a disposizione contenuti generati dagli utenti tramite i servizi di condivisione di contenuti online: a) citazione, critica, rassegna; b) utilizzi a scopo di carica tura, parodia o pastiche».*

---

<sup>261</sup> Considerando 67, Direttiva UE 2019/790.

<sup>262</sup> In questi termini Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio "Orientamenti relativi all'articolo 17 della direttiva 2019/790/UE sul diritto d'autore nel mercato unico digitale", Bruxelles, 4.6.2021 COM (2021) 288 final, capitolo V, par. 4.

Inoltre, il paragrafo 9 prevede che i prestatori di servizi debbano istituire un meccanismo di reclamo e ricorso, «*celere ed efficace*», per le ipotesi in cui vengano avviate controversie in materia di disabilitazione dell'accesso o rimozione di opere e contenuti specifici.

Un'opzione valida, e scarsamente impattante per l'operativa del prestatore, potrebbe essere la predisposizione nel proprio sito *web* di sezioni appositamente dedicate alla presentazione di reclami, mettendo a disposizione degli utenti specifici format e moduli da compilare e inoltrare successivamente al prestatore, il quale potrebbe così istituire un canale di comunicazione riservato unicamente al dialogo con l'utente.

La gestione dei reclami deve avvenire senza ritardi e deve presupporre anche tecniche di verifica umana per valutare l'opportunità o meno della decisione di disabilitare l'accesso o rimuovere un determinato contenuto presente nel servizio.

Ciò è motivato dal fatto che, «*allo stato attuale delle conoscenze tecniche, nessuna tecnologia è in grado di raggiungere gli standard richiesti dalla legge nel valutare se il caricamento di contenuti che un utente desidera effettuare costituisca un uso legittimo o lesivo del diritto d'autore o dei diritti connessi*»<sup>263</sup>, per cui il blocco automatizzato e la disabilitazione automatica dell'accesso all'opera dovrebbero limitarsi alle sole ipotesi di contenuti manifestamente lesivi.

Tutti quelli che, viceversa, non presentino tale manifesta illiceità, allora, dovrebbero essere posti ad oggetto di verifica umana, sempre che ad essi il titolare dei diritti opponga valida e motivata segnalazione.

Si prescrive, infine, l'esigenza di consentire in qualsiasi caso, da parte degli Stati membri, la previsione di meccanismi di ricorso stragiudiziale, che consentano una risoluzione imparziale delle controversie, sempre fatti salvi gli ordinari mezzi di ricorso dinanzi all'autorità giurisdizionale competente, anche – e soprattutto – per far valere eventuali eccezioni o limitazioni al diritto d'autore e ai diritti connessi.

---

<sup>263</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio “*Orientamenti relativi all'articolo 17 della direttiva 2019/790/UE sul diritto d'autore nel mercato unico digitale*”, Bruxelles, 4.6.2021 COM(2021) 288 final, capitolo VI, par. (ii).

La normativa, infatti, *«non incide in alcun modo sugli utilizzi legittimi, quali quelli oggetto delle eccezioni o limitazioni previste dal diritto dell'Unione»*, di cui i prestatori sono tenuti a informare i propri utenti.

Gli utilizzi legittimi rilevanti ai fini della presente disposizione si riferiscono agli usi oggetto di eccezioni e limitazioni – ai fini di citazione, critica, parodia o caricatura –, nonché agli usi posti in essere da coloro che detengono o hanno acquisito i diritti sui contenuti caricati. Vi rientrano, inoltre, anche gli usi di contenuti non protetti dal diritto d'autore, con riferimento, ad esempio, alle opere di dominio pubblico o a quelle che non raggiungono la soglia di originalità e creatività di cui si è ampiamente parlato nel capitolo II della presente trattazione.

Le linee guida elaborate dalla Commissione, in materia di eccezioni e limitazioni, chiariscono altresì che quanto previsto al paragrafo 7 si applica esclusivamente all'ambiente digitale e ai suoi utenti.

