

Law and Media Working Paper Series

no. 2/2019

LORENZO ALBERTINI¹

La modifica al diritto d'autore europeo per tener conto del contesto digitale: note sugli artt. 11 (diritto degli editori) e 13 (responsabilità dei *provider*) della bozza di direttiva UE nel febbraio 2019, uscita dalla fase c.d. *trilogue*

SOMMARIO: 1. Introduzione. Caratteristiche principali del nuovo diritto dell'editore (art. 11). – 2. Il diritto dell'editore in rapporto ad altri diritti. – 3. Invocabilità di eccezioni e limitazioni nei confronti del diritto dell'editore. Durata. – 4. Credito degli autori. – 5. La responsabilità del provider (art. 13): sua definizione (art. 2). – 6. La nuova fattispecie del diritto di comunicazione al pubblico quando applicato ai provider. – 7.1 Il nuovo regime di esenzione. – 7.2 (segue). – 8. Responsabilità e illiceità. Differenze rispetto al d. lgs. 70/2003. – 9. Agevolazioni per i provider minori. – 10. Il rischio di filtraggio di materiali leciti. Le nuove eccezioni/limitazioni obbligatorie. – 11. Assenza di un obbligo di monitoraggio generalizzato. – 12. Procedimenti per il caso di contestazioni (filtri automatici vs. decisioni umane). Cenno alla questione del bilanciamento oltre le eccezioni/limitazioni espressamente previste

1. Introduzione. Caratteristiche principali del nuovo diritto dell'editore (art. 11)

Col presente lavoro propongo alcune considerazioni sulla proposta di direttiva (*Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market*) che modifica significativamente la disciplina europea del *copyright*. In particolare, esaminerò la bozza degli

¹ Avvocato in Verona.

articoli 11 e 13, che sui media son apparsi i più controversi. Mi sono basato sul testo inglese diffuso dal Consiglio dell'Unione Europea il 20 febbraio 2019², dopo il raggiungimento di un accordo informale col Parlamento, c.d. trologo³: non risulta infatti ancora disponibile una traduzione ufficiale italiana (ora v. però nota 2).

Dato che la proposta è stata ampiamente discussa su social e mass media di ogni tipo, mi esimo dal fornirne un'illustrazione generale e passo al testo dei due articoli⁴. La bozza di direttiva *de qua* verrà qui di seguito semplicemente indicata come "la dir." o "la dir. *de qua*".

L'articolo 11 prevede un diritto esclusivo a favore degli editori di giornali ("*publishers of press publications*", di seguito per brevità solo "editori"⁵; il relativo diritto sarà indicato anche come "diritto degli editori/dell'editore") per gli utilizzi *online* delle loro pubblicazioni a carattere giornalistico ("*press publications*": di seguito anche solo "pubblicazioni di c.g.").

Le caratteristiche di questo diritto sono le seguenti.

- a) La protezione concerne tutte le pubblicazioni, a prescindere dalla loro creatività: la quale è irrilevante, come è irrilevante chi ne sia l'autore. Non si tratta infatti di diritto d'autore su opera dell'ingegno, bensì – parrebbe – di un diritto appartenente al tipo dei "diritti connessi": cioè una situazione giuridica minore ma pur sempre favorevole, sostanzialmente volta alla protezione dell'investimento imprenditoriale sottostante⁶. In sede di recepimento

² Si tratta del documento 6637/19-Interinstitutional File: 2016/0280(COD) del 20 febbraio 2019.

³ Il testo è scaricabile anche dal blog della europarlamentare tedesca Julia Reda: <https://juliareda.eu/2019/02/eu-copyright-final-text/>. Per la cronologia dell'iter v. il sito www.create.ac.uk: <https://www.create.ac.uk/policy-responses/eu-copyright-reform>. Nelle more della pubblicazione di questo saggio, la proposta è stata approvata dal Parlamento UE nella seduta plenaria del 26 marzo 2019: il testo italiano adottato dovrebbe essere il seguente (circolano diversi link in rete): <https://tinyurl.com/y6j9tg2w>: gli artt. 11 e 13 sono diventati artt. 15 e 17 (ci sono alcune modeste variazioni, anche nella suddivisione di paragrafi e sottoparagrafi, ma di natura puramente redazionale, parrebbe).

⁴ Data la lunghezza di singoli considerando e di singoli paragrafi (§), mi riferirò alle loro "sottoparti" col termine *subp.* (*subparagraph*): per cui ad es. subp.1 corrisponde al nostro comma 1, subp. 2 al nostro comma 2, etc.

⁵ "Editori di giornali", secondo la traduzione italiana di cui al documento del Parlamento Europeo nel testo 12.09.2018 atto n° P8_TA-PROV(2018)0337 - COM(2016)0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD).

⁶ Leggermente diverso è il discorso da fare per l'altro grande gruppo di diritti connessi, relativo alle prestazioni di artisti interpreti ed esecutori (A.I.E., non incisi dalla dir.): v. M. Bertani, *Diritto d'autore europeo*, Torino, 2011, 288 ss. e 275 ss. per il resoconto storico. Per approfondimenti sul ruolo dei diritti connessi

troverebbe verosimilmente collocazione nel tit. II della l. 633/1941 (di seguito anche solo: “l. aut.”) e potrebbe ad es. essere inserito in un nuovo capo II-bis dopo l’art. 79. In altre parole, è protetto l’articolo giornalistico in sé, a prescindere dal contenuto: dovrebbe assomigliare dunque alla tutela del fonogramma o dei supporti audiovisivi/videogrammi *ex artt. 72 ss l. aut.* e rispettivamente art. 78-ter ss., l. aut. oppure – meglio ancora – alla tutela delle emissioni radiotelevisive *ex art. 79 ss l. aut.* In essi la tutela ai produttori (per i primi due casi) e alla impresa televisiva (per il terzo caso) è concessa sulle loro realizzazioni materiali, a prescindere dal contenuto: a differenza ad es. della tutela degli A.I.E. , ove si menziona l’opera dell’ingegno⁷. È vero che viene usato il termine “works” per indicare l’oggetto delle pubblicazioni di c.g. (v. art. 2, § 4, e cons. 33), il che fa pensare ad opere dell’ingegno. Tuttavia, da un lato, il diritto d’autore è appunto il diritto che spetta agli autori dell’articolo, mentre il diritto *de quo* spetta all’editore. Ne segue che quest’ultimo, se gli viene ceduto pure il diritto dell’autore, sarà titolare di due esclusive: diritto d’autore e diritto connesso (come normale nei casi appena indicati). Dall’altro, è specificato che, oltre ad opere letterarie, può includere anche opere diverse e materiali di altro tipo (art. 2, § 4.a)⁸. A conferma della natura di diritto connesso, la riproduzione parziale è vietata sempre (tranne parole singole o estratti molto brevi: § 1, subp. 3), a prescindere dalla verifica che la parte concretamente riprodotta sia dotata o meno di creatività: verifica che non pare minimamente richiesta⁹.

nell’ordinamento europeo v. A. Peukert, voce *Related rights (Copyright)*, in J. Basedow - K.J. Hopt - R. Zimmermann with A. Stier (ed.), *Max Plank Encyclopedia of European Private Law*, Oxford, II, 2012, 1443, § 1, nonché (anche sul diritto italiano) M. Bertani *Impresa culturale e diritti esclusivi*, Milano, 2000, parte seconda, cap. VI, 251 ss. e spec. cap. VIII, 453 ss.

⁷ Art. 80, c. 1, l. aut.: v. M. Bertani, *Diritto d’autore europeo, cit.*, 289, nota 527.

⁸ “*May also include other works or subject mater*”. Resta il dubbio se si estenda a qualunque altro lavoro, anche il più banale.

⁹ Condivide la qualificazione di diritto connesso A. Pojaghi, *Il diritto d’autore nel mercato unico digitale*, in *Justitia*, 4, 2018, 445. Lo ritiene invece un diritto d’autore con termine ridotto G. Ghidini, *Rethinking intellectual property*, Cheltenham, UK-Northampton, MA, USA, 2018, 209, aggiungendo che sarebbe stato più appropriato un sistema di pubblico dominio pagante/equo compenso, *open paying access* (*ibid.*, 212).

- b) Il diritto è riservato alle pubblicazioni, che rientrano nel concetto di *press publications* (pubblicazioni di c.g., abbiamo detto) sotto il profilo oggettivo e ai rispettivi editori sotto il profilo soggettivo. Il concetto di pubblicazioni di c.g. è indicato con un certo dettaglio dall'art. 2 n. 4 e dal cons. 33, al quale rimando. Segnalo solo che, secondo quanto ivi si legge: -comprende pure le pubblicazioni su carta; -solitamente consisterà di opera letteraria ma potrà includere pure altro (fotografie e audiovisivi, soprattutto), anche non qualificabile come opera dell'ingegno (come detto poco sopra); -sono esclusi siti web come i blogs, le cui informazioni siano parte di attività non condotta da un service provider, quale è un editore (*news publisher*)¹⁰.
- c) Il suo contenuto è determinato con rinvio all'art. 2 (diritto di riproduzione) e al c. 2 dell'art. 3 (diritto di comunicazione al pubblico) della dir. 29/01/CE del 22 maggio 2001 (di seguito solo "dir. 29")¹¹ Le tutele offerte dall'art. 3, dir. 29, sono di due tipi: c.1 e c. 2. Il c. 1 riserva tale diritto agli autori, mentre il c. 2 lo riserva ad altre categorie (A.I.E., produttori di fonogrammi, produttori di opere cinematografiche e organismi di diffusione radiotelevisiva). La formulazione è leggermente diversa nei due commi: il c. 2 non parla più di "comunicazione al pubblico", ma solo di "messa a disposizione del pubblico su filo o senza filo in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelto individualmente". Anche la "messa a disposizione del pubblico" però fa parte dell'area concettuale della comunicazione al pubblico. La differenza sta nel fatto che nella prima manca un atto trasmissivo, che è invece presente nella comunicazione¹²: anche se questa semanticamente si significa solamente "mettere in comune"¹³ in qualunque modo, non solo tramite una trasmissione (quindi anche tramite il "mettere a disposizione"). Questa differenza testuale è stata storicamente determinata dall'intento di aggiornare la disciplina

¹⁰ Quindi: sono esclusi in tanto in quanto non siano condotti da soggetti così qualificabili.

¹¹ Non mi soffermo sul rinvio all'art. 2, dir. 29; faccio invece qualche considerazione sul rinvio all'art. 3, più problematico.

¹² V. G. Spedicato *Il diritto di comunicazione e di messa a disposizione del pubblico*, in *Annali italiani del diritto d'autore*, XXIV-2017, 275-277.

¹³ Precisamente «rendere ad altri comune in tutto o in parte»: così la voce *Comunicare* nel *Dizionario online della lingua italiana* di Nicolò Tommaseo, ospitato nel sito della Crusca, <http://www.tommaseobellini.it>.

del *copyright* all'innovazione tecnologica rappresentata da internet¹⁴. Si tratta dunque di diritto connesso strutturato come diritto di esclusiva (tutela reale) e non come diritto a mero compenso (tutela obbligatoria)¹⁵.

d) Si precisa nel cons. 34 che il diritto non riguarda i “meri fatti”. La cosa è pacifica nel diritto d'autore, che tutela solo la modalità espressiva delle rappresentazioni artistiche: dovrebbe dunque esserlo pure per i diritti connessi, dato che il monopolio sulla divulgazione dei fatti è del tutto eccezionale negli ordinamenti giuridici moderni. Probabilmente, però, male non ha fatto la direttiva a chiarirlo: essendo una privativa a tutela dell'investimento finanziario, non si può escludere che qualcuno avrebbe potuto un bel giorno reclamare un'esclusiva sui fatti che tale investimento ha potuto individuare e comunicare¹⁶.

e) L'esclusiva esiste solo nei confronti degli utilizzi *online* da parte degli “*information society service provider*” (di seguito per brevità solo: “*i.s.s. provider*”). La dir. *de qua* (art. 2 n. 6) rinvia

¹⁴ v. Trattato *Wipo Copyright Treaty-WCT* del 20 dicembre 1996, art. 8 (cui la dir. 29 ha voluto dare esecuzione: cons. 15): il quale a sua volta ha voluto risolvere alcuni dubbi interpretativi intorno agli artt. 11 e 11-bis della Convenzione di Berna del 1886, in particolare sulla applicabilità anche alla fruizione in tempi diversi, c.d. tecnologia non più *push* ma *pull* (J.C. Ginsburg - E. Treppoz, *International copyright law. US and EU perspectives*, Cheltenham, UK-Northampton, MA, USA, 2015, 314-315). Da noi v.: G. Guglielmetti, *Il diritto di comunicazione e messa a disposizione del pubblico*, in *Annali italiani del diritto d'autore*, XIX-2010, 149 ss.; A. Musso, *L'impatto dell'ambiente digitale su modelli e categorie dei diritti d'autore o connessi*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2018, 2, 472-474; G. Spedicato, *op. cit.*, 264 ss. e spec. 266. È del resto una costante nella storia dei diritti d'autore il tentativo di estendere il monopolio sui contenuti ad usi ulteriori resi possibile dalla innovazione tecnologica (G. Frosio, *Pragmatismo, contaminazioni e politiche del Linking nella giurisprudenza della CGEU*, in *Annali italiani del diritto d'autore*, XXVI- 2017, 367, ma v. pure 368-369). Il panorama tecnologico è però già cambiato rispetto a quello presente all'epoca della dir. 29: per cui l'interpretazione teleologica rischia di divenire aleatoria, sì che è necessario ricorrere alla analogia ma anche talora ai principi generali, magari di settore (così per C.E. Mayr, *I diritti di riproduzione e distribuzione*, in *Annali italiani del diritto d'autore*, XXVI-2017, 236).

¹⁵ Pregevole sintesi degli interessi protetti e delle possibili tecniche di tutela in R. Romano - P. Spada, *Parte generale*, in P. Auteri ed altri, *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2016, 5 ed., 29-42 (§§ 9-10).

¹⁶ Si sarebbero però potute addurre in senso opposto pregnanti considerazioni: eccezionalità delle privative e forse anche l'argomento *a majori ad minus* tra il predetto approccio ai fatti del diritto di autore e quello – che non può essere totalmente diverso – dei diritti connessi.

per siffatto concetto di “servizio” a quello fornito dalla dir. 2015/1535, nel cui art. 1.1.b si legge: «servizio»: qualsiasi servizio della società dell'informazione, vale a dire qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi. Ai fini della presente definizione si intende per: i) «a distanza»: un servizio fornito senza la presenza simultanea delle parti; ii) «per via elettronica»: un servizio inviato all'origine e ricevuto a destinazione mediante attrezzature elettroniche di trattamento (compresa la compressione digitale) e di memorizzazione di dati, e che è interamente trasmesso, inoltrato e ricevuto mediante fili, radio, mezzi ottici o altri mezzi elettromagnetici; iii) «a richiesta individuale di un destinatario di servizi»: un servizio fornito mediante trasmissione di dati su richiesta individuale (v. all. 1 per un elenco di servizi non rientranti nella definizione).

- f) Viene precisato (§ 1, subp.1) che l'esclusiva non vale (non esiste) verso gli usi privati o non commerciali realizzati da singoli utenti (da intendere come “persone fisiche”, parrebbe). I due requisiti dunque devono concorrere: pertanto l'esenzione (impregiudicato se costituisca “eccezione” in senso tecnico: il che non parrebbe) non è invocabile da parte di enti di qualunque tipo – anche senza scopo di lucro, nè da soggetti individuali che però la utilizzino nell'ambito di attività lucrative: lucrative in tutto o anche solo in parte, direi, e cioè miste lucrative/non lucrative o a lucratività attenuata. Nel caso di scomponibilità di questi settori d'attività di una medesima impresa (o nel caso di più imprese condotte dal medesimo soggetto), potrebbe teoricamente porsi un problema di non facile soluzione, qualora l'utente utilizzasse la pubblicazione di c.g. nel solo settore (o nella sola impresa) *non profit*; dovrebbe trattarsi però di un'ipotesi poco realistica¹⁷.
- g) Non rientra nell'esclusiva l'attività del rinviare ad articoli di giornale tramite *hyperlinking* (§ 1, subp. 2). Con ciò, tuttavia, non è detto che sia stata superata la nota problematica sulla liceità o meno del *link* ad opere protette. Letteralmente, infatti, la regola *de qua* si limita a collocare il *linking* fuori dall'esclusiva a favore degli editori (che è un diritto connesso, come

¹⁷ Almeno per utenti persone fisiche; più realistico invece per gli enti (si pensi alle imprese sociali o alle società *benefit*): i quali però, come detto, non godono dell'esenzione.

visto): nulla dice invece circa il rapporto tra il *linking* e l'esclusiva d'autore. Va però tenuto conto che il legislatore UE con questa dir. vuole tutelare gli investimenti degli editori contro gli utilizzi *on line* non autorizzati dei relativi prodotti culturali (v. cons. 31 e 32). Ed allora il fatto che il *linking* sia esentato dal diritto connesso *de quo*, costituisce un indizio del fatto che l'ordinamento UE ritenga i *link* non dannosi a tale scopo. Se ne possono quindi forse trarre probabilmente conseguenze anche nella cennata questione della liceità del *linking* verso opere protette. Si pensi al caso in cui l'articolo giornalistico linkato (mi si passi la brutta espressione, però di immediata comprensione) costituisca pure opera dell'ingegno (ipotesi frequente): non vedrei ragione per negare all'investimento editoriale protezione contro il *link* e concederla invece al contenuto artistico del medesimo articolo.

- h) L'esclusiva non si applica nemmeno agli utilizzi di "singole parole" o di "estratti molto brevi" delle pubblicazioni di c.g., dato che nemmeno essi pregiudicano gli investimenti degli editori (cons. 34a). Sempre nel cons. 34a si legge che tale regola dovrà essere intesa "in modo da non pregiudicare la effettività di tutela" offerta dalla direttiva, tenuto conto che gli *i.s.s. provider* si avvalgono di aggregazioni massive di pubblicazioni di c.g.: quindi è probabile che si inclinerà verso una interpretazione restrittiva dell'esenzione. Il suggerimento di tale cons., in ogni caso, non è particolarmente utile. Da un lato, è naturale che l'esenzione non debba allargarsi al punto da ridurre la tutela posta dalla direttiva¹⁸; dall'altro, la pratica potrà far nascere casi, in cui ad es. diritti antagonisti (soprattutto la libertà di espressione) richiederanno l'utilizzo di parole o espressioni comuni (quindi non monopolizzabili, nemmeno con un diritto connesso) e/o non sostituibili (o difficilmente sostituibili), uguali a quelle presenti nella pubblicazione di c.g. In ogni caso, si applicheranno le ulteriori eccezioni previste dal diritto UE (v. il seguente art. 11, § 3).

¹⁸ Il discorso però non è semplice, dato che la delimitazione dell'ambito applicativo dell'esclusiva (anzi, di ogni diritto) non è un *a priori*, ma è frutto di interpretazione dei suoi limiti e cioè dei confini dei diritti ad essa antagonisti: per cui ogni volta che allargo questi ultimi, inevitabilmente restringo l'esclusiva.