Il considerando 70 della direttiva, in aggiunta, sottolinea l'importanza di consentire agli utenti di usufruire, riprodurre e caricare quei contenuti che, generati per le finalità di cui all'art. 17, par. 7, mirino a *«raggiungere un equilibrio tra i diritti fondamentali sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare la libertà di espressione e la libertà delle arti, e il diritto di proprietà, compresa la proprietà intellettuale»*.

Prima di concludere l'esposizione trattando l'ultima, importante, disposizione presente all'art.17, può essere d'interesse riportare alcuni esempi di criteri e requisiti sulla base dei quali valutare la manifesta illiceità del contenuto, che rilevi ai sensi del par. 7 e 9 della norma.

Utile, infatti, potrebbe essere la valutazione delle dimensioni del contenuto caricato: sebbene la lunghezza di un'opera non rappresenti un criterio univocamente necessario per stabilire quando e se un contenuto possa dirsi lecito o meno, è certo che può rilevare nel determinare il peso che la lesione del diritto può esplicitare in capo al titolare dello stesso, oltre a consentire l'accertamento in ordine alla possibile ricomprensione del caricamento di un contenuto nel perimetro di applicazione di una delle eccezioni valide a legittimarne l'utilizzo.

Il classico esempio è quello delle citazioni, il cui uso può dirsi oggetto di eccezione, laddove l'utente si avvalga di un breve frammento o estratto di un'opera più ampia.

D'altronde, anche il grado di modifica apportato all'opera da parte dell'utente può avere una certa importanza per stabilire se il contenuto caricato possa o meno qualificarsi come lesivo del diritto d'autore e dei diritti connessi.

Ovviamente la totale corrispondenza tra più opere o, in ogni caso, di percentuali significative delle stesse, non può che considerarsi manifestamente illecita.

Lo stesso però potrebbe dirsi, come fa notare la stessa Commissione, anche per un contenuto a cui siano state apportate mere modifiche tecniche o formali, che non incidono, di fatto, sul contenuto di quanto caricato.

Diversa è, invece, l'ipotesi in cui l'utente utilizzi un contenuto intervenendovi con originalità e creatività e attribuendogli una connotazione artistica nuova.

In questo contesto, assumono particolare rilevanza le considerazioni svolte nel corso del capitolo II, specialmente per ciò che attiene al tema dell'originalità e della creatività dell'opera dell'ingegno, a cui di conseguenza consigliamo di rinviare.

Infine, si è ritenuto opportuno concludere la discussione con una breve esposizione di quanto stabilito dal legislatore europeo all'art. 17, paragrafo 8, quale norma di chiusura di un sistema complesso ma, allo stesso tempo, profondamente innovativo, che sicuramente aprirà nuovi e ampi margini di sviluppo in materia. L'art. 17, par. 8, ribadisce in primo luogo l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza, escludendo così che in capo al prestatore di servizi possa riconoscersi un generico dovere di vigilanza, esteso a qualsiasi contenuto immesso dagli utenti nel sito web e nella piattaforma offerta, coerentemente rispetto a quanto esposto finora<sup>264</sup>.

Importante, infine, è il principio di trasparenza a cui si riconnette quanto previsto dal legislatore in chiusura del paragrafo 8: i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online, infatti, sono chiamati a fornire ai titolari dei diritti, su loro richiesta, le informazioni più opportune in merito al funzionamento degli strumenti e

---

<sup>264</sup> Il concetto di «*obbligo generale di sorveglianza*» richiama evidentemente quanto già espresso con riferimento all'art. 15 della precedente Direttiva *e-commerce*.

dei mezzi variamente utilizzati per impedire la disponibilità di contenuti non autorizzati, anche con riferimento alle tecnologie messe loro a disposizione da terzi, nonché in merito all'uso che intendono fare dei contenuti oggetto degli accordi di licenza eventualmente posti in essere, sempre che ciò non comprometta il segreto legittimamente sussistente sulle rispettive prassi e strategie commerciali adoperate da ciascun intermediario.

Ciò che si auspica, in questo modo, è un costante e trasparente flusso informativo tra i titolari dei diritti e i prestatori di servizi, in un'ottica di reciproca cooperazione e collaborazione, al fine di superare le innegabili difficoltà che contraddistinguono le relazioni nel mondo digitale.



## Bibliografia

AGCOM, 12 febbraio 2010, *Il diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica: indagine conoscitiva*.

AGCOM, *Contributo dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, Presidente G. Lasorella, Camera dei deputati, Commissioni riunite VII (Cultura, scienza e istruzione) e IX (Trasporti, poste e telecomunicazioni), Esame in sede referente delle proposte di legge C. 1357 Butti, C. 2188 Capitanio e C. 2679 Zanella, recanti disposizioni per la prevenzione e la repressione della diffusione illecita di contenuti tutelati dal diritto d'autore mediante le reti di comunicazione elettronica*; [https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/upload\\_file\\_doc\\_acquisiti/pdfs/000/006/986/Contributo\\_AGCOM.pdf](https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/upload_file_doc_acquisiti/pdfs/000/006/986/Contributo_AGCOM.pdf).

ALBERTINI L., *La responsabilità civile degli Internet Service Provider per i materiali caricati dagli utenti (con qualche considerazione sul ruolo di Gatekeepers della comunicazione)*, in *Law and Media Working Paper Series. Law and Policy of the Media in a Comparative Perspective*, n.4/2020.

ALIPRANDI, *Capire il copyright, Percorso guidato nel diritto d'autore*, Brescia, Ledizioni, 2012, <https://ia800302.us.archive.org/19/items/CapireIlCopyright/149684807-Capire-il-copyright-Aliprandi-2012.pdf>.

ARE M., *L'oggetto del diritto d'autore*, Milano 1963.

ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Torino 1960.

BARCELO R. JULIA, K.J. KOELMAN, *Intermediary Liability in the E-commerce Directive: so far so good, but it's not enough*, in 16 *Computer Law & Security Report*, 2000.

BASSOLI E., *Come difendersi dalla violazione dei dati su Internet. Diritti e responsabilità*, Maggioli Editore, 2012.

BAUMAN Z., T. LEONCINI, *Nati Liquidi. Trasformazioni nel terzo millennio*, Sperling & Kupfer, 2017.

*Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*, 9 settembre 1886.

BERTANI M., *Il diritto d'autore europeo*, Torino 2011.

BLACKSTONE W., *Commentaries on the Law of England*, 1765.

BOCCHINI R., *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico. Contributo allo studio dell'illecito plurisoggettivo permanente*, ESI, 2003.

BRACHA O., *The Adventures of the Statute of Anne in a Land of Unlimited Possibilities: The Life of a Legal Transplant*, 2010.

BUCCAFUSO C., *On the legal consequences of sauces: should Thomas Keller's recipes be per se copyrightable*, 24 *Cardozo Arts & Ent LJ* 1121, 2006 reperibile online all'indirizzo: [https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1151&context=fac\\_schol](https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1151&context=fac_schol).

*Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE)*, Nizza ,7 dicembre 2000.

CASSANO G., F. BUFFA, *Responsabilità del content provider e dell'host provider*, in *Corriere giuridico*, fasc. I, 2003.

CHANG L., *The Red Flag Test of Apparent Knowledge Under the DMCA § 512 (c) Safe Harbors*, 28 *Cardozo Arts & Ent. L. J.* 195 (2010).

COGO C., *I contratti di diritto d'autore nell'era digitale*, Torino 2010.

COMMISSIONE EUROPEA, *Commission Staff Working Document: Impact Assessment of the modernisation of EU copyright rules*; Bruxelles, 14 settembre 2016, SWD(2016) 301 final.

COMMISSIONE EUROPEA, *Raccomandazione (UE) 2018/334 della Commissione, del 1 marzo 2018, sulle misure per contrastare efficacemente i contenuti illegali online*.

COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio “*Orientamenti relativi all'articolo 17 della direttiva 2019/790/UE sul diritto d'autore nel mercato unico digitale*”, Bruxelles, 4.6.2021 COM(2021) 288 final.

COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sul diritto d'autore nel mercato unico digitale*; Bruxelles, 14.9.2016 COM(2016); 593 final.

COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, “*Strategia per il mercato unico digitale in Europa*” del 6 maggio 2015, COM(2015).