2. Il diritto dell'editore in rapporto ad altri diritti.

Il § 2 si occupa del rapporto tra il nuovo diritto dell'editore e i diritti sui contenuti eventualmente presenti nell'articolo: quali il diritto d'autore – ancora in capo all'autore o trasferito ad un cessionario, non conta – oppure il diritto connesso su audiovisivo, se tale è¹⁹. Ebbene, il diritto degli editori non va a modificare in alcun modo tali diritti – previsti dal diritto europeo – relativamente alle opere e altri materiali protetti incorporate in una pubblicazione di c.g. La preoccupazione del legislatore UE è comprensibile, dato che l'articolo di stampa (analogica o digitale), come detto, può costituire e spesso costituirà anche opera dell'ingegno.

Il § 2 precisa poi che i diritti degli editori non possono essere invocati contro i predetti autori e titolari di altri diritti: in particolare, privandoli del diritto di sfruttare i loro lavori indipendentemente dalla pubblicazione in cui sono incorporati. Precisa pure (subp. 2) che, quando un'opera o altro materiale protetto è incorporata in una pubblicazione di c.g. sulla base di una licenza non esclusiva, il diritto dell'editore non può essere invocato per proibire l'uso da parte di terzi autorizzati (dall'autore o dal titolare, evidentemente): cioè in pratica estende la non invocabilità del diritto dell'editore anche ai rapporti con altri editori licenziatari. Il che è logico, sia perchè il (primo) licenziatario non esclusivo non può azionare un diritto più ampio di quello che ha, non solo verso l'autore ma anche verso altri aventi causa da quest'ultimo; sia perchè altrimenti si vanificherebbe la sfruttabilità commerciale da parte dell'a. degli utilizzi appunto non licenziati, esponendolo ad azioni di manleva da parte dei licenziatari successivi. Quindi la regola era già deducibile dal prec. subp. 1, seconda parte (incompatibile col proibire utilizzi non licenziati), se non addirittura dalla sua prima parte.

Il diritto dell'editore non pregiudica nemmeno eventuali patti regolanti questo aspetto (cons. 35, in fine del subp.1): del che non ci sarebbe stato da dubitare, anche senza la precisazione.

Il diritto dell'editore, infine, nemmeno può essere invocato per proibire l'uso di opere cadute in pubblico dominio (§ 2, subp.2, in fine). Il che non dovrebbe sorprendere, direi, altrimenti il pubblico dominio rischierebbe di svanire. Basterebbe riprodurre un'opera, ormai priva di *copyright*, in una pubblicazione di c.g. per far in pratica risorgere il *copyright* stesso per un biennio,

¹⁹ La dir. usa infatti il termine «*authors and other rightholders, in respect of the works and other subject-matter incorporated in a press publication*». Come detto sopra, la protezione in questa materia concerne gli autori per opere dell'ingegno e altri soggetti titolari di diritti connessi.

magari riproponendo l'operazione ripetutamente allo scadere di ogni biennio. La precisazione non pareva necessaria, anche se male non dovrebbe fare. Ci sarà semmai da vedere come si concili nei fatti il nuovo diritto connesso con la permanenza del pubblico dominio, nei casi in cui la pubblicazione di c.g. riproduca appunto una tale opera. Probabilmente non ci sarà violazione se e nella misura in cui ci si limiti a riprodurre l'opera stessa, per quanto prendendola dalla pubblicazione di c.g., anziché riprodurre quanto l'editore vi abbia aggiunto. Per cui ad es. se l'opera è presente nella pubblicazione di c.g. non testualmente, ma solo parafrasata, la riproduzione costituirà violazione del diritto dell'editore²⁰.

3. Invocabilità di eccezioni e limitazioni nei confronti del diritto dell'editore. Durata

Il § 3 richiama l'applicabilità degli articoli da 5 e 8 della dir. 29 nei confronti del diritto dell'editore. Si tratta di norma importante, non potendosi pensare per esso ad un trattamento diverso da quello previsto per gli altri diritti connessi. Sono dunque richiamati: l'articolo 5, che riguarda eccezioni e limitazioni, alcune obbligatorie ma per la maggior parte facoltative²¹; l'articolo 6, che riguarda le misure tecnologiche (v. da noi art. 102-*quater* l. aut.); l'articolo 7, concernente gli obblighi relativi alle informazioni sul regime dei diritti (da noi v. art. 102-*quinquies* e relative norme penali); l'art. 8, che disciplina sanzioni e mezzi di ricorso. Gli Stati presumibilmente estenderanno l'apparato sanzionatorio vigente anche a questo nuovo diritto dell'editore: da noi gli artt. 156 ss. l. aut. già sono pacificamente applicabili anche ai diritti connessi.

Si precisa che anche verso le pubblicazioni di c.g. è applicabile l'eccezione di uso di opera orfana (dir. 2012/28) e di uso a favore di persone con disabilità visive (dir. 2017/1564).

²⁰ Nella prima versione (2016) dell'articolato ad opera della Commissione, mancava la precisazione relativa alla salvezza del pubblico dominio e la dottrina non aveva mancato di segnalare il rischio di impedire sia questo che le licenze Creative Commons: C. Geiger - O. Bulayenko - G.Frosio, *The Introduction of a Neighbouring Right for Press Publisher at EU Level: The Unneeded (and Unwanted) Reform*, in *European Intellectual Property Review*, 4, 2017, 208 e 210. Gli aa. segnalano poi altri profili di indesiderabilità della riforma: i) frammentazione normativa a livello nazionale in sede di recepimento (*ibid.*, 204; per vero evitabile solo cambiando lo strumento normativo –regolamento invece che direttiva- oppure incrementando il tasso di analicità della disposizione); ii) peggioramento, anziché miglioramento, delle condizioni per creatori, piccoli editori e utenti, anche per la probabile riduzione dell'offerta informativa e quindi pure del tasso di pluralità dell'informazione (*ibid.*, 204-206); iii) benefici indimostrati per gli editori, dato che l'esperienza dei due paesi, che già conoscono questo diritto – Spagna e Germania, non è stata felice (*ibid.*, 207-208).

²¹ Sulle quali potrà gravare un equo compenso a favore dell'editore: art. 12 di questa dir.

La durata di questo nuovo diritto è di due anni dalla pubblicazione, con decorrenza dal primo gennaio dell'anno successivo alla data di pubblicazione²². Circa la disciplina del relativo onere probatorio, trattandosi di diritto per sua natura limitato nel tempo, l'essere ancora in termini dovrebbe essere un fatto costitutivo del diritto e dunque a carico di chi lo fa valere (l'editore). Non si applicherà, però, ai lavori pubblicati prima dell'entrata in vigore (§ 4).

4. Credito degli autori

A chiusura dell'art. 11 (§ 4a), viene previsto un credito a favore degli autori per l'uso delle loro opere incorporate nelle pubblicazioni di c.g.: in particolare consisterà in un'appropriata quota dei ricavi, che gli editori riceveranno dall'uso delle stesse da parte degli *i.s.s. provider*. In breve, gli autori riceveranno una quota dei ricavi derivanti dagli usi sui quali cade la nuova privativa (v. però l'osservazione poco sotto).

La norma parla solo di autori, e non di titolari di altri diritti: pare quindi escludere il credito per i diritti connessi, riservandolo alle opere dell'ingegno. Non conta il titolo giuridico tra autore ed editore (lavoro autonomo, subordinato, parasubordinato) in forza del quale l'autore ha creato l'opera: questo credito *ex lege*, ad es., sorgerà pure quando – ipotesi quasi “di scuola” – un titolo non vi fosse (ad es. quando venisse meno a seguito di nullità o annullamento del contratto). Inoltre, si aggiungerà al compenso eventualmente pattuito a monte, se nulla è detto; se qualcosa è detto, si porrà la questione della derogabilità (v. poco sotto).

Debitore della prestazione è appunto l'editore.

Resta però dubbio se la nuova regola sarà derogabile da pattuizione contraria. La risposta dovrebbe avere risposta astrattamente negativa, se è vero che l'editore, sotto il profilo del potere contrattuale, di solito gode di una posizione strutturalmente più forte di quella dell'autore (v. cons. 38x). In senso opposto però sta l'argomento per cui il legislatore UE, quando ha voluto l'inderogabilità delle norme protettive della parte presuntivamente debole, lo ha detto espressamente: si v. ad es. l'irrinunciabilità disposta nella dir. c.d. noleggio 115/06 dall'art. 5 (al dir. di autori e di artisti interpreti esecutori ad una equa remunerazione per il noleggio del

²² Si pensi che nella proposta iniziale della Commissione 14.9.2016 , COM(2016) 593 final, 2016/0280 (COD), il termine era addirittura di venti anni (art. 11 c. 4)!

fonogramma o della pellicola in caso di cessione del relativo diritto). Soprattutto vedasi in questa stessa direttiva: l'art. 6 *Common provisions* che dispone la non derogabilità delle "eccezioni" di cui agli artt. 3-4-5; l'art. -14 *Principle of appropriate and proportionate remuneration*, che in sostanza è dichiarato non derogabile dal c. 1 del seg. art. 16a *Common provisions*²³; l'art. 16a *Right of revocation*, § 5, per cui pattuizioni contrarie alle regole, poste nei commi precedenti, saranno efficaci solo se basate su contrattazione collettiva. Non dovrebbe avere invece alcun peso interpretativo a favore della derogabilità, la salvezza di patti contrari prevista nel cons. 35: ciò sia perchè pare riferita non al § 4a bensì al § 2, sia per la sua collocazione (i *considerando* non hanno di per sé forza vincolante).

Qualora fosse invece ritenuta imperativa e ricevesse un recepimento sufficientemente preciso, genererebbe un credito *ex lege* o si sostituirebbe d'ufficio *ex art.* 1339 c.c. a pattuizioni difformi.

C'è però un'incongruenza testuale, se non erro. Infatti in questo § 4a non è inserito l'aggettivo "online", riferito agli usi su cui cade il credito degli autori, come fa invece il § 1, subp. 1, nel delineare il diritto degli editori. Il credito degli autori cioè, sotto il profilo letterale, concernerebbe qualunque uso – *online* o anche *offline* – delle loro opere, effettuato dagli *i.s.s. provider*. Mi pare però preferibile restringerne il campo applicativo all'uso per il quale sorge la privativa degli editori e cioè a quello di cui al § 1 (solo usi *online*). In alternativa si avrebbe che gli usi, per cui l'editore gode dell'esclusiva *ex* § 1, sono quantitativamente minori di quelli, su cui cade il credito dell'autore *ex* § 4: in altre parole l'esclusiva dell'editore sarebbe meno ampia del debito dell'editore stesso verso gli autori in forza di questo § 4a. In una direttiva sul *copyright* nel mercato digitale, però, è più appropriato pensare che i due ambiti coincidano: l'idea dovrebbe essere quella, per cui gli autori partecipano ai redditi ricavati da quegli utilizzi, per cui gli editori godono della nuova privativa (gli usi *online* appunto).

Il cons. 35 ricorda che ciò non pregiudica norme nazionali sulla titolarità o l'esercizio dei diritti nel contesto di rapporti di lavoro. Si noti la formula asettica e rispettosa di una formale parità delle parti: non è chiaro, quindi, se volesse invece riferirsi solo ai diritti della parte debole e cioè al lavoratore, come parrebbe.

²³ La imperatività di questa tutela è però spuntata per la possibilità di tener conto del principio di libertà contrattuale (art. 14 § 2). Va un po' meglio con la rettifica del contratto in caso di sopravvenuta sproporzione del corrispettivo pattuito (art. 15), ove tale possibilità non è prevista. La numerazione degli articoli in questo testo provvisorio è un po' equivoca: c'è un articolo 14 *Transparency obligation* e un articolo 14 *Principle of appropriate and proportionate remuneration*; c'è poi un art. 16a *Right of revocation* e un altro art. 16a *Common provisions*. Riportando anche la rubrica, gli equivoci dovrebbero dissolversi.

5. La responsabilità del provider (art. 13): sua definizione (art. 2)

Passiamo all'altro articolo qui esaminato. L'art. 13 regola la responsabilità degli *online content sharing service provider* (d'ora in poi anche solo: *o.c.s.s. provider*). La loro definizione si trova nell'art. 2: è tale un fornitore di servizi della società dell'informazione, il cui scopo o uno dei principali scopi del quale è il fornire servizi di *storage* e il dare pubblico accesso a grossi quantitativi (*large amount*)²⁴ di opere dell'ingegno protette o di altri materiali protetti (di seguito per brevità entrambi unitariamente indicati come : "materiali protetti") caricati dai suoi utenti, materiali che egli organizza e promuove per fini di profitto. I requisiti di questa figura soggettiva, carica di conseguenze giuridiche, sono dunque: i) il riferimento quantitativo al *large amount* di materiali protetti (opere dell'ingegno o diritti connessi): non sfugge la notevole genericità del criterio (una volta inclusivi i colossi come Google/Youtube, Facebook e simili), fonte di gravi incertezze²⁵; ii) la duplice attività di *storage* e di dare *public access*: devono ricorrere entrambi, letteralmente, vista la congiunzione²⁶; iii) che ciò costituisca l'attività principale o una delle principali; iv) il contributo in

²⁴ "Quantità rilevanti" nella versione italiana offerta dal Parlamento Europeo dopo la prima lettura 12 settembre 2018, cit. sopra.

²⁵ Condividono D. Visser, *Trying to understand article 13*, 18 marzo 2019, in www.ssrn.com, 3-4, e G. Colangelo, "Digital Single Market Strategy", *diritto d'autore e responsabilità delle piattaforme on line*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2017, 625. Non aiuta il cons. 37b, secondo cui il giudizio andrà reso caso per caso tenendo in considerazione una «*combination of elements, such as the audience of the service and the number of files of copyright-protected content uploaded by the users of the services*».

²⁶ Il concetto di "(dare) pubblico accesso" potrebbe non essere così semplice da interpretare. Non c'è ad es. unanimità di vedute sul se e quando ricorra la natura "pubblica" della comunicazione a certi destinatari: «gruppo di persone che per definizione non è determinato *ex ante* in modo chiuso» (L.C. Ubertazzi, *Spunti sulla comunicazione al pubblico dei fonogrammi*, in *Annali italiani del diritto d'autore*, XIV-2005, 296); v. P. Auteri, *Diritto di autore*, in P. Auteri ed altri, *Diritto industriale*, cit., 645-646. Il problema qui è analogo, almeno in linea teorica; in pratica però sarà verosimilmente di scarsa o nulla importanza. Chi per profitto tratta grossi quantitativi di materiali protetti, infatti, difficilmente avrà interesse a selezionare più o meno restrittivamente gli accessi (a meno che si tratti di organizzazioni ad es. con una forte connotazione politica o ideologica: ma allora potrebbe mancare il fine di lucro). Di certo non esclude il "dare pubblico accesso" il semplice chiedere nome/cognome (magari senza verifica) ed e-mail, con concessione automatica di credenziali per l'account creato. La CGUE ha aggravato le difficoltà interpretative sul punto distinguendo tra diritti connessi (art. 8/2, dir. 92/100, ora art. 8/2, dir. 115/2006) e diritto d'autore (art. 3 c. 1), al fine di determinare la soglia quantitativa di destinatari necessaria per aversi comunicazione "pubblica" (CGUE, C-351/12, OSA (2014), § 35). In quest'ultimo provvedimento l'ha ritenuta raggiunta per la diffusione di opere nelle camere di casa di cura termale, negando un contrasto con la soluzione opposta fornita in CGUE, C-135/10, *Società Consortile Fonografici c. Del Corso* (2012), § 94, che l'aveva esclusa per i clienti di uno studio dentistico che diffondeva fonogrammi. L'affermazione lascia perplessi: la norma è lessicalmente uguale

termini di organizzazione e promozione dei contenuti stessi (per attrarre più clientela: cons. 37a), anche «*by categorising it and using targeted promotion within it*» (cons. 37a)²⁷; v) la finalità di lucro (diretta o indiretta: cons. 37a).

Questi requisiti, non essendo posti in un qualche rapporto di alternatività, sono tutti necessari per integrare la fattispecie dell'*o.c.s.s. provider*. Pertanto, se ne manca anche uno solo, viene meno la possibilità dei titolari di far valere la nuova responsabilità: come ad es. nel caso di una piattaforma (da chiunque gestita) ma senza apparente scopo di lucro. Nei casi in tal modo esclusi, non potendo operare il nuovo regime, opererà quello comune: costituito nel diritto UE, nel quale non è armonizzata la responsabilità aquiliana generale, dalla dir. 31 dell'8 giugno 2000 (di seguito solo: "dir. 31")²⁸ e in Italia dal d. lgs. 70/2003. In ultimo ordine, quando nemmeno questa disciplina fosse applicabile (ad es. perché il servizio *de quo* non rientrasse nemmeno nel concetto di «servizi della società dell'informazione» ex art. 2 lett. a) art. 16, dir. 31, o – soprattutto – quando si trattasse di *hosting* attivo anziché passivo), da noi si applicherebbe eventualmente la responsabilità aquiliana

(sempre di comunicazione al pubblico si parla) e non si vedono altre ragioni per distinguere, in particolare per restringere il diritto connesso in base alla sua natura "compensativa".

²⁷ È la nota questione di quando l'*hosting provider* da passivo diventi attivo (categoria giurisprudenziale, non legislativa), uscendo in tale modo dal *safe harbor* previsto dall'art. 14, dir. 31 (art. 16, d. lgs. 70/2003). Su ciò, che costituisce il maggior problema pratico nel contenzioso in materia, v. il § 3 del saggio di F. Piraino, *Spunti per una rilettura della disciplina giuridica degli internet service provider*, in *Annali italiani del diritto d'autore*, XXVI-2017, 468 ss. e v. ivi anche l'elenco (p. 492) delle facoltà contrattualmente riservatesi da Yahoo, tali per cui è stato qualificato *hosting* attivo (Trib. Milano 9 settembre 2011, leggibile pure in *Rivista di diritto industriale*, 2011, II, 371-2). Nella giurisprudenza UE v. si la nota decisione CGUE, C-610/15, *Sticting Brein c. Ziggo BV-XS4ALL Internet BV* (caso *The Pirate Bay*) (2017), ove al § 38 sono elencate le caratteristiche per cui la piattaforma *The Pirate Bay* non poteva essere considerata «mera fornitura» ex cons. 27 della dir. 29 (tale considerazione può essere utilizzata per decidere sul ruolo dei *provider* per fruire dello *safe harbor*). Va ricordato che il cons. 42, dir. 31 (richiedente attività solo di tipo tecnico, automatico e passivo) per fruire del *safe harbor*, riguarda tutte e tre le fattispecie di I.S.P. (CGUE, C-521/17, *Coöperatieve Vereniging SNB-REACT U.A. c. Deepak Mehta* (2018), § 47; CGUE, 2010, cause riunite da C-236/08 a C-238/98, *Google-Google France c. Vuitton e altri* (2010), § 113-114), non solo *mere conduit* e *caching*, come avrebbe detto App. Milano 7 gennaio 2015, cit. *infra*, secondo la Cassazione successivamente adita (Cass. civ., sez. I, 19 marzo 2019, n. 7708, cit., p. 9-10, sub 3.b). La predetta Cass. 7708/2019 accoglie la figura dell'*hosting provider* attivo, a differenza della pronuncia d'appello cassata, appena cit., pur non ravvisandola nel caso *sub iudice* (si trattava del portale video di Yahoo Italia), al quale concede invece il *safe harbor* ex art. 16 d. lgs. 70/2003 (p. 18-19, sub 4.4; v. si a p. 17, sub 4.3, un elenco di caratteristiche che fanno scattare la qualificazione di *hosting* attivo).

²⁸ Lo si può ricavare anche dal cenno all'art. 14, § 1, dir. 31, contenuto nel § 3 dell'art.13, seconda parte.

generale *ex artt.* 2043-2055 c.c. e/o quella propria del settore considerato (cod. propr. ind.; l. aut.; cod. privacy; reg. GDPR 2016/679 etc.).

Sono espressamente esclusi (art. 2, § 5) dalla qualifica di *o.c.s.s. provider* i fornitori di servizi, in cui manchi qualcuno degli elementi indicati, come: i) enciclopedie *online* senza scopo di lucro: il riferimento a Wikipedia è lampante, dopo le relative proteste sollevate nei mesi scorsi; ii) *repository* senza scopo di lucro, scientifici ed educativi; iii) piattaforme di sviluppo e condivisione software *open source*; iv) fornitori di servizi di comunicazione elettronica, come definiti dalla dir. 2018/1972 sul codice europeo delle comunicazioni elettroniche²⁹; v) i mercati *online*; vi) servizi *cloud b2b* e quelli che permettono agli utenti di caricare contenuti per loro proprio uso.

Il concetto di *o.c.s.s. provider* e quello di *i.s.s. provider* (definito tramite rinvio dall'art. 2 § 6, ricordato sopra) costituiscono due cerchi concentrici: il secondo è più ampio del primo, sicchè l'*o.c.s.s. provider* costituisce una *species* del *genus i.s.s. provider*³⁰.

6. La nuova fattispecie del diritto di comunicazione al pubblico quando applicato ai provider

Dopo la definizione di *o.c.s.s. provider*, vediamo l'articolo 13, che ne disciplina l'attività e soprattutto la responsabilità.

Secondo il § 1 gli Stati dovranno stabilire³¹ che l'*o.c.s.s. provider* compie (*performs*) un atto di comunicazione al pubblico o di messa a disposizione del pubblico (si noti la disgiuntiva), quando dà accesso pubblico a materiali protetti da *copyright* o altri materiali protetti caricati dai suoi utenti.

²⁹ Soprattutto art. 2 n. 4, che a sua volta e specularmente esclude dal proprio ambito i «servizi che forniscono contenuti trasmessi utilizzando reti e servizi di comunicazione elettronica o che esercitano un controllo editoriale su tali contenuti».

³⁰ Altre indicazioni su fattispecie escluse si trovano nel cons. 37. Il quale precisa pure che sono esclusi dal regime di (debole) *safe harbor*, posto dall'art. 13, quei servizi il cui scopo principale è praticare o facilitare la *copyright piracy*: con disposizione di scarsa utilità, visto che la novella è volta proprio a contrastarli (comunque mancherebbe ogni ottemperanza ai requisiti posti dal § 4).

³¹ La disposizione vale "in relazione agli scopi della direttiva", cioè – parrebbe – ai limitati fini della dir. stessa: quindi la sua forza cogente non si espande alla dir. 29, ad es. È però difficile pensare che resti ininfluenza sull'interpretazione di altre disposizioni UE e nazionali. Certo, alla luce di questa autolimitazione, al di fuori del suo ambito applicativo l'interprete sarà libero di non ravvisare un atto di comunicazione al pubblico nel fatto di ospitare materiali illeciti altrui accessibili ai terzi.

Per brevità, da qui in poi l'intera espressione "atto di comunicazione al pubblico o un atto di messa a disposizione del pubblico" sarà anche indicato semplicemente come "comunicazione al pubblico": tale ultima espressione, quindi, salvo diversa indicazione, si intenderà riferita pure alla messa a disposizione del pubblico (con la disgiuntiva, secondo il dettato normativo).

Il dir. esclusivo di comunicazione al pubblico è quello consueto, regolato dall'art. 3 della dir. 29³². Pertanto, un *o.c.s.s. provider*, qualora permetta il caricamento di materiali protetti, dovrà ottenere la relativa autorizzazione dai titolari (ad es. tramite contratti di licenza): § 1 subp. 2. Questa la (un po' contorta) formulazione europea, forse dovuta al dover contemperare tradizioni giuridiche diverse; mentre è più lineare quella nazionale, secondo cui «il diritto esclusivo di comunicazione al pubblico su filo o senza filo dell'opera ha per oggetto ...». In altre parole, non è chiara la precettività giuridica di questo sottoparagrafo, laddove dà autonomia logica al dovere di ottenere un'autorizzazione: se il materiale è protetto, è ovvio che per sfruttarlo legittimamente dovrà esserci un titolo giuridico.

Qui, almeno letteralmente, sembra che lo Stato in sede di recepimento possa scegliere tra il qualificare le condotte *de quibus* come comunicazione al pubblico oppure come messa a disposizione del pubblico. Quindi con una formulazione che tende a differenziare i due concetti, quando molti autori ritengono che la seconda costituisca una *species* del *genus* comunicazione, alla luce del dettato dell'articolo 3, dir. 29, e dell'art. 8 del cit. Trattato *Wipo Copyright Treaty-WCT* 1996, dove si usa l'espressione «inclusa la messa a disposizione del pubblico...». Come si è visto sopra, la differenza sta nel fatto che nella messa a disposizione del pubblico non c'è un atto di trasmissione da parte del *o.c.s.s. provider* ma solo un *downloading* da parte dell'utente di un *quid* che stava appunto a disposizione nei server del primo³³. Il punto è discusso ma di scarsa rilevanza pratica, stante l'uguale trattamento giuridico; sarà comunque opportuno tenerne conto in sede di redazione di contratti o di atti giudiziari.

³² C. 1 (per le opere dell'ingegno, cioè protette col diritto d'autore) e c. 2 (per i materiali protetti da diritti connessi).

³³ Il legislatore UE avrebbe forse potuto limitarsi a parlare di "messa a disposizione del pubblico", anziché metterla in disgiuntiva con la comunicazione al pubblico (in senso stretto). Il *provider*, infatti, limitandosi ad ospitare file altrui, non esegue trasmissione di dati a terzi: egli appunto si limita a permettere che altri carichi file che restano disponibili al *downloading* da parte di terzi.

Si precisa poi (§ 2) che l'eventuale autorizzazione³⁴ coprirà anche gli atti (degli utenti) che rientrino nell'articolo 3 della dir 29, qualora ricorra uno dei seguenti due requisiti: gli utenti non agiscono per fini commerciali (*on a commercial basis*); oppure la loro attività non generi entrate significative (*significant revenue*). Si noti la disgiuntiva: gli atti degli utenti sono dunque coperti dalle autorizzazioni ottenute dagli *o.c.s.s. provider* solo quando non agiscono per fini commerciali oppure, se agiscono a fini commerciali, purché non generino significativa redditività. In altre parole, la copertura prodotta dall'autorizzazione viene meno solo quando non ricorra alcuno dei due requisiti: in tale caso l'utente sarà sottoposto al regime normale di responsabilità per le violazioni dell'articolo 3 dir. 29³⁵.

L'eventuale recepimento dovrà precisare in modo inequivoco questa soglia quantitativa³⁶, magari agganciandola a parametri già esistenti: le delimitazioni di impresa per così dire "minore", con finalità in vario modo agevolativo, non mancano. Si pensi ad es. a quella: di microimprese *ex art. 18, lett. d-bis, d. lgs. 205/2005* (Codice del consumo); relativa al bilancio semplificato, art. 2435-bis e 2435-ter c.c.; a fini di esenzione in base al seguente § 4aa, subp.1, di questa dir.; di start up innovative *ex art. 25, d.l. 79/2012 conv. con l. 221/2012* (c.d. decreto Crescita 2.0); etc. Sarebbe bene però che il rinvio scelto avesse un qualche senso per vicinanza di ratio disciplinare.

La fattispecie è curiosa: un *o.c.s.s. provider* che dia accesso a materiali in violazione, caricati dagli utenti, commette lui stesso un atto di comunicazione al pubblico (§ 1); l'eventuale autorizzazione da lui ottenuta copre anche le violazioni all'art. 3 realizzate dagli utenti, se agiscono senza scopi commerciali o se di modesta redditività; se invece non goda di autorizzazioni, gli *o.c.s.s. provider* saranno per *default* responsabili del materiale degli utenti, salvo che provino le condizioni del § 4.

³⁴ Tra cui quella ottenuta tramite accordo di licenza, si precisa. Saranno però improbabili modalità diverse d'acquisto del diritto, tenuto conto che, da un lato, "autorizzazione" ha un significato tecnico-giuridico preciso e cioè di atto unilaterale, e che, dall'altro, il consenso unilaterale, se pattuito in termini corrispettivi, perderà tale sua natura per acquisire quella di situazione giuridica creata da un contratto.

³⁵ Va rilevata la differenza rispetto al diritto degli editori (art. 11, § 1), che non è applicabile verso utilizzi che siano a scopo privato/non commerciali e al tempo stesso effettuati da soggetti singoli. Quindi l'esenzione prevista per tale diritto ha sfera applicativa più ristretta di quella ora in esame. La quale ultima – tramite l'autorizzazione ottenuta dal *provider* (quindi su base contrattuale, non legale: questa è un'altra differenza) – liberalizza le condotte degli utenti anche se ricorra uno solo dei due elementi indicati: quindi anche se si tratta di enti (non solo persone fisiche) e pur se – chiunque sia, privati o enti – agiscano a fini e di lucro, purché non giungano alla soglia del *significant revenue*.

³⁶ Non credo ci sarebbe un problema di disparità di trattamento costituzionalmente rilevante, nel caso.

In altri termini, il legislatore UE ha seccamente e d'imperio stabilito che costituisce comunicazione al pubblico l'*o.c.s.s. provider* che ospita materiali protetti caricati dagli utenti, senza che sia richiesto altro: con una doppia restrizione dunque rispetto alle frequenti affermazioni giurisprudenziali per cui «ogni atto con cui un utente dà, con piena cognizione di causa, accesso ai suoi clienti ad opere protette può costituire un “atto di comunicazione”, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29»³⁷ (in grassetto le due differenze). L'autorizzazione ottenuta elimina la violazione sia per l'*o.c.s.s. provider* che per certi utenti (privati o “piccoli”), mentre non elimina quella (meglio: lascia impregiudicata la condotta) dei residui utenti (imprenditori “non piccoli”).

Con un tratto di penna è stato dunque troncato ogni dubbio sulla qualificazione della condotta degli intermediari/provider (assoggettati alla novella)³⁸: la quale oggi va di certo ritenuta responsabilità “primaria”³⁹.

³⁷ Ad es. v. CGUE nel caso cit. *Ziggo (The Pirate Bay)*, C-610/15, § 34. La non ineluttabilità della conclusione in *Ziggo*, a differenza della nuova norma, è evidente anche quando poco dopo la CGUE schiva l'obiezione che si tratti di mera fornitura «di attrezzature fisiche atte a rendere possibile o ad effettuare una comunicazione», inidonea a costituire comunicazione al pubblico secondo il cons. 27, dir. 29. E lo fa elencando i motivi che conferiscono un ruolo attivo, anziché passivo, alla piattaforma *The Pirate Bay*: indicizzazione dei file *torrent* per facilitare la localizzazione e il *downloading* dei file; proposta di motore di ricerca e di indice che classifica le opere per categorie in base alla natura, genere e popolarità; verifica degli amministratori che le opere siano inserite nella categoria adatta; eliminazione dei file *torrent* obsoleti o errati; filtro di determinati contenuti (§ 38; si v. poi il § 45 sull'elemento soggettivo ravvisato in capo agli amministratori della piattaforma).

³⁸ Secondo la nota osservazione del politico e giurista tedesco dell'800 J. H. von Kirchmann: «Tre paroline del legislatore, ed intere biblioteche giuridiche divengono cartaccia» (*Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur*) (prendo da M. Rossetti, *La maledizione di Kirchmann, ovvero che ne sarà del danno differenziale*, 06.02.2019, in www.questionegiustizia.it). Come detto, la nuova regola si applica solo agli *o.c.s.s. provider* “sopra soglia”, anche se sarà difficile sostenere che il concetto di comunicazione al pubblico vada costruito diversamente per gli *o.c.s.s. provider* “sotto soglia”: ha senso che la sola differenza dimensionale porti ad un esito assai diverso? Solo uno, pare, anche se significativo: che la novella ha posto una norma contrastante con la tradizione nazionale europea dei diritti dominicali e di proprietà intellettuale, per cui sarebbe azzardato estenderla ai casi non previsti (sarebbe una norma eccezionale: art. 14 prel.). In proposito v. la proposta di contemporanea modifica della dir. 29 redatta da due giuristi tedeschi, riferita alla nota 50. L'intento di dirimere i dubbi sulla qualificazione dell'attività degli *o.c.s.s. provider* è esplicitato dal cons. 37, subp. 2.

³⁹ Conf. G. Colangelo-M. Maggiolino, *ISPs' Copyright Liability in the EU Digital Single Market Strategy (December 14, 2017)*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 2018, *Forthcoming*, letto in www.ssrn.com, p. 7, sub 5.1.

Resta da capire se la condotta degli utenti e quella dell'*o.c.s.s. provider* costituiscano un illecito unico oppure due illeciti distinti (questione di cui bisognerebbe indagare le ricadute applicative, sostanziali e/o processuali). Ciò sempre che la soggezione del provider/intermediario all'inibitoria sia indice di sua compartecipazione all'illecito (se non di illecito autonomo), anziché trattarsi di misura che prescinde da ciò⁴⁰. La formulazione della norma e il suo scopo (elevare la tutela degli autori, soprattutto verso chi viola il diritto d'autore non sporadicamente ma massivamente) potrebbero far inclinare verso la seconda alternativa (duplicità). In senso contrario potrebbe dirsi che la legge si è limitata a togliere ogni dubbio sulla illiceità della condotta dei *provider* (v. cons. 37, subp. 2), senza prendere posizione su quella dell'utente e conseguentemente sul rapporto tra le due: sicché non sarebbe preclusa una ricostruzione unitaria⁴¹. Stando alla legge italiana, dovrebbe trattarsi di un unico illecito, essendo unico l'interesse leso e così pure l'evento dannoso⁴²: e ciò a

⁴⁰ Si è infatti sostenuto che la soggezione all'inibitoria ex art. 8, c. 3, dir. 29, o all'art. 11, ult. per., dir. 48/204, non presuppone l'accertamento di una violazione in capo all'intermediario (A. Cogo, *L'armonizzazione comunitaria del diritto patrimoniale d'autore*, in *Annali italiani del diritto d'autore XXV-2016*, 433-434, il quale ricorda l'espressa affermazione in tale senso di CGUE, C-494/15, *Tommy Hilfiger* (2016), § 22). Pare però strano che possano imporsi misure a carico di soggetti non coinvolti nella violazione della privativa (unica materia armonizzata), in mancanza di specifica disposizione: ciò sarebbe possibile in ordinamenti a fini generali come quelli statali, non in quello europeo, che ha fini precisi e limitati (per alcuni cenni, v. la nota 42, in fine). Inoltre, una norma, che colpisse soggetti non coinvolti in un illecito, dovrebbe probabilmente dirlo in modo esplicito, ad es. aggiungendo un inciso del tipo «anche in mancanza di loro dolo o colpa» in coda a norme come l'art. 124, c. 1, d. lgs. 30/2005 (cod. propr. ind.): sicché nel dubbio si dovrebbe escludere la ravvisabilità di una compartecipazione. Ritiene i *provider* compartecipi dell'illecito dell'utente D. Sarti, *Il terzo e la contraffazione: profili civilistici*, in L. Nivarra (a cura di), *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale*, Milano, 2005, 138.

⁴¹ Mi domando se sia rilevante a questo proposito la precisazione che l'autorizzazione ottenuta copre pure «il comportamento dell'utente che rientri nell'art. 3 dir. 29» (art. 13 § 2). La risposta dovrebbe essere negativa. La precisazione sotto il profilo logico parrebbe a prima vista compatibile con la concezione sia dell'unico illecito che dei due illeciti. Tuttavia potrebbe anche desumersi un tenue elemento favorevole alla loro duplicità, laddove, da un lato, afferma che la presenza di materiali protetti costituisce sempre comunicazione al pubblico per l'*o.c.s.s. provider*, mentre, dall'altro, la copertura dell'utente avviene solo quando i suoi atti violino (autonomamente, parrebbe) l'art. 3: cioè il non apparire in automatico le due condotte (si che *simul stabunt, simul cadent*) potrebbe costituire un segnale che esse meritano trattamenti giuridici in linea di principio autonomi. Ma potrebbe trattarsi di un sofisma: nel senso che alla legge interessa solo qualificare d'imperio la condotta dell'*o.c.s.s. provider*, senza curarsi di quella dell'utente: il che lascerebbe aperte entrambe le opzioni ricostruttive.

⁴² Il servizio offerto dal *provider* è solo uno strumento utilizzato dall'utente per commettere l'illecito: il quale infatti avviene caricando il file sul server del primo. Pare intenderlo come illecito unico la cit. Cass. civ., sez. I, 19 marzo 2019, n. 7708, p. 16-17, sub 4.3: «dove l'evento sia costituito dal fatto illecito altrui, si configura l'illecito commissivo mediante omissione in concorso con l'autore principale. La figura dell'*hosting provider*

prescindere dalle tesi più o meno largheggianti nel ravvisare il medesimo fatto dannoso *ex art.* 2055 c.c.⁴³. Si tratterebbe di plurisoggettività solo sopravvenuta⁴⁴, visto che fino alla notifica della

attivo va ricondotta alla fattispecie della condotta illecita attiva di concorso». Si esprimono in termini di concorso pure L. Mansani-M. Simoni, *Il danno arrecato dall'Internet Service Provider al titolare del copyright su materiali caricati dagli utenti*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2, 2017, 578-579. Per questo dovrebbe trattarsi di una fattispecie del tutto analoga a quella che nel diritto inglese è detta *secondary liability*, cioè costituita da atti agevolativi di una condotta per così dire primaria posta in essere da altro soggetto (concorda F. Piraino, *op. cit.*, 506). A questa, che è la *participant-based liability*, va aggiunto un altro tipo di *secondary liability*, detto *relationship-based liability*, cioè basata sul rapporto giuridico tra l'autore materiale e la persona che risponde del suo operato (anche detta "responsabilità vicaria"): così G.B. Dinwoodie, *A Comparative Analysis of the Secondary Liability of Online Service Providers* (May 17, 2017), in *Secondary Liability of Internet Service Providers* (Graeme Dinwoodie ed., Springer 2017), Oxford Legal Studies Research Paper No. 47/2017, ma letto in *www.ssrn.com*, p. 7 (alle pp. 6-13 ampio esame del concetto di *secondary liability* e alle pp. 13-14 ragioni pro e contro la responsabilità degli intermediari).