COMMISSIONE EUROPEA, *Informazioni di contenuto illegale e nocivo su Internet: ciò che è illegale fuori dalla rete è illegale anche sulla rete*, 16/10/1996.

CONSIGLIO D'EUROPA, *Convention européenne des droits de l'Homme*, 4 novembre 1950, Roma.

C.N. 13, c.118v e in *Early Modern Book Privileges in Venice* 12.

CHRISAM F., *Le licenze sugli user-generated content. Click-wrap agreement, big data e circolazione online del diritto d'autore*, Roma, Aracne Editrice, 2016.

DE CATA M., *La responsabilità civile dell'internet service provider*, Giuffrè Editore, Milano, 2010.

DE ROSA P., *Tutela del diritto all'anonimato online e responsabilità civile degli Internet Service Providers: ricerca di un equilibrio tra libertà d'espressione e accountability*, in *Data Protection Law. Diritto delle nuove tecnologie, privacy e protezione dei dati personali*, n. 2/2021, ([https://www.dataprotectionlaw.it/wp-content/uploads/2021/06/rivista-n.-2\\_2021.pdf](https://www.dataprotectionlaw.it/wp-content/uploads/2021/06/rivista-n.-2_2021.pdf)).

DE SANCTIS V., *Il diritto d'autore (Del diritto di autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche. Artt. 2575-2583)*, in *Il Codice civile, Commentario*, (diretto da F. D. BUSNELLI), Torino 2012.

DELGADO PLANAS A., *Responsabilidad de los operadores en el proyecto ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, in *Rev. Electrónica de Derecho Informático*, 2002.

DELSIGNORE M., *Il sistema U.S.A.*, in *AIDA*, Giuffrè, 2014.

Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, 1948.

FABBIO P., *Opere protette e requisiti di tutela nel diritto d'autore UE*, in *AIDA*, 2016.

FALCE V., *La modernizzazione del diritto d'autore*, Torino, Giappichelli, 2012.

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

FALZEA A., *Fatto di conoscenza*, in *Voci di teoria generale del diritto*, III ed., Milano, 1985.

FLEMING G.J., *The law of Torts*, 7th ed., Sidney, 1987.

FRANZONI M., *La responsabilità del provider*, in AIDA, 1997.

FROSIO G., *The Death of 'No Monitoring Obligations': A Story of Untameable Monsters*, 9 ottobre 2017, Fortcoming.

FROSIO G. (ed), *The Oxford Handbook of Intermediary Liability Online*, 2019, Fortcoming.

FROSINI T. E., *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in AIC, 2011.

GAIO, *Institutiones*, G. 2. 73.

GAMBARO A., R. SECCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, UTET, 2018.

GAMBINI M., *Le responsabilità civili dell'Internet Service Provider*, Napoli, 2006.

GILLIES J., R. CAILLIAU, *Come è nato il web*, Milano, Baldini&Castoldi, 2002.

GRECO P., P. VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, Torino, UTET, 1974.

GUARRACINO S., *Storia dell'età moderna*, Mondadori, 1983.

HEYMANN L.A., *Knowing How to Know: Secondary Liability for Speech in Copyright Law*, in *William & Mary Law School Scholarship Repository, Faculty Publications*, 2020.

HOEREN T. – R. PILCHER, *Zivilrechtliche Haftung im Online-Bereich*, in U. LOWEWNHEIM – F.A. KOCHE, *Praxis des Online-Rechts*, Weinheim, 1997.

IZZO U., *Alle origini del copyright e del diritto d'autore – Tecnologia, interessi e cambiamento giuridico*, Roma, Carrocci Editore, 2010.

LA DIEGA G.N., *Le idee e il muro del suono. I programmi per elaboratore nella più recente giurisprudenza europea*, in *Europea e Dir. Priv.*, fasc. II, 2013.

LOCKE J., *Due trattati sul governo*, 1689.

LUZZATTO, *Proprietà intellettuale e diritto internazionale*, in *Studi di diritto industriale in onore di Adriano Vanzetti*, Milano, 2004.

KARNELL G.W.G., *European Originality*, cit., 209.