⁴³ Secondo la tesi estensiva, per il ricorrere della solidarietà basta che sia unico l'evento dannoso (cioè l'interesse leso): v. l'approfondita analisi di A. Gnani, *La responsabilità solidale. Art. 2055*, in F.D. Busnelli (dir. da), *Il cod. civ. Comm.*, Milano, 2055, 133-171 (spec. 133-134 e 163-165; e ciò anche se le condotte e le loro conseguenze sono separabili: 161-162). Questo a. segnala che secondo i *Principles of european tort law* (<http://www.egtl.org>, anche in italiano, art. 3:104, co. 2), «un'attività successiva è presa in considerazione se ha comportato danni ulteriori o più gravi»: ed è il nostro caso, in cui la mancata rimozione comporta non un evento distinto dall'*hosting* del file dell'utente, bensì il protrarsi dell'*hosting* stesso e dunque l'aumento di gravità dell'evento. Secondo la tesi restrittiva, invece, il medesimo fatto dannoso ricorre solo in presenza di eventi collegati da equivalenti criteri di imputazione, per cui in caso di colpa la connessione si estende a tutti gli eventi prevedibili (se ben capisco): M. Orlandi, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, Milano, 1993, 156-161. Seguono questo secondo orientamento: S. Marullo di Condoianni, *Art. 2055*, in U. Carnevali (a cura di), *Dei fatti illeciti, Art. 2044-2059*, in E. Gabrielli (dir. da), *Comm. del cod. civ.*, Torino, 2011, 439-440 (limitando però l'art. 2055 al caso di concorso colposo ed escludendolo in quello di concorso tra illecito doloso e colposo, come sarà frequente nella materia qui esaminata: 447 ss.); sostanzialmente anche A. D'Adda, *Le obbligazioni plurisoggettive*, in F. Anelli-V. Roppo-P. Schlesinger (dir. da), *Tratt. dir. civ. comm. Cicu Messineo*, Milano, 2019, 47 ss., §§ 12-14: per questo a. il medesimo fatto dannoso *ex art.* 2055 c.c. richiede la non separabilità degli effetti (di ciascuna condotta) e un reciproco coordinamento (prevedibilità) delle condotte. Il requisito della non separabilità mi pare presupposto da chi afferma che la solidarietà risarcitoria *ex art.* 2055 c.c. si applica a responsabilità che son già di per sé "integrali" (ciò che non ricorre quando le conseguenze sono separabili): detta norma non si limita quindi ad unificare una serie di responsabilità individuali che – in mancanza – risultino frazionate tra i diversi autori (S. Balbusso, *Il regresso nella solidarietà risarcitoria*, Milano, 2016, 143)

⁴⁴ Così R. Bocchini, *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*, nota a Trib. Napoli Nord, 3 novembre 2016, in *Giur. it.*, 3, 2018, 640-643; il sorgere sopravvenuto del dovere di attivazione è affermato anche dal Trib. Napoli Nord, 3 novembre 2016 appena citato, relativo al triste caso di Rosanna Cantone. Per l'annotatore va applicato pur sempre l'art. 2055 anche se si tratta di fattispecie nuova, in quanto il concorso del *provider* (omissione successiva al ricevimento della notifica) interviene quando l'evento è già stato realizzato: a differenza dai concorsi tradizionali in cui tutte le condotte precedevano l'evento (p. 642). Si parla anche di responsabilità *a posteriori* (App. Milano 7 gennaio 2015, in *Annali italiani del diritto d'autore*,

vittima il *provider* non ne sapeva nulla: per cui solo dal quel momento la sua omissione acquista rilevanza giuridica. Resta però il dubbio che la responsabilità aquiliana e in generale l'assoggettabilità ai rimedi di legge, in relazione alla violazione di un diritto armonizzato a livello UE (come è quello di autore), ricadano pure esse implicitamente nell'ambito dell'armonizzazione, e ciò qualunque sia il numero degli autori dell'illecito⁴⁵: per cui la soluzione dovrebbe in tal caso

XXIV-2015, 1701, §§ 28 e 31) e così sostanzialmente nella cit. Cass. civ., sez. I, 19 marzo 2019, n. 7708, cit.: «può dirsi che l'art. 16 d. lgs. 70/2003 fonda una cosiddetta posizione di garanzia dell'hosting provider, che, se per definizione è indispensabile alla stessa originaria perpetrazione dell'illecito del destinatario del servizio, ne diviene giuridicamente responsabile solo dal momento in cui gli si possa essere rimproverata l'inerzia nel impedirne la protrazione» (p. 23/4, sub 5.3) nonché «il menzionato bilanciamento, da parte del legislatore, degli interessi coinvolti nel fenomeno internet è stato così realizzato sancendo un regime di irresponsabilità del prestatore sino al limite del suo diretto coinvolgimento oppure delle sue conoscenze dell'illecito: in tal modo perciò circoscrivendo, ma non annullando del tutto, il controllo circa i contenuti immessi che possono integrare illeciti telematici» (p. 27, sub 5.5; aggiunge nella pag. seg. che l'"illiceità manifesta" ex art. 16 d. lgs. 70/2003 equivale a circoscrivere la responsabilità del prestatore «alla fattispecie della colpa grave o del dolo», p. 28, sub 5.6). Ravvisa però una pluralità di reati (diffamazione) Cass. pen., sez. V, 8 novembre 2018, n. 12.546, per l'impossibilità di configurare un concorso omissivo nel reato commissivo dell'utente, visto che l'obbligo di impedimento sorge dopo l'avvenuta consumazione del reato stesso: la diffamazione è infatti un reato istantaneo (*ibid.*, sub 4.2-4-3).

⁴⁵ In effetti, se è armonizzata l'estensione del diritto, visto che questo alla fine consiste nello *ius utendi* e soprattutto nello *ius arcendi*, dovrebbe ritenersi armonizzata anche la sua tutela. Non vi contrasta l'art. 19, TUE, che incarica gli Stati membri di stabilire i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare tutela effettiva nei settori di competenza UE; vi contrasta invece l'aver lasciato agli Stati di determinare modalità e soprattutto condizioni di applicazione dell'inibitoria contro gli intermediari (cons. 23, dir. 48/2004, nonché cons. 59, dir. 29). E se così è, pare difficile includervi la violazione individuale ed escludere quella collettiva. Conforta forse l'idea proposta nel testo il principio ermeneutico del c.d. effetto utile, su cui v. I. Ingravallo, *L'effetto utile nell'interpretazione del diritto dell'Unione europea*, Bari, 2017, 63 ss. (v. 77 ss. per i tre livelli cui esso opera) e C. Heinze, voce *Principle of effectiveness*, in J. Basedow-K.J. Hopt-r. Zimmermann with A. Stier (ed. by), *op. cit.*, 1316, § 1-2. Semmai sarebbe interessante stabilire a chi spetta decidere – in caso di dubbio – cosa si intende con tali concetti e cioè chi decide (il quesito ha portata generalissima) se un certo tema rientra o meno nella competenza normativa dell'UE (in altre parole, se la disciplina di un certo argomento è strumentale al miglior funzionamento del mercato interno, ex art. 114, TFUE: v. cons. 7 e 9, dir. 29): necessariamente all'ordinamento UE e cioè alla CGUE? Pare di sì, secondo G. Strozzi-B. Mastroianni, *Diritto dell'unione europea. Parte istituzionale*, Torino, 2016, 7 ed., 481, e secondo P. Auteri, *Iperprotezione dei diritti di proprietà intellettuale?*, in *Annali italiani del diritto d'autore*, XVI-2007, 160. Va però notato che la CGUE non è del tutto disinteressata, dato che «non è un ... osservatore esterno a quel processo [di integrazione europea], ma opera all'interno di esso e del sistema giuridico-istituzionale che lo sorregge» (R. Adam-A. Tizzano, *Lineamenti di Diritto dell'Unione europea*, 2010, Torino, 2 ed., 256, cit. da Ingravallo I., *Interpretazione del diritto europeo e sovranità degli stati membri*, in Di Stefano (a cura di), *Un diritto senza terra? Funzioni e limiti del principio di territorialità*, Torino, 2015, 207); per non dire che, secondo la riflessione politica, ogni potere tende naturalmente ad espandersi (Vitale A., *La legge di gravità del potere*, in <http://libertycorner.eu/index.php/2017/12/21/la-legge-gravita-del-potere>, citando von Mises e G. Miglio) e

farsi carico di esaminare il panorama europeo per vedere se ne siano traibili spunti, in modo da non risultare con esso disarmonica⁴⁶. L'opinione prevalente sino alla dir. *de qua*, però, è stata in senso opposto, come pare di dover intendere l'osservazione, secondo cui la giurisprudenza della CGUE ha espanso lo scopo dell'esclusiva d'autore e quindi della responsabilità primaria, a scapito della responsabilità degli intermediari, che sarebbe secondaria e quindi non armonizzata⁴⁷.

che, secondo quella sociologica, ogni organizzazione tende a trovare sempre nuovi fini (Ph. Scieur, *Sociologia delle organizzazioni*, Roma, 2007 (orig.: 2005), 62-63). Si pensi ad es. alla c.d. teoria dei poteri impliciti, quelli cioè che, pur non espressamente previsti, sono ugualmente ravvisati in capo alla UE in quanto impliciti in quelli espressamente previsti (U. Draetta-F. Bestagno-A. Santini, *Elementi di diritto dell'Unione Europea. Parte istituzionale*, Milano, 2018, 6 ed., 54-55), a dispetto di norme come l'art. 4, c. 1 e l'art. 5, c. 2, TUE (in cui – non casualmente, immagino – non compare l'avverbio “spressamente” riferito a “competenza attribuita”). La questione, del se sia da ritenere armonizzata la *secondary liability*, pervade l'intero saggio di A. Ohly, *The broad concept of “communication to the public” in recent CJEU judgments and the liability of intermediaries: primary, secondary or unitary liability?*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 13, Issue 8, August 2018, 664 ss. In conclusione, va ricordato che la base giuridica dell'armonizzazione UE in tema di proprietà intellettuale è solamente quella del migliore funzionamento del mercato interno (art. 114, TFUE), non il potere diretto di legiferare in materia, rimasto agli Stati (art. 36, TFUE), come è stato fatto notare (P. Auteri, *Iperprotezione dei diritti di proprietà intellettuale?*, cit., 157-158). Osservazione la quale, ricordato che ogni competenza non attribuita all'UE spetta agli Stati in base ai citt. art. 4, c. 1 e art. 5, c. 2, TUE, induce a pensare che, come ogni intervento normativo europeo sulla proprietà intellettuale deve essere specificamente motivato sulla base di argomenti anche economici (P. Auteri, *Iperprotezione dei diritti di proprietà intellettuale?*, cit., 161-163), analogamente un'interpretazione, che ampli la portata dei concetti normativi già armonizzati, deve essere specificamente e convincentemente motivata: in mancanza, deve intendersi che l'area concettuale, oggetto di dubbio, è rimasta di competenza degli Stati. Quindi ad es. eventuali nuove forme di sfruttamento delle opere dell'ingegno, che a fatica rientrano nella disciplina armonizzata, richiederanno un provvedimento *ad hoc* per rientrarvi, anche se ciò comporta un rischio di precarietà e obsolescenza della disciplina stessa (proprio questo rischio oppone A. Cogo, *op. cit.*, 424-425, testo e nota 61): nulla di strano, però, costituendo ciò l'ovvia conseguenza del riparto di competenze Stati nazionali/UE voluto dai costituenti europei, che non hanno creato un ordinamento a fini generali. In breve e in chiusura, pare esatto un criterio di stretta cautela tanto nel legiferare quanto nell'interpretare a favore dell'ampliamento delle competenze europee: con l'ovvia conseguenza da trarne nel caso di dubbio.

⁴⁶ L'esistenza di principi comuni circa la *secondary liability* è esaminata da M. Leistner, *Common Principles of Secondary Liability?* (September 10, 2018). *Common Principles of European Intellectual Property Law*, 2012, in www.ssrn.com : l'adozione nei paesi membri di un criterio di ragionevole standard di doveri di diligenza preventivi (*preventive duties of care*) appare all'a. l'unica via praticabile (v. parte IV).

⁴⁷ V. si l'esplicita affermazione in CGUE, cause riunite da C-236/08 a C-238/08, *Google-Google France c. Vuitton e altri* (2010), cit., al § 107. In dottrina tra i molti: C. Angelopoulos, *CJEU Decision on Ziggo: The Pirate Bay Communicates Works to the Public*, 30 giugno 2017, in copyrightblog.kluweriplaw.com (sub *Comment*); G. Frosio, *op. cit.*, 353, nota 23; J. P. Quintais, *Untangling the Hyperlinking Web: In Search of the Online Right of Communication to the Public*, in *The Journal of World Intellectual Property*, 21, 2018, 408; T. Riis-S.F. Schwemer, *Leaving the European Safe Harbor, Sailing Towards Algorithmic Content Regulation* (December 7, 2018), *Journal of*

Il regime posto dalla dir. concerne la violazione della facoltà di comunicazione al pubblico del diritto d'autore o di diritti connessi, sicché non pare applicabile: i) alle violazioni di altri diritti, ad es. della personalità (onore, reputazione, riservatezza, diritto all'oblio etc.), ii) né di altri diritti rientranti nella proprietà intellettuale o industriale; iii) probabilmente nemmeno alla violazione di una diversa facoltà del diritto patrimoniale di autore, se distinguibile – nella fattispecie concreta – dalla comunicazione al pubblico (riproduzione, traduzione, ..)⁴⁸; iv) formalmente, nemmeno alle violazioni del diritto di comunicazione al pubblico compiute tramite *o.c.s.s. provider* “sotto soglia” (v. però il cenno in nota 38). Si potrebbe arrivare a tale applicabilità in via analogica? È difficile evitare una risposta negativa, stanti: la mancanza di *lacuna legis*; la specialità – se non eccezionalità – della disciplina *de qua*, il suo dettato assai limpido e la sua ratio, volta a incentivare il mercato delle licenze per la comunicazione al pubblico⁴⁹, almeno per i casi sub i) e ii))⁵⁰.

Secondo il § 3, quando un *o.c.s.s. provider* compie un atto di comunicazione al pubblico (come delineato dalla dir.), non si applicherà la limitazione di responsabilità prevista per gli *hosting provider* dall'articolo 14, c. 1, dir. 31 (art. 16 del nostro d. lgs. 70/2003). Il che non pregiudica la possibilità – prosegue – di applicare il medesimo articolo per scopi che stiano al di fuori di quello della direttiva. La formula è un pò ambigua e potrebbe generare problemi interpretativi. Pertanto, in sede di eventuale recepimento sarà meglio una formula residuale del tipo «resta salva

Internet Law, University of Copenhagen Faculty of Law-Research Paper No. 2019-64, letto in www.ssrn.com, 8; E. Rosati, *The CJEU Pirate Bay Judgment and Its Impact on the Liability of Online Platforms* (July 21, 2017), in *E.I.P.R., Forthcoming*, letto in www.ssrn.com, 11).

⁴⁸ Oggi tuttavia, visto che la diffusione di materiali avviene su internet, la distinzione tra le singole facoltà patrimoniali è sempre più sbiadita (soprattutto: la riproduzione c'è sempre): si registra quindi un processo di convergenza delle facoltà stesse, ove lo sfruttamento economico avviene soprattutto tramite la comunicazione al pubblico, mentre la riproduzione/distribuzione di esemplari è divenuta recessiva (Rovati A.M., *Appunti su alcune clausole generali nel diritto d'autore estratto dalla tesi di dottorato “comunicazione al pubblico”*, Pavia, 2009, *passim*, spt. §§ 2.1, 2.2, 3.2, 7 e 9)

⁴⁹ Cons. 37, subp. 2-3: le incertezze giuridiche frenanti tale mercato hanno infatti riguardato la comunicazione al pubblico.

⁵⁰ A seguito della dir. *de qua*, propongono una modifica della dir. 29, per ridurne le incertezze applicative, M. Leistner-A. Ohly, *Direct and indirect copyright infringement: proposal for an amendment of Directive 2001/29/EC (InfoSoc Directive)*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, jpy182, 9 gennaio 2019. L'idea è in sé condivisibile. Solo che, mentre alcune delle regole suggerite sono basate sulla giurisprudenza della CGUE, altre costituiscono la generalizzazione all'intero ambito applicativo della dir. 29 di alcune regole previste nell'art. 13 della dir. *de qua*: affette dunque dallo stesso tasso di vaghezza.

l'eventuale applicazione dell'art. 16 d. lgs. 70/2003 per fattispecie non ricadenti nell'ambito applicativo [della presente direttiva]»: il regime di cui all'art. 14, dir. 31 (art. 16 d. lgs. 70/2003), infatti, parrebbe residuale rispetto a quello posto dalla dir. *de qua*.

7.1 Il nuovo regime di esenzione

I §§ 4-4a-4aa son i più importanti, se non dell'intera direttiva, quanto meno dell'articolo 13, visto che (col § 1) delineano la nuova responsabilità. Se non è stata rilasciata autorizzazione, gli *o.c.s.s. provider* saranno responsabili per illecita comunicazione al pubblico⁵¹, a meno che provino (quindi, con relativo onere a loro carico) tutti i seguenti requisiti: a) che hanno fatto tutto il possibile (*best efforts*) per ottenere l'autorizzazione; b) che hanno fatto tutto il possibile (*best efforts*) per assicurare l'indisponibilità [sulle loro piattaforme] di materiali protetti, per i quali hanno ricevuto dai titolari le informazioni rilevanti e necessarie; il concetto di "tutto il possibile/*best efforts*" andrà determinato in base ad elevati standard imprenditoriali di diligenza professionale; c) ed in ogni caso che abbiano: i) agito velocemente, dopo aver ricevuto un avviso sufficientemente fondato dai titolari, nel rimuovere dal sito o nel disabilitare l'accesso ai materiali protetti loro notificati; e ii) fatto tutto il possibile (*best efforts*) per impedire futuri *uploading* di tali materiali secondo la predetta lettera b) (e qui soprattutto, direi, con riferimento agli standards di settore)⁵².

Quanto alle "informazioni rilevanti e necessarie", che dovranno essere fornite dai titolari agli *o.c.s.s. provider* (lett. b)⁵³, si dovrà tener conto pure: i) delle dimensioni del titolare, e ii) del tipo di materiali protetti (cons. 38b subp.2)⁵⁴. Come interpretare queste espressioni? Circa sub i), si può

⁵¹ Qui si dimentica di aggiungere "o di messa a disposizione del pubblico", se non erro: ma non dovrebbe far differenza pratica. Sarà comunque meglio correggere nell'eventuale atto di recepimento.

⁵² I due requisiti della lett. c) devono concorrere entrambi: lo si ricava dalla norma e lo precisa il cons. 38b, subp.7.

⁵³ Si parla di *reference file* fornito all' *i.s.s. provider* dal titolare (L. Mansani-M. Simoni, *op. cit.*, 575 e *passim*). Si noti che è diversa la diffida, che il titolare invierà *ex* lett. c): sarà successiva, anziché preventiva come nel caso della lett. b).

⁵⁴ Non si confonda quest'indicazione del cons. 38b, subp.2, con quella analoga disposta dall'art. 13, § 4a, nella quale compare ancora il riferimento al tipo di materiali e alle dimensioni, riferita però non più ai titolari bensì all'*o.c.s.s. provider*. Viene il dubbio che il cons. cit. sia errato, volendo invece riferirsi al § 4a e quindi alle dimensioni dell'*o.c.s.s. provider*. La risposta dovrebbe però essere negativa, stante il preciso riferimento alla identificazione del materiale protetto e al titolare.

immaginare che, quando il titolare sia costituito da un'impresa di rilevanti dimensioni (quanto rilevanti?), evidentemente cessionaria dei diritti, la notizia da fornire agli *o.c.s.s. provider* – per far scattare la tagliola dell'art. 13, § 4 – dovrà essere maggiormente dettagliata di quando sia titolare un'impresa di dimensioni minime o addirittura l'autore. Quanto al punto ii), è difficile immaginare come possa differenziarsi l'indicazione.

Per la lettera c) (diffida successiva), il riferimento alla *sufficiently substantiated notice* è un po' diverso. Probabilmente si può pensare alla questione della necessità di indicare la U.R.L. oppure alla sufficienza di un'esatta indicazione tramite elementi più tradizionali, come autore e titolo (per opere letterarie) e/o altri elementi (magari impronte informatiche o simili, se esistenti⁵⁵) per opere diverse (audiovisivi, fotografie...), unitamente ad una pur breve ma chiara giustificazione del loro titolo giuridico. Con ciò forse avallandosi l'orientamento recente italiano, per cui l'indicazione del titolare non necessariamente deve avvenire tramite U.R.L.⁵⁶. Effettivamente conta che il materiale protetto sia individuato in modo inequivoco, potendo le U.R.L. essere molte, variare in continuazione e suscettibili di generare errori nella redazione della notifica al *provider*, i quali – anche se astrattamente modestissimi – darebbero luogo a fastidiose eccezioni, compromettendo la tutela della vittima. Il vero punto qui è il giudizio sulla esistenza o meno della contraffazione e cioè

⁵⁵ Ipotizza il ricorso al c.d. *fingerprinting* D. Visser, *op. cit.*, 6.

⁵⁶ Così il Trib. Roma, 10 gennaio 2019, in www.giurisprudenzadelleimprese.it e Trib. Roma, 15 febbraio 2019, in www.giurisprudenzadelleimprese.it (la massima della seconda reca erroneamente scritto "Trib. di Milano"); nonché App. Roma, 29 aprile 2017, in *Annali italiani del diritto d'autore*, XXVI-2017, II.228, 1194. Richiedono invece l'indicazione della U.R.L.: Trib. Torino ord. 23 giugno 2014, in *Annali italiani del diritto d'autore*, XXIV-2015, 1685, 785 ss., sub 6.3 (riforma Trib. Torino, 6 maggio 2014, in *Annali italiani del diritto d'autore*, XXIV-2015, 1684, 773) ; Trib. Torino, 7 aprile 2017, in *Annali italiani del diritto d'autore*, XXVI-2017, 1824, 1130; App. Milano, 7 gennaio 2015, cit., § 57 ss. La valutazione va fatta caso per caso, secondo la cit. Cass. civ., sez. I, 19 marzo 2019, n. 7708 (pp. 30-33, sub 5.8), dovendosi accertare «la identificabilità, sotto il profilo tecnico, dei video illeciti sulla base della loro mera denominazione, riportante il titolo della trasmissione televisiva illecitamente riprodotta e diffusa»: il che sarà forse anche esatto, solo che così non si mette il titolare in grado di sapere – nella specifica violazione – se sia o meno necessaria la URL (quindi inducendolo ad esplicitarla sempre, con i conseguenti problemi nel caso di violazioni massicce e/o di URL che cambiano frequentemente). V.si sul punto anche CGUE, C-314/12, *UPK Telekabel c. Constantin Film+1* (2014), §§ 51-53, secondo cui non pregiudica l'essenza del diritto alla libertà di impresa l'inibitoria senza indicazione di dettagli tecnici, ove sia rimesso al *provider* determinare le concrete misure adottande, qualora egli possa comunque sottrarsi a sanzioni se dimostra di aver adottato "tutte le misure ragionevoli". Richiede l'identificazione dell'U.R.L. il meccanismo di c.d. *notice and take down* imposto dalla recente normativa contro il cyberbullismo (l. 71/2017, art. 2): tuttavia è dubbia la sua generalizzabilità, che potrebbe essere ostacolata dalle specificità del caso (gravità degli illeciti contrastati e brevità dei tempi imposti).

sulla fondatezza o meno della contestazione inviata dal titolare: la rimozione/disabilitazione, infatti, se *a posteriori* venisse ritenuta ingiustificata, potrebbe esporre l'*o.c.s.s. provider* ad azioni di responsabilità da parte dell'utente. Non è però difficile prevedere che tale rischio è assai inferiore al rischio di azioni da parte dei titolari e che pertanto l'*o.c.s.s. provider* quasi sempre provvederà immediatamente alla rimozione/disabilitazione richiesta⁵⁷ (come di fatto già avviene).

Si noti una significativa differenza (o difficoltà interpretativa: v. subito dopo) tra la lett. b) e la lett. c) circa l'oggetto dei *best efforts* dell'*o.c.s.s. provider* per evitare la indisponibilità di materiali illeciti. Nella lett. b) essi sono riferiti solo ai materiali notificatigli ("*of specific works...*"); mentre nella lett. c) sono genericamente riferiti all'evitare futuri *uploading* "*in accordance with paragraph (b)*". Ora questo rinvio alla lett. b), presente nella lett.c), è ambiguo: potrebbe riferirsi solo agli standard di settore nella scelta dei filtri (con obbligo di adottarli per qualunque materiale cioè a prescindere dalla notifica di un elenco da parte dei titolari) oppure anche alla necessità della notifica di un avviso l'elenco degli specifici materiali protetti. Tenuto conto dell'esclusione di un obbligo generale di monitoraggio, (art. 13, §7) è preferibile la seconda interpretazione⁵⁸.

7.2 (segue)

Per stabilire se l'*o.c.s.s. provider* ha ottemperato a quanto chiesto dal § 4 (da tutte e tre le sue lettere: a-b-c-, parrebbe; il cons. 38b, subp. 4, lo riferisce agli *high industry standard*) e alla luce del principio di proporzionalità, tra gli altri aspetti dovranno essere considerati pure i seguenti (§ 4a):
a) il tipo, la *audience* e le dimensioni del servizio ed il tipo di materiali protetti caricati dagli utenti;
b) la disponibilità di opportuni e effettivi mezzi e i loro costi per gli *o.c.s.s. provider*. Pertanto, in

⁵⁷ Osservazione diffusa: A. Kuczerawy, *From 'Notice and Take Down' to 'Notice and Stay Down': Risks and Safeguards for Freedom of Expression (December 19, 2018)*, in G. Frosio (ed), *The Oxford Handbook of Intermediary Liability Online*, 2019, *Forthcoming*, letto in <https://ssrn.com/abstract=3305153>, 3; T. Riis-S. F. Schwemer, *op. cit.*, 13; A. Savin, *EU internet law*, Cheltenham, UK-Northampton, MA, USA, 2017, 2 ed., 159; A. Stazi, *I multiformi approcci dei paesi dell'asia estremo-orientale e dell'oceania alla responsabilità degli intermediari online: una panoramica comparatistica da una prospettiva occidentale*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2, 2018, sub § III.2-La responsabilità degli intermediari negli Stati Uniti., letto in *De Jure*.

⁵⁸ In tale senso è il cons. 38b, subp.7. Effettivamente, se non c'è un obbligo generale di monitoraggio/ricerca attiva *ex ante* secondo la lett. b) (il dovere riguarda solo i materiali notificati), non avrebbe senso imporlo nel caso della lett c) e cioè dopo una richiesta di rimozione/disabilitazione successiva all'illecito e per materiali non oggetto di notifica preventiva.

base al tipo di *o.c.s.s. provider* e alle sue dimensioni, sarà ritenuto giuridicamente dovuto questo o quel mezzo preventivo disponibile sul mercato: il che, per vero, da noi discende pianamente già dal requisito della diligenza (o dalla non colpa, in ambito extracontrattuale: v. appena sotto).

Il criterio di proporzionalità, così come formulato, è di incerto significato applicativo. Infatti i termini, tra cui instaurare il relativo giudizio, dovrebbero essere le caratteristiche e le dimensioni (in senso ampio) dell'*o.c.s.s. provider*, da una parte, e il costo delle misure tecnologiche disponibili sul mercato, dall'altra: e cioè i fattori di cui alle lettere a) e b) del § 4a, appena ricordati. Il tenere conto di essi, infatti, dovrebbe portare proprio alla predetta proporzione⁵⁹.

Resta pure incerto come si possa differenziare in base al tipo di opere protette: forse il legislatore UE intendeva solo dire che i filtri per un tipo di opere non è detto che valgano per altri tipi (sotto il profilo tecnico-informatico) e che un *o.c.s.s. provider* deve adottare quelli adatti alle opere presenti sulle sue piattaforme. Il che sarebbe però ai limiti dell'ovvio giuridico, in quanto pure pianamente discendente dalla dovuta diligenza; o meglio, data la natura aquiliana della responsabilità, la sua assenza costituirebbe pianamente colpa *ex art. 2043* (o addirittura impossibilità di invocare l'esimente difensiva contemplata dall'art. 2050, qualora si giungesse a ritenere "pericolosa" l'attività di *o.c.s.s. provider*).

Forse in sede di consultazioni preliminari è stato segnalato dagli addetti ai lavori che per certi materiali protetti i filtri sono o indisponibili o troppo onerosi, allo stato della tecnica⁶⁰. In tale caso

⁵⁹ Questo requisito è forse stato menzionato in omaggio al generale precetto di proporzionalità stabilito dalla dir. 48/2004 per le misure adottabili dagli Stati in caso di violazione (art. 3): anche se qui è riferito ad attività preventiva.

⁶⁰ L'importanza dei software di filtraggio è emersa da tempo. R. Petruso, *Responsabilità delle piattaforme online, oscuramento di siti web e libertà di espressione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. inf. inf.*, 3, 2018, 511 ss. e nota 23, segnala un interessante documento della Commissione: in esso si legge che il punto principale (circa l'art. 15 dir. 31) è capire in che misura le ingiunzioni, che impongono filtri, sono compatibili col divieto di obblighi generali di monitoraggio. Se oggi, dice la Commissione (il doc. è del 2012), queste tecniche fossero diventate prive di errori e a costo zero (*flawless and costless*), il bisogno di un dovere generale di monitoraggio sarebbe diventato obsoleto (si tratta del doc. di lavoro 11.01.2012 *Online services, including e-commerce, in the Single Market*, in allegato alla Comunicazione *A coherent framework to boost confidence in the Digital Single Market of e-commerce and other online services*, {COM(2011) 942 final} {SEC(2011) 1640 final}, p. 50 e tutto il § 3.4.5.3 *Filtering*). Si veda l'apertura a queste soluzioni tecnologiche concordate tra gli *stakeholders*, presente già nella dir. 31, cons. 40. Gli errori però sono notevoli: i filtri di Youtube hanno causato tanti problemi quanti ne hanno risolti, anche perché errano spesso nell'identificare le opere protette (M. DeBlis, *The DMCA: A Safe-Harbor from Liability for Copyright Infringement or the "Thunder from Down Under"?*, in *Intellectual Property & Technology Law Journal*, 8, 2018, 21). Ci sono già diversi lavori di analisi del

sarebbe inapplicabile la lett. b) del § 4 art. 13 e l'esenzione di responsabilità dovrebbe appoggiarsi semmai alla pronta rimozione o disabilitazione prevista dalla seguente lett. c) (così anche cons. 38b subp.4, in fine).

8. Responsabilità e illiceità. Differenze rispetto al d. lgs. 70/2003

Questo per la responsabilità cioè per la tutela risarcitoria (risarcimento del danno), parrebbe: il testo dell'art. 13, § 4, infatti usa infatti il termine "shall be liable for"⁶¹ e "responsabilità" (civile) di solito è inteso come soggezione alla misura del risarcimento del danno⁶². Se così è, bisogna poi capire quando sia esperibile la tutela reale (restitutoria, reintegratorio o inibitoria), tipica dei diritti dominicali e comunque prevista in generale dagli art. 8, c. 3, dir. 29 e dagli artt. 10-12, dir. 48/04

funzionamento del *filtering* e dei suoi (significativi) limiti, esposti in linguaggio ragionevolmente accessibile anche a non tecnici, ad es.: E. Engstrom-N. Feamster, *The limits of filtering: a look at the functionality and shortcomings of content detection tools*, www.engine.is, marzo 2017 (v. sub II.F per un cenno alla proposta di direttiva europea); K. Erickson-M. Kretschmer, "This Video is Unavailable": *Analyzing Copyright Takedown of User-Generated Content on YouTube*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 1, 2018, 75 ss; l'ampio lavoro di J. M. Urban-J. Karaganis-B. Schofield, *Notice and Takedown in Everyday Practice (March 22, 2017)*, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2755628, consultato in ssrn.com, prevalentemente incentrato sul DMCA statunitense.

⁶¹ Lo stesso discorso può essere fatto per il *safe harbor* posto dalla dir. 31, anche per il conforto interpretativo rintracciabile nel suo cons. 45: «Le limitazioni alla responsabilità dei prestatori intermedi previste nella presente direttiva lasciano impregiudicata 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». La responsabilità esentata dalla dir. 31, stando all'ampiezza della formula linguistica, parrebbe essere non solo civile ma anche penale ed amministrativa (conf.: R. Petruso, *op. cit.*, testo all'altezza della nota 12). Mi domando se costituisca indizio in senso contrario il cons. 8, per il quale «la presente direttiva si prefigge di creare un quadro giuridico inteso ad assicurare la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione tra gli Stati membri, e non di armonizzare il settore del diritto penale in quanto tale».

⁶² L. Mengoni, voce *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, XXXIX, 1072. Se invece se ne amplia il significato, ad es. intendendola come «obbligo derivante dal torto» (G. Venezian, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, in *Opere giuridiche*, I, Roma, 1919, 55, cit. da C. Castronovo, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 3 nt. 1) o addirittura come risposta solenne dell'ordinamento alla rottura di un equilibrio (C. Maiorca, voce *Responsabilità (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, XXXIV, 1004), allora comprenderà pure le misure reali, oltre che risarcitorie. Bisognerebbe poi capire quale fosse la tradizione comune europea sul concetto di responsabilità, vista la natura europea della norma.

(per restare nel diritto UE)⁶³. Il passaggio iniziale consiste nell'individuare i confini del diritto protetto⁶⁴, in modo che, quando essi vengano violati, si possa ravvisare l'illiceità (con conseguente esperibilità delle misure reintegratorie)⁶⁵. Ebbene, mi pare che il presupposto per esperire quest'ultime coincida parzialmente con quello per la tutela risarcitoria, qui precisamente costituito dal combinato disposto dei §§ 1 e 4 dell'art. 13. Il che significa che la violazione del diritto di comunicazione al pubblico viene ad esistenza, quando l'*o.c.s.s. provider* dia pubblico accesso a materiali protetti degli utenti, senza autorizzazione né ottemperanza ai requisiti d'esenzione indicati dal § 4. Questa è la fattispecie della illiceità, comune alle misure reintegratorie e

⁶³ La distinzione tra rimedi reali e risarcitori è (almeno da noi) tradizionale (v. A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, 3, Milano, 2001, 3 ed., 48-49 ss. e 71 ss.; A. Musso, *Art. 2577*, in Galgano (a cura di) *Commentario del codice Civile Scialoja-Branca*, Art. 2575-2583, Bologna-Roma, 2008, 273 ss.; L. Nivarra, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Prolegomeni*, Torino, 2019, 51, testo e nota 8, e 81) e comunemente accettata a proposito della tutela dei diritti dominicali, avendo solida base testuale nella disciplina della proprietà (provvista di un esteso armamentario difensivo): tra i molti v. C. Argiroffi, *Delle azioni a difesa della proprietà. Artt. 948-951*, in F.D. Busnelli (dir. da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 2011, 32 ss.; U. Mattei, *La proprietà*, in R. Sacco (dir. da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2014, 2 ed., 361 ss. e 377 ss.; soprattutto A. Gambaro, *La proprietà. Beni, proprietà, comunione*, in G. Iudica-P. Zatti (dir. da) *Trattato di diritto privato*, Milano, 1990, cap. V, §§ 6-9, 364-385, *passim*. In questa materia si rischiano però confusioni terminologiche e quindi pure concettuali. I lemmi utilizzati non sempre coincidono, per cui è da vedere se il significato attribuito sia il medesimo: si parla ad es. di azioni reali/azioni personali (su cui è critico, in relazione alla proprietà intellettuale, P. Auteri, *Le tutele reali*, in L. Nivarra (a cura di), *L'enforcement dei diritti di proprietà industriale Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2005, 5-7) o di rimedi restitutorio-recuperatorio da una parte e risarcitori dall'altra (A. Di Majo, *op. cit.*, 89-90, critico sulla possibilità di distinguere in base ai rimedi proponibili). Il punto di riferimento industrialistico è ancora costituito da D. Sarti, *Diritti esclusivi e circolazione dei beni*, Milano, 1996, cap. I, §§ 1 e 4. La distinzione tra diritti assoluti, in cui si tutelano le prerogative esclusive, e quello relativo-risarcitorio, in cui il danno è risarcito in presenza di colpa, fa anzi parte del diritto europeo (F.W. Bulst, voce *Property rights (protection of)*, in J. Basedow-K.J. Hopt-R. Zimmermann with A. Stier (ed. by), *op. cit.*, II, 1379). Pragmaticamente, al solito, in *common law* si distingue tra *monetary remedies* e *non-monetary remedies* (tra cui *injunction*, naturalmente): R.C. Dreyfuss-J. Pila, *The Oxford Handbook of Intellectual Property Law*, Oxford, 2018, 664 ss. Taluno afferma la predetta distinzione pure per la tutela dei crediti, oltre che per le situazioni di appartenenza (L. Nivarra, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., cap. 5, §§ 1-8, spt. § 7 e più estesamente in *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 1, 2014, 45 ss., a p. 74 ss., §§ 7-8): lo ricordo solo per completezza, dato che la pur interessante questione è fuori tema in questa sede.

⁶⁴ Anzi, del diritto o dell'interesse protetto, se si accoglie l'opinione dominante per cui l'art. 2043 protegge anche interessi non strutturati come diritti soggettivi. Nel nostro caso, però, mi pare indubbio che ricorra un diritto soggettivo.

⁶⁵ Le misure reintegratorie presuppongono infatti la violazione del diritto: v. art. 11 e 12, dir. 48/04, nonché art. 8, dir. 29.

risarcitorie. Le seconde naturalmente richiederanno in aggiunta l'elemento soggettivo e un danno causalmente ricollegabile alla violazione stessa⁶⁶.