MAIETTA A., *Il sistema delle responsabilità nelle comunicazioni via Internet*, in CASSANO, CIMINO, *Diritto dell'Internet e delle nuove tecnologie telematiche*, Padova, 2009.

MASTROIANNI R. in A. M. GAMBINO, V. FALCE, *Scenari e prospettive del diritto d'autore*, Roma, Edizioni ART, 2009.

MICHELET J., *Le peuple*, Comptoir des Imprimeurs, Unis, Hachette – Paulin, Paris, 1846.

MONATERI P.G., *La responsabilità civile*, UTET, 2006.

MORGESE G., *L'accordo sugli aspetti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (TRIPs)*, Bari, Cacucci Editore, 2009.

MORGESE G., *La normativa internazionale ed europea sul diritto d'autore*, in *La comunità internazionale*, fasc. 4/2014, Editoriale Scientifica Srl.

MOSCATI L., *Tra copyright e droit d'auteur*, Satura Editrice, 2013.

MONTERO E., *La responsabilité des prestataires de l'Internet*.

MUSSO A., *Originalità e contraffazione dei personaggi di fantasia tra diritti d'autore, diritti sui segni distintivi e diritti sui disegni o modelli: verso la sempre maggiore accumulazione asistemica fra i regimi di proprietà industriale ed intellettuale*, in *Rivista di Diritto Industriale*, fasc. II, 2018, pag. 107.

NOVELLI C., *Il social giudiziario. La giurisprudenza italiana sulla responsabilità civile degli Internet Service Providers*, in *Rivista Italiana Informatica e Diritto, Periodico Internazionale del CNR-IGSG*, Fasc. I, 2019.

ONU, *Universal Declaration of Human Rights (UDHR)*, Parigi, il 10 dicembre 1948.

PANETTA R., *Il ruolo dell'Internet Service Provider e i profili di responsabilità civile*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc. III, 1 marzo 2019.

PANETTA R., *La responsabilità civile degli Internet Service Provider e la tutela del diritto d'autore*, in *Il diritto industriale*, fasc. I, 2017.

PIOLA CASELLI E., ARIENZO A., BILE F., in *Diritti d'autore*, in *Novis. Dig. it.*, V, Torino 1957.

PIOLA CASELLI E., *Codice del diritto d'autore*, Torino, UTET, 1943.

PONZANELLI, *Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli internet service provider*, in Sica-Stanzione, *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Milano, 2002.

PROSPETTI E., *La circolazione delle opere digitali*, in G. CASSANO, G. SCORZA, G. VACIAGO, *Diritto dell'Internet. Manuale operativo. Casi, legislazione, giurisprudenza*, CEDAM, Padova, 2012.

RICCI S., *File sharing e attività illecite*, in G. CASSANO E I.P. CIMINO, *Diritto dell'Internet e delle nuove tecnologie telematiche*, Padova, CEDAM, 2009.

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

RICCIO G.M., *Anonimato e responsabilità in Internet*, in *Diritto dell'informatica*, 2000, pag. 355.

RICCIO G.M., *Social Network e responsabilità civile*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, fasc. 6, 2010.

RICCIO G.M., *Nota a Tribunale Grande Instance di Nanterre*, 8 dicembre 1999, in *Dir. Inf. e Inf.*, 2000.

RICOLFI M., *Il diritto d'autore*, in *Tratt. Cottino, III, Diritto industriale*, Padova, 2001.

RODOTÀ S., *Libertà, opportunità, democrazia e informazione, in Internet e privacy: quali regole?*, Atti del Convegno di Roma, 8-9 maggio 1998, Supplemento n. 1 al Bollettino n. 5 del Garante, 1998.



ROSATI E., *Originality in EU Copyright: Full harmonization through Case Law*, Edward Elgar Pub, 2013.

ROSMINI E., *Legislazione e giurisprudenza sui diritti d'autore*, Hoepli, 1890.

SAVAGE T., *Avoiding the Next Napster: Copyright Infringement and Investor Liability in the Age of User Generated Content*, in *Michigan Business & Entrepreneurial Law Review* 261 (2015), Vol. 4, Issue 2.

SENECA, *De beneficiis*, VII, 6, 1.

SGANGA C., *La nozione di opera protetta nel diritto d'autore europeo tra armonizzazione silente e silenzi controversi*, in *Rivista di Diritto Industriale*, fasc.II, 2020, pag. 159.

SICA S., V. Z. ZENZOVIČH, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, CEDAM, 2019.

SICA S., *Il sistema delle responsabilità*, in S. SICA- G. COMANDÈ, *Il commercio elettronico*, Torino, 2001.

SIMONCINI A., *Sovranità e potere nell'era digitale*, in T.E. FROSINI, O. POLLICINO, M. BASSINI, *Diritti e libertà in Internet*, Mondadori Education, Milano, 2017.

SPEISES S.M., C.F. KRAUSE, A.W. GANS, *The American Law of Torts*.

SPEDICATO G., *Interesse pubblico e bilanciamento nel diritto d'autore*, Milano, Giuffrè Editore, 2013.

SPEDICATO G., *La forma impertinente: una riflessione sui rapporti tra arte contemporanea e diritto d'autore*, in *Dir. aut.*, 2011.

SPEDICATO G., *Opere dell'arte appropriativa e diritti d'autore*, in *Giur. Comm.*, fasc I, 2013.

SPEDICATO G., *Principi di diritto d'autore*, Bologna, Il Mulino, 2020.

SPOLIDORO M. S., *I criteri di accertamento del plagio nel diritto d'autore*, in *Rivista di Diritto Industriale*, fasc.6, 1 dicembre 2019.

STALLMAN R.M., *Misinterpreting Copyright – A series of Error*, 2002;  
<http://www.gnu.org/philophy/misinterpreting-copyright.it.html>.

STAZI A., *La tutela del diritto d'autore in rete: bilanciamento degli interessi, opzioni regolatorie europee e "modello italiano"*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (II)*, fasc. 1, 2015.

STOLFI N., *Il diritto d'autore*, vol.I, Milano, Società editrice libraria, 1932.

TESCARO M., *Schemi legali e opposte tendenze giurisprudenziali in tema di responsabilità civile dell'Internet Provider*, in *Giur. Merito*, fasc. 12, 2013.

TOSI E. in *Contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile degli hosting provider - passivi e attivi - tra tipizzazione normativa e interpretazione evolutiva applicata alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti*, in *Rivista di Diritto Industriale*, fasc.I, 2017.

TOSI E., *La responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider e dei motori di ricerca a margine dei recenti casi "Google suggest" per errata programmazione del software di ricerca e "Yahoo!Italia" per "ling" illecito in violazione dei diritti di proprietà intellettuale*, in *Rivista di Diritto Industriale*, fasc. I, 2012.

TOSI E., in *La tutela degli audiovisivi e dei contenuti digitali nelle reti di comunicazione elettronica tra diritto d'autore online e responsabilità civile degli Internet Service Provider*, in G. FINOCCHIARO e F. DELFINI, *Diritto dell'informatica*, UTET, Torino, 2014.

TORRENTE A., P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, 2017.

*Universal Copyright Convention*, Ginevra, 6 settembre 1952.

VENEZIAN G., *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, in *Opere giuridiche*, I, Roma, 1919, 55, cit. da C. Castronovo, *Responsabilità civile*, Milano, 2018.

ZAMMATARO G., *Il futuro del Copyright nel mercato unico digitale: l'arduo contemperamento di interessi nella Direttiva 2019/790*, in *Giustizia civile.com*, n. 8/2019, Giuffrè.

ZANCAN, M., *La nuova direttiva sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale*, in *MediaLaws*, <https://www.medialaws.eu/wp-content/uploads/2019/03/2-2019-Zancan.pdf>.

KUCZERAWY A., *From 'Notice and take down' to 'Notice and Stay Down': Risks and Safeguards for Freedom of Expression*, 19 dicembre 2018.

WIPO, *World Intellectual Property Organisation*, istituita con la *Convention Establishing the World Intellectual Property Organisation*, Stoccolma, 14 luglio 1967.