Ed allora l'accezione del cit. riferimento alla responsabilità, posto all'inizio del § 4 ("*shall be liable for ...*"), va riaggiustata nel senso di intenderla quale assoggettività a tutti i rimedi previsti dall'ordinamento per la violazione del diritto *de quo*, reintegratori e risarcitori. La norma pare infatti delineare solo la fattispecie dell'illiceità, dato che non menziona –

almeno espressamente – l'elemento soggettivo ne parla di risarcimento del danno⁶⁷.

Se questo è vero, allora è decisamente significativa la novità apportata alla tradizionale fattispecie costitutiva del diritto di comunicazione al pubblico (art. 3, dir. 29)⁶⁸. Quest'ultima

⁶⁶ L'illiceità (aquiliana), dunque, è la lesione di interessi giuridicamente tutelati nella vita di relazione e la responsabilità è la soggezione alle sanzioni relative, e cioè soprattutto risarcimento del danno e inibitoria (C.M. Bianca, *Diritto civile. 5 La responsabilità*, Milano, 2012, 2 ed., 543-545 e 785). Sembra invece legare dannosità e illiceità V. Scalisi, *Illecito civile e responsabilità: fondamento di una distinzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, 657 ss: anche se da un lato ammette il danno potenziale (p. 667) e dall'altro pare configurare «il danno giuridico come mera lesione di un interesse efficace o anche solo rilevante» (p. 664), pur dopo aver poco prima segnalato che l'illecito comporta sempre la perdita di un utilità o di un vantaggio attuale o potenziale (p. 667) e infine precisando che «non vi è trasgressione di norma di condotta che non si traduca anche in lesione di un corrispondente interesse tutelato né quest'ultima sarebbe concepibile al di fuori della violazione di un corrispondente precetto giuridico posto a sua tutela e consistente nel divieto di comportamento lesivo» (p. 666).

⁶⁷ Anche quello che poteva apparire come elemento soggettivo (colpa come disattenzione nella gestione dei materiali caricati dagli utenti) è costruito nel § 4 in modo oggettivo: mancata adozione dei software di filtraggio suggeriti dalla tecnica. In realtà la concezione moderna della colpa, anche penale, pare aver abbandonato le concezioni psicologiche a favore di concezioni oggettivo-normative (D. Pulitanò, *Art. 43*, in A. Crespi– G. Forti–G. Zuccalà, (dir. da), *Comm. breve cod. pen. padova*, 2008, 5 ed., 162-163, sub XII-XIII). Il diritto USA è più dettagliato e specifica che il *safe harbor* comporta l'esenzione non solo dal *monetary relief* ma anche da misure inibitorie e da «*other equitable relief*» conseguenti alla violazione (17 U.S. Code, § 512. *Limitations on liability relating to material online*, sub (a); v.si l'analitica normazione per l'*injunction* alla lett. (j)); esame in R. Petruso, *Responsabilità degli intermediari di internet e nuovi obblighi di conformazione: robo-takedown, policy of termination, notice and take steps*, in *Eur. dir. priv.*, 2, 2017, 451 ss., § 2, letto in *DeJure*). Osservazioni analoghe a quelle di cui al testo in F. Piraino, *op. cit.*, cit., 499-500.

⁶⁸ A dispetto dell'affermazione per cui la dir. non apporta modifiche alla dir. 29 (art. 1 § 2): le apporta non testualmente, ma sottraendole spazio applicativo.

consisteva sino ad oggi in⁶⁹: un atto di comunicazione; che sia intenzionale ed abbia svolto un ruolo imprescindibile (tale cioè che senza di esso i clienti non avrebbero potuto –

o avrebbero potuto solo con difficoltà – fruire dell’opera diffusa)⁷⁰; rivolto ad un pubblico; pubblico che sia nuovo (in senso ampio e cioè non preso in considerazione dal titolare nella sua

⁶⁹ Così praticamente tutta la giurisprudenza della CGUE sulla comunicazione al pubblico, nella quale compare quasi sempre una più o meno sintetica esposizione sul punto. Mi limito a ricordare due decisioni: CGUE, C-527/15, *Stichting Brein c. Wuellems* (caso *Filmspeler*) (2017), § 28 ss., e la cit. decisione *Ziggo (The Pirate Bay)*, §§ 23-29. Resta spurio il ruolo svolto dalla finalità di lucro, che a rigore – secondo la dogmatica tradizionale dei diritti dominicali, quale è la proprietà intellettuale (la cui tutela è inserita nell’art. 17, c. 2, della Carta dei dir. fondamentali dell’Unione Europea 07.12.2000, c.d. Carta di Nizza, rubricato *Tutela della proprietà*), dovrebbe essere irrilevante (curiosamente anche l’ordinamento cinese dà rilevanza alla consapevolezza del soggetto “linkante” e agli interessi economici coinvolti: J. Long, *Different Solutions for Similar Questions: Hyperlinks and the Right of Communication to the Public in China and the EU*, in *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 4, 2018, 414: il problema però è se ciò sia sistematicamente corretto, quando la legge è muta al riguardo). La CGUE non è rigorosa nell’applicare questo requisito; alla fine pare utilizzare lo scopo di lucro solo come indice della consapevolezza della violazione, nel senso che chi agisce per lucro conosce o ha l’onere di conoscere la provenienza dei materiali dei suoi utenti: si vedano per tutte, da una parte, la sentenza (forse la più importante ad oggi) CGUE, C-160/15, *GS Media c. Sanoma+2* (2016), e il fondamentale snodo argomentativo ai §§ 47-53, e, dall’altra, la decisione *Stichting Brein c. Wuellems* (caso *Filmspeler*), cit. in questa nota, § 49 (richiamando *GS Media*). Tuttavia, anche la consapevolezza nel violatore è estranea all’ordinaria fattispecie costitutiva dei diritti dominicali, nei quali si fanno di solito rientrare quelli di proprietà intellettuale (v. il cit. art. 17 c. 2 della cit. Carta di Nizza, formalmente recepita dal Trattato UE, art. 6). Il solo profilo soggettivo richiederebbe una trattazione specifica. In breve, la CGUE ha stabilito un autonomo concetto di responsabilità (A. Ohly, *op. cit.*, 670) o meglio di fattispecie del diritto di comunicazione al pubblico e dunque anche della sua violazione: forse sul punto specifico ha tenuto in considerazione la tradizione anglosassone (magari pure di altri paesi) sul copyright, secondo cui, mentre il *primary infringer* è soggetto ai rimedi di legge anche senza elemento soggettivo, questo è invece richiesto per il *secondary infringement* (Cheng Lim Saw, *Linking on the Internet and Copyright Liability: A Clarion Call for Doctrinal Clarity and Legal Certainty*, in *IIC-International review of industrial property and copyright law*, 5-May, 2018, 547), nella modalità dell’ *actual or constructive knowledge* (v. L. Bently L.-Sherman B., *Intellectual Property Law*, Oxford, 2009, 3 ed., 195-198; A. Ohly, *op. cit.*, 672). La CGUE avrebbe invece annacquato la distinzione tra *primary* e *accessory liability*, secondo W. Cornish-D. Llewelyn-T. Aplin, *Intellectual Property: Patents, Copyrights, Trademarks & Allied Rights*, London, 2019, 9 ed., 491-492, ricordando che la consapevolezza nell’utente non è richiesta dall’art. 3 dir. 29): forse inavvertitamente, a causa della scarsa familiarità di giudici europei e parti con l’istituto della responsabilità secondaria, che è rimasta di dominio statale, non essendo stata armonizzata (così N. Cordell-B. Potts, *Communication to the Public or Accessory Liability? Is the CJEU using Communication to the Public to Harmonise Accessory Liability across the EU?* in *European Intellectual Property Review*, 5, 2018, 292). Ricostruzione ragionata della giurisprudenza europea sul concetto di comunicazione al pubblico nei saggi di E. Rosati: Id., *op. cit.*, e Id. *GS Media and Its Implications for the Construction of the Right of Communication to the Public within EU Copyright Architecture* (March 29, 2017), in (2017) 54(4) *Common Market Law Review* 1221 ss., ma letto in www.ssrn.com.

eventuale anteriore diffusione: nella duplice ipotesi di persone non raggiunte da questa ultima, anche se con lo stesso mezzo trasmissivo, o addirittura nuovo, perché con mezzo trasmissivo diverso)⁷¹. Non rilevavano invece condotte, quali quelle prescritte dal § 4 della dir. *de qua*⁷².

⁷⁰ Il punto andrebbe però sviluppato. Si potrebbe infatti pensare che fosse sufficiente (per ravvisare l'illecito) una condotta solo agevolativa, anziché determinante: la quale cioè semplicemente aumentasse il grado di accessibilità di un'opera, che però è già accessibile. Questo è infatti il percorso intrapreso dalla CGUE, soprattutto circa il *linking*: v. le considerazioni (critiche) di G. Spedicato, *op. cit.*, 278 e 281-282.

⁷¹ Sul concetto di «pubblico nuovo» in tema di diffusione via web oscilla la CGUE. Secondo *Svensson e altri c. Retriever Sverige AB*, C-466/12 (2014) (sulla liceità del *linking*), chi carica on line un'opera prende in considerazione come pubblico tutti i potenziali visitatori del sito e quindi in pratica tutti gli utenti internet del mondo (§§ 24-27; v. anche § 22 per il sito del soggetto linkante). Invece in C-161/17, *Land Nordrhein-Westfalen c. Renckhoff* -caso *Cordoba*- (2018), la CGUE dice che ciò non è vero se la ritrasmissione avviene non tramite *link* ma tramite caricamento di copia dell'opera su altro sito, perchè in tale caso il pubblico, preso in considerazione dal titolare nell'autorizzare l'iniziale messa *online* nel sito da lui scelto, è solo quello degli utilizzatori di quel sito e non altri (in particolare: non quello degli utilizzatori del sito che l'ha ritrasmesso: § 35); qualche riga prima, però, aveva detto che la ritrasmissione non autorizzata su un diverso sito prende invece come riferimento tutti i potenziali utilizzatori del sito stesso (§ 23: quindi in pratica tutti gli utenti internet del mondo). Il che è alquanto contraddittorio, poiché il medesimo tipo di atto (caricamento di file sul *web* senza restrizioni) non può che avere preso in considerazione sempre i medesimi destinatari (se il giudizio è oggettivo; se il giudizio è invece soggettivo -cioè dipendente dalle intenzioni dell'*uploader* o del titolare che lo autorizza in tale senso -, la cosa cambia: ma non è la via giusta). La decisione della Corte si affanna a fornire tre motivi per cui il cit. *dictum* non contrasterebbe con *Svensson* (§§ 39-46): essi sono però poco convincenti e non tengono in considerazione la questione a monte qui accennata. Più centrate le conclusioni dell'avvocato generale Campos Sanchez-Bordona (§§ 95-108, sempre in causa C-161/17): «la logica di Internet è che, quando l'accesso alle immagini caricate in rete con il consenso del loro autore è libero e gratuito, senza indicazioni né cautele in senso contrario, non è possibile segmentare il numero o le categorie dei potenziali visitatori, o prevedere che solo alcuni, e non altri, usufruiranno della loro visione» (§ 101; si noti il riferimento anche alla gratuità). Il vero problema è cosa debba fare il titolare per evitare che venga ravvisato un suo consenso alla diffusione: misure tecnologiche di protezione o anche solo dichiarazioni (più o meno leggibili, nel sito e/o nelle singole pagine), secondo cui egli non ammette la diffusione ulteriore? Cioè criterio oggettivo o soggettivo? Se lo scopo è individuare quando il pubblico è "nuovo", mi pare dovrà essere oggettivo, sicché la dichiarazione sarà insufficiente e serviranno misure tecniche protettive: conf. A. Cogo, *Linking e framing al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, nota a CGUE C-466/12, *Svensson e altri c. Retriever* (2014), in *Giur. it.*, 10, 2014, 2205-2206, secondo cui potranno essere finalizzate anche solo a costringere l'utente a passare per la *home page*, a fini pubblicitari, in nota 21; J. P. Quintais, *op. cit.*, 399-400 (indicazioni di tesi straniere sul punto in G. Giannone Codiglione, *I motori di ricerca*, in *Annali italiani del diritto d'autore*, XXVI-2017, 406-408, testo e note). Da vedere cosa sarebbe successo se fosse stato valere (magari in subordine) il diritto di riproduzione, visto che la questione pregiudiziale concerne solo la comunicazione al pubblico (*ibid.*, § 12).

⁷² Su questa affermazione si potrebbe però sottilizzare in senso opposto: ad es. adducendo che la mancata adozione di filtri automatici (del tipo emergente dal § 4, lett. b-c) costituisce in realtà accettazione del rischio (o dell'evento) di ospitare materiali illeciti e dunque un caso di dolo eventuale.

Né parrebbe sensato differenziare la fattispecie costitutiva per l'*o.c.s.s. provider* in base alla misura richiesta nei suoi confronti: la fattispecie posta dalla dir. per la misura risarcitoria e quella tradizionale per le misure reali. L'illiceità infatti è terreno comune e dunque sarà ravvisata allo stesso modo. Il danno ingiusto è quello arrecato (*non iure*⁷³ e) *contra ius*: nel caso specifico, *contra ius* significa violando il diritto di comunicazione al pubblico, la cui la fattispecie costitutiva non può che essere quella delineata dalla disciplina specifica⁷⁴.

Va registrato un cambio significativo anche rispetto al regime giuridico predisposto dalla dir. 31 (e dal nostro atto di recepimento d. lgs. 70/2003): si tratta forse del passaggio più delicato della direttiva. Infatti, le tre figure di *provider*, regolate dalle predette già vigenti normative, costituiscono appunto un'esenzione da responsabilità: esenzione al di fuori della quale la responsabilità non è automaticamente stabilita, ma deve essere vagliata caso per caso in base alle regole generali (art. 156 e 158 l. aut.; norme corrispondenti per altre private o per diritti della personalità, etc.). Ciò è stato già messo in luce adeguatamente⁷⁵, anche se il dettato dell'art. 16 («non è responsabile delle informazioni memorizzate ... a condizione che ...») non è dei più

⁷³ Questo requisito è probabilmente irrilevante o meglio dotato di valore solo descrittivo. Il giudizio di lesione di un diritto altrui può essere dato solo alla fine, dopo valutate tutte le circostanze, tra cui eventuali cause di giustificazione e soprattutto l'esercizio di eventuali altri diritti. Il confine di un diritto, infatti, non è un a priori, ma dipende dalla ampiezza dei confini riconosciuti ai diritti in posizione antagonista, ciò che avverrà dopo attento bilanciamento: solo alla fine si può dire se c'è stata o meno lesione.

⁷⁴ V. i riferimenti alla violazione (grassetti aggiunti): art. 13, rubricato *Risarcimento del danno*, della dir. 48/04: «Gli Stati membri assicurano che, su richiesta della parte lesa, le competenti autorità giudiziarie ordinino all'autore della violazione, implicato consapevolmente o con ragionevoli motivi per esserne consapevole in un'attività di violazione, di risarcire...»; art. 8, dir. 29: «1. Gli Stati membri prevedono adeguate sanzioni e mezzi di ricorso contro le violazioni dei diritti e degli obblighi contemplati nella presente direttiva... 2. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie a garantire che i titolari dei diritti i cui interessi siano stati danneggiati da una violazione effettuata sul suo territorio possano intentare un'azione per danni e/o chiedere un provvedimento inibitorio e, se del caso, il sequestro del materiale all'origine della violazione, nonché delle attrezzature, prodotti o componenti di cui all'articolo 6, paragrafo 2».

⁷⁵ F. Piraino, *op. cit.*, 472; S. Seminara, voce *Internet (diritto penale)*, in *Enc. dir., Annali*, II, Milano, 2014, 592; M.L. Montagnani, *Internet, contenuti illeciti e responsabilità degli intermediari*, Milano, 2018, 49. Tale settorialità della normativa *ad hoc* per i *provider* ha indotto taluni a ritenerla eccezionale (E. Bassoli, *Il caso RTI vs. Vimeo e la responsabilità civile dell'hosting provider attivo: sentenza n. 693/2019 del Tribunale di Roma*, www.dimt.it, 26.02.2019, nota alla cit. sentenza, condividendo il pensiero di Iodice A., *Violazione del diritto d'autore in internet Note critiche a Corte di Appello di Milano 7.1.2015*, 09.02.2015, personaedanno.it, nota a App. Milano, 7 gennaio 2015, *Yahoo Italia c. RTI*); pare invece più corretto ritenerla speciale, cosa alquanto diversa (almeno in linea di principio).

tranquillizzanti. Con questa dir. invece la disciplina risulta ben diversa: se manca il consenso del titolare e non ricorrono le tre condizioni poste dal § 4, gli *o.c.s.s. provider* sono irrimediabilmente responsabili per violazione del diritto di comunicazione al pubblico ogni volta che rendano disponibili sui loro server materiale protetto⁷⁶. C'è quindi un rovesciamento delle condizioni di esenzione. In altre parole, secondo la disciplina anteriore, una volta persa la fruibilità del *safe harbor*, si torna alla disciplina comune: quindi con l'onere per il titolare di provare sia la violazione che le altre condizioni richieste affinché sorga responsabilità (se punta al risarcimento del danno). Ora invece, tocca all'*o.c.s.s. provider* provare i requisiti del nuovo *safe harbor*, pena il cadere irrimediabilmente nell'illiceità, con tutte le conseguenze. Del resto, nella dir. 31 non si sarebbe potuto stabilire in positivo la presenza di una violazione, dato che essa si applica alla violazione di qualsiasi diritto ledibile tramite caricamento di file in internet: questa dir., invece, si applica solo alla violazione di diritto d'autore (o connessi).

L'aver fatto tutto il possibile per assicurare la indisponibilità dei materiali protetti notificati costituisce una clausola generale, mentre gli *high industry standards of professional diligence* costituiscono lo standard che riempie di contenuto la clausola medesima⁷⁷.

Non mi fermo su cosa significhi «tutto il possibile/*best effort*», perché porterebbe lontano (e probabilmente ad esiti generici, essendo legati alle specificità anche tecnologiche del caso). L'impressione però è che tenda a collocarsi ad un livello piuttosto alto di diligenza e che dunque dovrebbe essere qualcosa in più sia del *reasonable effort* per le opere fuori commercio, di cui all'art. 7, c. 2, della dir. *de qua*, che della *diligent search carried out in good faith* di cui alla normativa sulle opere orfane (art. 3, dir. 2012/28/EU e vari considerando).

⁷⁶ Meglio: violano il diritto di comunicazione al pubblico, dato che di responsabilità si può parlare solo in presenza di un danno, come detto. Letteralmente, secondo il § 1, il dare accesso a materiali protetti costituisce comunicazione al pubblico, della quale si risponde se non ricorrono o l'autorizzazione del titolare o le condizioni poste dal § 4. E' stato quindi rilevato il forte distacco dalla precedente fattispecie di esenzione ex dir. 31, la quale dipendeva dal ruolo attivo/passivo del *provider*, non dal quantitativo di file ospitati (A. Kuczerawy, *EU Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market: Compatibility of Article 13 with the EU Intermediary Liability Regime* (December 19, 2018), in B. Petkova, T. Ojanen (eds.), *Fundamental Rights Protection Online: The Future Regulation of Intermediaries*, 2019, *Forthcoming*. letto in www.ssrn.com, § 3.1.1)

⁷⁷ Secondo la comunemente accettata distinzione clausola generale/standard: tra i moltissimi lavori v. L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1, 1986, 5 ss., 12; V. Velluzzi, *Come si interpretano le clausole generali? Note intorno ad alcuni aspetti ricorrenti*, *Ordines*, n. 2, dicembre 2018, 19 ss. a p. 30. Anche i *best efforts* della lettera a) costituiscono clausola generale.

Verranno in soccorso i criteri di cui al § 4a, sopra accennati, sintetizzabili forse in quello generalissimo, per cui quanto maggiore è la dimensione del *provider*, tanto più significativi dovranno essere i suoi investimenti nelle adottande cautele. Il riferimento alla disponibilità di mezzi adatti ed effettivi e al loro costo (§ 4a, lett. b), tutto sommato, può dirsi scontato, nonostante il concetto di *industrial standard of professional diligence*: i livelli di protezione così individuati non si può pensare di imporli indiscriminatamente, ma solo gradualmente, in base appunto alle dimensioni⁷⁸. Come sopra accennato, infatti, si sarebbe arrivati al medesimo esito ermeneutico anche senza questa precisazione (cioè anche immaginando un recepimento senza ulteriori indicazioni oltre a quelle del § 4): ciò in base al cit. precetto di diligenza previsto in negativo (non colpa) dal nostro art. 2043 c.c. e implicitamente in tutte le norme settoriali che regolano gli illeciti non contrattuali (tra cui diritto d'autore e private in genere). Gli standard, di per sé, sono di non chiara applicazione (in relazione ai costi e alle dimensioni del servizio), poiché -perlomeno se intesi in senso oggettivo e cioè come mezzi tecnici disponibili – nulla dovrebbero dire sul legame tra essi, il loro costo e le dimensioni dell'impresa che dovrebbe adottarli. Staremo a vedere⁷⁹.

9. Agevolazioni per i provider minori

Il seguente § 4aa prevede una facilitazione per gli *o.c.s.s. provider* operanti da meno di tre anni e con un fatturato inferiore a 10 milioni di euro. La facilitazione consiste nel fatto che i tre requisiti, di cui al paragrafo 4, si restringono a due: a quello di cui all'articolo a); all'aver agito velocemente, dopo aver ricevuto un avviso sufficientemente fondato, per rimuovere le opere o materiali indicati o disabilitarne l'accesso. Il secondo punto è assai simile alla lettera c) del § 4, anche se il legislatore

⁷⁸ Il tasso di genericità è al momento elevato: la prassi forse (la norma di recepimento difficilmente potrà farlo, a meno di pensare ad un rinvio a fonti subprimarie, come ad es. per il processo civile telematico) diraderà la nebbia e nel frattempo il giudice – o il consulente – potrà cercare appoggio presso la scienza aziendalistica, quanto al calcolo di convenienza e opportunità della stima costi/benefici (si potrà probabilmente trovare qualche lume nella elaborazione maturata intorno al dovere di istituire assetti adeguati *ex art. 2381 c.c.*, ora esteso a tutti gli enti collettivi dall'art. 2086 cc novellato dal cod. crisi impresa d. lgs. 14/2019, art. 375).

⁷⁹ Forse i colloqui tra gli *stakeholders*, di cui all'art. 13, § 9, saranno espliciti sul punto: ma allora ci sarà da capire quale sarà la loro vincolatività, parendo lo standard limitato al dato tecnico. Potrebbe non essere semplice inizialmente (ipotizzando una norma di recepimento suppergiù simile a quella ora in esame: ma una molto diversa si esporrebbe al rischio di disapplicazione per incompatibilità con la dir.) giudicare la debenza di questa o quella misura per il singolo *o.c.s.s. provider sub iudice*.

ne ha riscritto il contenuto, anziché rinviarvi. Ciò immagino sia dovuto al fatto che vi ha introdotto due modifiche: non è più chiesta la prova dei *best efforts* per evitare futuri caricamenti; non è più detto che le segnalazioni debbano provenire dal titolare (questo pare frutto di dimenticanza: non è molto sensato che la legittimazione attiva, finalizzata a mettere in moto il dovere di agire speditamente per i *provider* minori, sia più ampia di quella per i *provider* maggiori).

In breve, la facilitazione è duplice e consiste: i) nel non essere sottoposti alla lettera b); ii) nel non essere tenuti ai *best efforts* per prevenire futuri *uploading*⁸⁰.

Secondo il § 4aa, subp. 2, però, questa facilitazione va corretta in senso peggiorativo (per l'*o.c.s.s. provider*), quando il numero dei suoi visitatori per mese supera i 5 milioni (pur sempre entro i primi tre anni e i 10 mln. di fatturato, direi). In tal caso infatti egli deve dimostrare di aver fatto tutto il possibile/*best efforts* per impedire ulteriori caricamenti dei materiali notificati, per i quali i titolari abbiano fornito le rilevanti e necessarie informazioni: torna quindi applicabile il requisito posto dalla seconda parte del § 4 lett. c), dal quale – come appena visto – sono esentati gli *o.c.s.s. provider* con visitatori mensili non superiori a 5 milioni.

In sintesi la disciplina prevede tre livelli di responsabilità (o meglio: tre livelli di esenzione da responsabilità) in base alle dimensioni: 1) i *provider* maggiori, col massimo dei doveri (§ 4); 2) i *provider* intermedi (fatturato inferiore a 10 milioni di euro e nei primi tre anni, ma con visitatori mensili superiori ai 5 mln), ai quali è tolto il rispetto della lettera b) del § 4 (§ 4aa subp.2); 3) i *provider* minimi (entro i tre anni dalla nascita; fatturato inferiore ai 10 milioni di euro; visitatori mensili che non superano i 5 mln), cui è tolto il rispetto sia della lett. b) del § 4, che dei *best efforts* per impedire futuri *uploading* della lett. c) del § 4 (§ 4aa, subp.1).

Circa il termine “di grazia” triennale, il cons. 38ba, subp.2, precisa che non si applicherà alle nuove entità, che sono tali “solo di facciata”, in quanto esercitano l’attività di un *o.c.s.s. provider* già esistente che non possa più beneficiarne⁸¹. Stranamente questa importante regola è menzionata solamente nei *considerando* e non nell’articolo, il che potrebbe generare incertezze interpretative.

⁸⁰ D’ora in poi trascurerò la differenza sulla titolarità del soggetto segnalante l’illiceità, menzionata appena sopra, che parrebbe frutto di dimenticanza.

⁸¹ Cosa diversa è il caso di un soggetto giuridicamente già esistente, ma non presente in questo settore commerciale, che decida di entrarvi in un secondo momento (tramite fusione, acquisendo un’azienda altrui, iniziandola lui da zero etc.): in tale caso i benefici dovrebbero spettargli. Il limite temporale triennale è infatti riferito all’anzianità di offerta del servizio sul mercato, non a quella del soggetto giuridico.

Si può forse affermarne ugualmente l'applicabilità invocando l'istituto generale dell'abuso del diritto, presente pure in ambito europeo⁸². Dovrà però essere interpretato in modo da non pregiudicare l'uniforme applicazione europea dell'esenzione⁸³ e quindi in base ai principi generali in materia comuni agli Stati membri⁸⁴.

⁸² Ampia esposizione in F. Capotorti, *L'abuso del diritto nell'ordinamento dell'unione europea*, Tesi di dottorato, XXIX ciclo, a.a. 2015/16, in www.unimi.it. Vigè nel diritto UE un principio generale di divieto di abuso, su cui v. ora le sentenze c.d. "danesi" (in materia fiscale) CGUE, cause riunite C-116/16 e C-117/16, *Skatteministeriet c. T Danmark e Y Denmark Aps* (2019), di cui riporto qui i passaggi pertinenti per l'importanza del tema: «70 A tal riguardo, secondo costante giurisprudenza, nel diritto dell'Unione vige il principio generale di diritto secondo cui i singoli non possono avvalersi abusivamente o fraudolentemente delle norme del diritto dell'Unione ... 71 Il rispetto di tale principio generale s'impone ai singoli, Infatti, l'applicazione delle norme dell'Unione non può essere estesa sino a comprendere pratiche abusive, ossia operazioni effettuate non nell'ambito di normali operazioni commerciali, ma unicamente allo scopo di beneficiare abusivamente dei vantaggi previsti dal diritto dell'Unione ... 72 Da tale principio discende quindi che uno Stato membro deve negare il beneficio di disposizioni di diritto dell'Unione laddove queste vengano invocate non al fine di realizzare le finalità delle disposizioni medesime, bensì al fine di godere di un vantaggio derivante dal diritto dell'Unione sebbene le condizioni per poterne godere siano rispettate solo formalmente. ... 97 Come emerge dalla giurisprudenza della Corte, la prova di una pratica abusiva richiede, da una parte, un insieme di circostanze oggettive dalle quali risulti che, nonostante il rispetto formale delle condizioni previste dalla normativa dell'Unione, l'obiettivo perseguito da tale normativa non sia stato conseguito e, dall'altra, un elemento soggettivo consistente nella volontà di ottenere un vantaggio derivante dalla normativa dell'Unione per mezzo della creazione artificiosa delle condizioni necessarie per il suo ottenimento ... 98 È quindi l'esame di un complesso di fatti che consente di verificare la sussistenza degli elementi costitutivi di una pratica abusiva e, in particolare, se taluni operatori economici abbiano realizzato operazioni puramente formali o artificiali prive di qualsiasi giustificazione economica e commerciale essenzialmente al fine di beneficiare di un indebito vantaggio ... 99 Non spetta alla Corte procedere alla valutazione dei fatti del procedimento principale. Tuttavia, pronunciandosi sul rinvio pregiudiziale, la Corte può eventualmente fornire indicazioni al giudice nazionale al fine di guidarlo nella valutazione del caso di specie sottoposto al suo esame. Nei procedimenti principali, sebbene la presenza di una serie d'indizi possa far presumere la sussistenza di un abuso, spetta tuttavia al giudice del rinvio verificare se tali indizi siano obiettivi e concordanti e se le resistenti nel procedimento principale abbiano avuto la possibilità di fornire la prova contraria». Analoghe affermazioni in CGUE, cause riunite C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16, *N Luxembourg 1 - X Denmark A/S - C Danmark I - Z Denmark ApS c. Skatteministeriet* (2019), §§ 96-98 e 124-126.

⁸³ Per questo è frequente nel diritto internazionale e soprattutto nel diritto europeo il metodo interpretativo della c.d. interpretazione autonoma (v. P.A. de Miguel Asensio-H. Rosler, *Interpretation, autonomous*, in J. Basedow-G. Ruhl-F. Ferrari-P.A. De Miguel Asensio (dir. da) *Encycl. of private International law*, Edward Elgar, 2017, risorsa elettronica, 1006 ss.). La CGUE lo utilizza frequentemente specificando che ciò vale ogni qualvolta manchi un espresso rinvio ai diritti nazionali (per tutti v. CGUE 21.10.2010, C-467/08, *Padawan c. SGAE*, § 33, intorno al concetto di "equo compenso").

⁸⁴ La CGUE preferisce invece il criterio dell'interpretazione autonoma (v. nota precedente). Questa però, stante la incompletezza strutturale del diritto europeo, poggia su basi fragili e quindi rischia di essere

La prova che lo strumento contrattuale/societario scelto sia in elusione del termine triennale, e quindi abusivo, spetterà al titolare del diritto.

Che ne è dell'onere della prova intorno alla applicazione del § 4aa? Circa il primo sottoparagrafo (*provider* maggiori) la risposta parrebbe abbastanza semplice. Visto che si limita a correggere "quantitativamente" le condizioni di applicazione del § 4, l'onere della prova sarà distribuito allo stesso modo. Sarà cioè l'*o.c.s.s. provider* a dover provare i fatti giustificanti la sua invocazione del *safe harbor*, proprio come nel § 4: quindi dovrà lui provare il fattore temporale e il fatturato, altrimenti gli si applicherà il regime ordinario posto dal § 4. Per la seconda ipotesi di *provider* minori (quella con visitatori mensili oltre i 5 mln.), invece, l'onere probatorio dovrebbe distribuirsi in modo diverso. Visto che l'*o.c.s.s. provider* avrà già provato i due requisiti del primo subp., egli è a posto: sarà il titolare dei diritti a dovere provare che il *provider* ha più di 5 mln. di visitatori, dovendo cioè persuadere il giudice che la fattispecie è regolata dal § 4aa, subp. 2, anziché subp. 1. Il dato concretamente sarà talora presente nei siti *web* degli *o.c.s.s. provider*, essendo forse importante a fini di immagine⁸⁵; ma se non vi fosse, che farebbe il titolare? Non potrebbe certo chiedere una c.t.u. a fini esplorativi. In mancanza d'altro, bisognerebbe riuscire ad applicare una norma processualmente facilitante come ad es. l'art. 156 bis l. aut. (corrispondente all'art. 121 c.p.i.).

(assieme al principio di effettività -o forse dell'effetto utile-) il grimaldello concettuale per giustificare l'amplissima discrezionalità della CGUE: così sostanzialmente C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 231-232 e pure, con tono più cauto, E. Russo, *L'interpretazione dei testi normativi comunitari*, in G. Iudica-P. Zatti (dir. da) *Trattato di diritto privato*, Milano, 2008, 276 e 280 (nella nostra materia ad es., la CGUE afferma la possibilità di un'inibitoria preventiva, le cui statuizioni concrete però spetta al diritto anzionale fissare, purchè effettive: CGUE, C-324/09, *L'Oreal Lancome e altri c. eBay* (2011), § 136). Interessanti considerazioni sulla storia dell'interpretazione della CGUE e sul suo progressivo allontanamento dalle regole di interpretazione dei trattati (spt. dal canone dell'interpretazione restrittiva e del comportamento successivo delle parti contraenti), in G. Itzcovich, *L'interpretazione del diritto comunitario*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2008, 434-439, ove si legge: «La Corte di giustizia e la dottrina comunitaristica, invece, volevano trasformare il diritto comunitario in una fonte eteronoma, autoritativa, vincolante per gli Stati membri a prescindere dalla loro volontà. Detto altrimenti, il diritto comunitario doveva affermarsi non già come espressione della sovranità degli Stati, ma come limite alla sovranità degli Stati» (p. 438).

⁸⁵ Almeno per chi fruisce di intenso traffico. I *tools* contaaccessi/contavisitatori abbondano in rete.

10. Il rischio di filtraggio di materiali leciti. Le nuove eccezioni/limitazioni obbligatorie

Si precisa (§ 5) che la “cooperazione” tra *o.c.s.s. provider* e titolari non dovrà impedire la disponibilità di opere o altri materiali caricate lecitamente dagli utenti: letteralmente, che non violino *copyright* e *related rights*/diritti connessi, incluso il caso in cui essi siano coperti da eccezioni o limitazioni. Alla base della regola, c'è una delle maggiori preoccupazioni espresse dagli oppositori della direttiva. Visto che i mezzi per impedire le violazioni saranno costituiti da filtri automatici⁸⁶, la cui precisione è tutta da verificare, non è difficile ipotizzare un elevato rischio di bloccare anche materiali leciti: con quel che ne segue in termini di possibile conculcamento della libertà di espressione (per utenti) e di impresa (per gli *o.c.s.s. provider*).

Si aggiunge che gli Stati dovranno permettere agli utenti di avvalersi delle eccezioni ivi elencate: citazione, critica e recensione, da un lato, utilizzi a scopo di caricatura parodia o pastiche, dall'altro. In breve, da facoltativa diventa obbligatoria l'introduzione delle eccezioni, di cui alla lettera d) e alla lettera k) dell'articolo 5, co. 3, dir. 29.

Potrebbe esserci qualche problema interpretativo se si paragona il dettato di questa norma alla dir. 29: non tanto sulla lettera k) (il cui testo è uguale), quanto sulla lettera d). Sono infatti rilevabili le seguenti differenze: i) nella dir. 29 critica e rassegna sono esempi di citazioni, mentre nella direttiva *de qua* sono collocati sullo stesso piano e quindi, parrebbe, con autonomia concettuale reciproca; ii) secondo la dir. 29, devono riguardare materiali già messi legalmente a disposizione del pubblico; iii) secondo la dir. 29, deve indicarsi la fonte, incluso il nome dell'autore, salvo il caso di impossibilità; iv) secondo la dir. 29, le citazioni vanno fatte conformemente ai buoni usi; v) secondo la dir. 29, le citazioni devono essere limitate a quanto giustificato dallo scopo specifico. Le prescrizioni, di cui alle lettere da ii) in poi, mancano invece nella dir. *de qua*: almeno nel suo dettato. Per cui o la si integra interpretandola alla luce della dir. 29 (ipotesi probabile) oppure le discipline saranno diverse: ma questa differenza, a seconda che si ricada o meno nella direttiva *de qua*, mi pare non troverebbe plausibile giustificazione⁸⁷.

⁸⁶ Un certo dettaglio espositivo sui filtri automatici è presente in Trib. Roma, 10 gennaio 2019, cit., laddove riferisce della c.t.u. in proposito (pp. 22-25).

⁸⁷ C'è da chiedersi se possano essere appianate tramite opportune integrazioni in sede di eventuale atto di recepimento nazionale (con accorta scrittura della legge delega) o se ciò contrasterebbe con la dir. *de qua*.

L'eccezione di citazione a scopo di critica o discussione da noi è già disciplinata dall'articolo 70 co. 1, l. aut., a differenza delle altre, di cui alla lettera b), le quali non sono oggetto di previsione espressa: anche se è difficile ritenerle non vigenti, particolarmente per la parodia, vista la sua agevole riconducibilità alla libertà di espressione⁸⁸. Ci sono alcuni precedenti europei interessanti su questi argomenti⁸⁹.

11. Assenza di un obbligo di monitoraggio generalizzato

Il § 7, subp. 1, si premura di precisare che l'articolo 13 non può condurre ad un obbligo generale di monitoraggio, definito dall'art. 15 della dir. 31: o meglio ripropone la prima parte dell'art. 15 («Assenza dell'obbligo generale di sorveglianza - 1. Nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 12, 13 e 14, gli Stati membri non impongono ai prestatori un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano...»). Non viene invece ripetuta la seconda parte dell'art. 15 («né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite»)⁹⁰: probabilmente perché i doveri, di cui al § 4, art. 13 dir. (spec. lett. b-c), in sostanza presuppongono o costituiscono proprio quell'obbligo generale di ricerca attiva, che è invece escluso da questa seconda parte dell'art. 15 dir. 31.

⁸⁸ Si porrà spesso il problema della sufficiente creatività perché non sia contraffazione o opera elaborata: argomento non semplice ma qui non pertinente. La parodia pare sia uno degli elementi più difficili da individuare per i software di filtraggio automatico: S. Jacques, *Automated anti-piracy systems: A call for further evidence-based policies*, in *copyrightblog.kluweriplaw.com*, 4 aprile 2019 (v. il § *Focusing on parodies*).

⁸⁹ Sulla citazione v. si la decisione CGUE, C 145/10, *Eva-Maria Painer c. Standard VerlagsGmbH ed altri* (2011), nonché il caso *Spiegel Online GmbH c. Volker Beck*, caso C-516/17, di cui al momento esistono solo le conclusioni 10.01.2019 dell'Avvocato Generale Szpunar. Sulla parodia v. CGUE, C-201/13, *Deckmyn-Vrijheidsfonds c. Vandersteen ed altri* (2014).

⁹⁰ Sarebbe interessante ragionare su quale fosse secondo il legislatore UE la differenza concettuale tra l'obbligo generale di sorveglianza e quello altrettanto generale di cercare attivamente fatti indicatori di attività illecite, visto che il primo in sostanza è attuato tramite il secondo. I considerando non fanno luce sul punto (v. cons. 47 dir. 31). Forse sta nel fatto che il dovere di ricerca attiva presuppone già ricevuta (in qualunque modo, a questo punto) una notizia di una o più specifiche possibili violazioni (così, se non erro, A. Savin, *op. cit.*, 162): ma la tesi è poco rispettosa del dettato normativo.

Come che sia, se nei fatti le imprese culturali, quali titolari, inizieranno ciascuna per proprio conto⁹¹ a notificare in modo massivo e magari automatico tutto il loro repertorio *ex lett. b)* o – se qualcosa gli sfugga – *ex lett. c)*, la situazione per gli *o.c.s.s. provider* rischierà di avvicinarsi pericolosamente al dovere generale di ricerca attiva e/o di sorveglianza⁹².

Il significato allora della mancanza di obbligo generale di monitoraggio, vista la disciplina posta dall'art. 13, § 4, dovrebbe essere quello per cui – al di là di quanto imposto da quest'ultima norma – altro non si può imporre agli *o.c.s.s. provider*. Pertanto, nel caso della *lett. b)* del § 4 (materiali protetti notificati in via preventiva), basta che l'*o.c.s.s. provider* abbia adottato le misure tecniche opportune. Circa la *lett. c)* (materiali illeciti non notificati in via preventiva), basta che, ricevuta la segnalazione (successiva) egli: i) provveda a rapidamente rimuoverli o bloccarne l'accesso; e ii) abbia fatto del suo meglio per impedire futuri *uploading* (generalizzati o – come parrebbe – solo delle opere che a quel punto il titolare avrà l'onere di notificargli: v.si il dubbio interpretativo esposto sopra circa il rinvio alla *lett. b)*)⁹³.

⁹¹ O magari incaricando collettivamente un ente terzo (ad es. da noi un consorzio) creato *ad hoc* e fornito di mandato dalle principali imprese del settore (i cui interessi dovrebbero tutto sommato convergere, almeno a prima vista).

⁹² Come ha in sostanza affermato la Corte di Lussemburgo nei due noti casi CGUE, C-70/10, *Scarlet Extended c. SABAM* (2011), spec. §§ 24-25-28, 38-40 e 47-54 nonché CGUE, C-360/10, *SABAM c. Netlog* (2012), spec. §§ 36-38 e §§ 45-52. Le altre sentenze importanti sul punto sono soprattutto CGUE, C-314/12, *UPC Telekabel c. Constantin Film+1* (2014), § 42 ss. (ingiunzione molto "aperta", senza specificazione delle misure, lasciate al *provider*, il quale può per legge nazionale evitare sanzioni se dimostra di aver adottato «tutte le misure ragionevoli»), e CGUE, C-484/14, *Mc Fadden c. Sony* (2016), §§ 80 e 85 ss. ("filtro" consistente solo nell'imporre una password agli utenti per accedere alla propria rete wifi ; si trattava di illecito commesso tramite la rete wifi di un negozio); sentenze criticate per il mancato rispetto del principio di proporzionalità (art. 3, dir. 48/2004) e per altri aspetti da Petruso R., *Responsabilità degli intermediari di internet*, cit., al § 5.3 e § 6, in De Jure. Sono poi spesso citate, anche se sul tema specifico non dicono molto, le sentenze Google ed eBay in tema di violazione di marchio: CGUE, cause riunite da C-236/08 a C-238/98, *Google-Google France c. Vuitton e altri* (2010), §§ 106 ss.; CGUE, C-324/09, *L'Oreal Lancome e altri c. eBay* (2011), cit., § 125 ss. e § 135 ss. Sono in arrivo due decisioni della CGUE su questioni pregiudiziali sollevate dal BGH tedesco, che si preannunciano assai interessanti: *LF c. Google/YouTube*, C-682/18 e *Elsevier c. Cyando*, C-683/18 (ne dà notizia Visser D., *op. cit.*, 11). Un cenno generico al rischio ipotizzato nel testo leggo in J. P. Quintais, *op. cit.*, 413.

⁹³ Resta però qualche punto oscuro, se non erro. Ad es. mi domando cosa succeda qualora l'*o.c.s.s. provider*, dopo aver ricevuto la notifica *ex § 4 lett. c)* e avervi ottemperato (rimosso/disabilitato l'accesso ed installati i filtri), abbia in un secondo tempo tolto i filtri medesimi (magari perché oggetto di licenze costose): *quid iuris?* È stato rispettato il § 4, *lett. c)*? Oppure i filtri, una volta installati devono restare installati per sempre (per continuare a fruire dello *safe harbor* relativo alla iniziale violazione)? Distinguiamo. In caso di successiva disinstallazione, futuri *uploading* di materiali notificatigli, non saranno certo coperti da *safe harbor*. Il dubbio

Il subp. 2 del § 7 impone che gli *o.c.s.s. provider*, se richiesti, forniscano ai titolari: i) adeguate informazioni sul funzionamento delle prassi adottate circa il § 4; ii) in caso di contratti di licenza, informazioni sull'utilizzo dei materiali coperti dai contratti medesimi. Il dovere addirittura di fornire le adeguate informazioni sul funzionamento di queste tecniche anticontraffazione (sub i), pare significativo per capire dove si collochi il bilanciamento di interessi realizzato dalla dir.⁹⁴ In ogni caso, si tratta di pura informazione, non di richiesta di consenso sull'adeguatezza delle misure adottate: la cui scelta sfugge ad ogni sindacato preventivo da parte dei titolari: è infatti di esclusiva competenza degli *o.c.s.s. provider* in quanto rientrante nella loro libertà di impresa (salvo il sindacato *ex post* in caso di lite).

12. *Procedimenti per il caso di contestazioni (filtri automatici vs. decisioni umane). Cenno alla questione del bilanciamento oltre le eccezioni/limitazioni espressamente previste*

Viene posto un nuovo obbligo di implementazione di meccanismi (*effective and expeditious!*) per gestire contestazioni e rimedi (*complaint and redress mechanism*) degli utenti in caso di controversia sulla rimozione o blocco dell'accesso ai materiali da loro caricati (§ 8). I titolari, quando avanzeranno richieste di questo tipo, dovranno adeguatamente giustificarne le ragioni. Le contestazioni sollevate⁹⁵ saranno trattate senza ingiustificati ritardi e le decisioni di rimuovere o disabilitare l'accesso (non quelle di contenuto diverso, ad es. di rigetto)⁹⁶ saranno sottoposte ad

resta circa la violazione iniziale. In ogni caso "per sempre" significherebbe che devono anche essere aggiornati: il che varrebbe anche per i *best efforts* della lett. b). Adottando la tesi, per cui i filtri debbono restare per sempre, dovrebbe seguirne che: i) la prova della loro rimozione (anzi, mancanza) toccherebbe al titolare; ii) si avrebbe che il *safe harbor* per la prima violazione è sotto condizione risolutiva (sospensiva non direi) ... eterna: potrebbe venir meno in qualunque momento futuro se i filtri venissero tolti! Tuttavia, l'obbligo di adottare filtri perpetui rientra fra le caratteristiche, che rendendo troppo ampia la ingiunzione giudiziale, ne escludono la legittimità (CGUE, C-360/10, *SABAM c. Netlog* (2012), cit., §§ 45-47, seguita da App. Milano, 7 gennaio 2015, cit., §§ 62-63).

⁹⁴ V. cons. 37.

⁹⁵ Dagli utenti, direi, soprattutto quando invocheranno eccezioni o limitazioni al diritto del titolare: cons. 39, subp.3.

⁹⁶ Così il dettato normativo. Il cons. 39, subp.3, invece, non fa questa distinzione (prevarrà dunque l'analiticità della norma sulla genericità del considerando). Potrebbe avere effettivamente un senso (in termini di bilanciamento tra efficienza e analiticità) far intervenire l'uomo solo in seconda battuta e cioè solo se e quando il software decida per l'accoglimento del reclamo del titolare.

esame umano: cioè non saranno prese in automatico da software⁹⁷. Resta da capire se questo nuovo meccanismo graverà su qualunque *o.c.s.s. provider*, che sia tale secondo l'art. 2, § 5, della dir., a prescindere dalle sue dimensioni, oppure solo sui maggiori: ad esempio distinguendo come fa il paragrafo 4aa per il nuovo *safe harbor*. Sembra però difficile introdurre una simile esenzione, proprio perché non prevista, nemmeno dai considerando: quindi par di concludere che qualunque *o.c.s.s. provider*, rientrante nel concetto delineato dall'art. 2 (si ricordi il *large amount*, che darà luogo a sicure controversie, se non precisato quantitativamente nella legge di recepimento)⁹⁸, dovrà adottare questo meccanismo.

L'esclusione di automaticità nel procedimento appena ricordata non è invece prevista per i filtri *ex* § 4 per beneficiare della esclusione di responsabilità: per i quali anzi l'automazione tramite software sarà inevitabile. Forse la logica sottostante è stata quella di permettere gli errori inevitabili dei filtri automatici (*ex* § 4) per motivi di celerità e efficienza, riservando l'esame umano all'eventuale successiva contestazione. Col che però si onerano gli utenti di dover sollevare appunto una contestazione formale, fastidio non da poco, e che certo inibirà almeno in parte la libertà di espressione: anche questo è significativo dell'equilibrio voluto dai redattori della direttiva.

⁹⁷ La precisazione non è da poco, a fronte di una discreta apertura alle decisioni automatizzate da parte del reg. GDPR UE 679/2016, art. 22 co. 2 e cons. 71. Anche perché, nonostante le difficoltà o la non desiderabilità della decisione automatizzata, essa sta già prendendo piede: v. G. Noto La Diega, *Against the Dehumanisation of Decision-Making – Algorithmic Decisions at the Crossroads of Intellectual Property, Data Protection, and Freedom of Information*, 9 (2018), in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, p. 11, § 31, nonché il progetto di giudice robotizzato per le liti inferiori ad € 7.000,00, progettato in Estonia (E. Niler, *Can AI Be a Fair Judge in Court? Estonia Thinks So*, 25 marzo 2019, www.wired.com). V. pure l'agenda dei lavori in corso ricordata da R. Mattera, *Decisione negoziale e giudiziale: quale spazio per la robotica?*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1, 2019, 196 ss, § 9 (che stima quindi in controtendenza il veto alle decisioni unicamente automatizzate posto dall'art. 22, § 1, reg. GDPR UE 679/2016, non valorizzando il co. 2). Resta da capire come interpretare la non cristallina espressione «ha il diritto di non essere sottoposto ...» (ad una decisione totalmente automatizzata): come *opt-in* oppure come *opt-out*? In un regolamento sulla tutela della privacy, verosimilmente prevarrà la prima ipotesi (così ad es. A. Moretti, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona. il contributo del regolamento (UE) 2016/679*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 4-5, 2018, 808-809).

⁹⁸ Mi chiedo se un'eventuale quantificazione nell'atto di recepimento possa essere ritenuta attuazione inesatta della direttiva, la quale utilizza una norma generica (che non è nemmeno definibile clausola generale).

Sempre il medesimo § 8 prevede pure l'obbligo di creare meccanismi rimediali stragiudiziali per la definizione delle vertenze, fermo il diritto dell'utente (e non dei titolari?) di adire la giurisdizione statale. Ciò una volta esaurita o non percorsa la fase appena sopra descritta, pare di capire. Questi infatti paiono essere meccanismi statali (o di privati riconosciuti dallo Stato), al pari dei nostri istituti di mediazione assistita, di *A.D.R.*, o simili; mentre quello regolato dai subp. 1-2 è un meccanismo che deve essere istituito dagli *o.c.s.s. provider*, senza alcuna interferenza dell'ordinamento generale.

Il § 8 si conclude con una formula residuale, secondo cui nessun modo la dir.⁹⁹ può incidere sugli usi legittimi, come ad esempio eccezioni e limitazioni previsti dal diritto UE. Esplicitazione che può essere utile, dato che l'introduzione di nuove discipline potrebbe portare qualcuno – come contraccolpo sistematico – a ridurre l'estensione di situazioni giuridiche anteriori più o meno antagoniste. Se ne trae dunque che tutte le eccezioni e limitazioni anteriori permangono e permangono – aggiungerei – nella stessa ampiezza (quanti-qualitativa) che avevano prima di questa novella.

La dir. stessa non potrà comunque condurre all'identificazione di utenti individuali né al trattamento dei loro dati personali secondo la normativa UE richiamata (sempre § 8, subp. 4): con riferimento solo alle persone fisiche naturalmente, dato che solo queste sono protette dalla normativa di riferimento¹⁰⁰. Resta da capire come coordinare la disposizione (nessun trattamento ammesso) con la liceità del trattamento di dati altrui prevista dall'art. 6 del GDPR (soprattutto con la lett. f)¹⁰¹. Probabilmente i redattori della dir. (magari dopo consultazioni con i *big player* del settore) hanno stimato sì ragionevole un bilanciamento, secondo cui è bensì concessa tutela rapida ed automatica ai titolari, ma a fronte della garanzia di anonimato cioè di loro rinuncia al

⁹⁹ In particolare con le sue regole a favore dei titolari.

¹⁰⁰ V. art. 1 e cons. 14 del reg. GDPR UE 679/2016, anche se permane qualche eccezione: ad es. laddove il codice *privacy* parla di "contraente" nel capo 1 del tit. 10 "Comunicazioni elettroniche" (v. la definizione all'articolo 121, c. 1-*bis*, lett. f), anche dopo il provvedimento di aggiornamento, d. lgs. 101/2018).

¹⁰¹ Art. 6/1: «Il trattamento è lecito solo se e nella misura in cui ricorre almeno una delle seguenti condizioni: (...) f) il trattamento è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore. La lettera f) del primo comma non si applica al trattamento di dati effettuato dalle autorità pubbliche nell'esecuzione dei loro compiti».

trattamento dei relativi dati: per riammettere, naturalmente, quest'ultimo in caso di tutela nella fase ulteriore (giudiziale).

L'ult. subp. del paragrafo 8 impone agli *o.c.s.s. provider* di informare gli utenti¹⁰² della possibilità di usare materiali protetti in base alle eccezioni o limitazioni previste per il diritto UE¹⁰³. Onde evitare l'annacquamento in un mare di clausole normalmente di disagiata lettura, però, sarebbe opportuno che eventualmente il legislatore nazionale comandasse una particolare enfasi grafica.

La Commissione (§ 9), infine, da un lato, organizzerà incontri tra i soggetti interessati per discutere le *best practices* sulla collaborazione tra gli *o.c.s.s. provider* e i titolari; dall'altro, emetterà – dopo opportune consultazioni – delle linee guida sull'applicazione dell'art. 13, spt. del § 4¹⁰⁴. Discutendo delle *best practices*, si dovrà tener particolare conto anche della necessità di bilanciare i diritti fondamentali e l'uso di eccezioni e limitazioni con i diritti dei titolari sui materiali protetti¹⁰⁵. Circa il rapporto nel corso della storia fra proprietà intellettuale e libertà di espressione, è stato osservato che l'interferenza con i diritti fondamentali era in passato derivata da iniziative verticali, cioè poste in essere dalle autorità verso il cittadino; la storia recente invece illustra l'importanza di questi strumenti di difesa nei rapporti interprivati, c.d. orizzontali¹⁰⁶. Pertanto, questa norma

¹⁰² Nelle loro condizioni di contratto; anche in quelle generali, cioè da loro predisposte come si desume dal possessivo «*in their terms and conditions*». Del resto non avrebbe molto senso imporre un dovere di inserimento di certe informazioni quando la redazione sia contrattata anziché unilaterale.

¹⁰³ In un eventuale recepimento si dirà: «...vigenti nel diritto italiano o europeo».

¹⁰⁴ Si veda già ora la Comunicazione della Commissione UE, *Lotta ai contenuti illeciti online. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online*, 28.09.2017, COM(2017) 555 final.

¹⁰⁵ I quali, come noto, non necessariamente sono gli autori: questi infatti solitamente cedono i diritti alle imprese culturali, tranne, talora, gli autori celebri.

¹⁰⁶ A. Ottolia, *L'interferenza permanente fra proprietà intellettuale e libertà di espressione nel diritto dell'Unione Europea: una proposta di bilanciamento*, in *Annali italiani del diritto d'autore*, XXV-2016, 158, nota 3, e 159-160. L'a. affronta un'importante questione, chiedendosi se le specifiche norme nella disciplina d'autore su eccezioni e limitazioni siano risolutive dell'interferenza: se cioè impediscono di procedere ad ulteriori bilanciamenti tra diritto d'autore e diritti ad esso antagonisti (libertà d'espressione *in primis*). La risposta è negativa: l'ordinamento non può sospendere in presenza di tali norme la verifica dell'effettivo rispetto in concreto dei diritti fondamentali nelle materie "delegate" alla UE. Quindi il bilanciamento è un'operazione interpretativa residuale e ulteriore rispetto a quella condotta secondo i canoni ermeneutici di volta in volta disponibili per l'interprete (*ibid.*, 176-177). L'affermazione è condivisibile, da attuare se del caso tramite la c.d. teoria dei controlimiti (sotto questo profilo sarebbe quindi preferibile una clausola generale più ampia, come il *fair use* statunitense, § 107 del tit. 17 del *U.S. Code*, su cui v. ad es. G. Giannone Codiglione, *Opere dell'ingegno e modelli di tutela*, Torino, 2017, 106 ss). La CGUE infatti, da parte sua, è giunta a dichiarare la

prevalenza del diritto europeo anche sul diritto nazionale di rango costituzionale: «Il fatto che uno Stato membro invochi disposizioni di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, non può sminuire l'efficacia del diritto dell'Unione nel territorio di tale Stato» (CGUE, C-399/11, *Melloni c. Ministerio Fiscal* (2013), § 59; nello stesso senso i due precedenti ivi cit. CGUE, C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft* (1970), § 3, e CGUE, C-409/06, *Winner Wetten* (2010), § 61). La rilevanza della questione dovrebbe essere scemata – ma non necessariamente estinta – a seguito della modifica dell'art. 6, TUE, da parte del Trattato di Lisbona del 2007 (si v. pure l'art. 4 c. 2, TUE), col quale son stati riconosciuti i diritti della *Carta dei diritti fondamentali fondamentali della UE* (c.d. Carta di Nizza) (§ 1) e della CEDU (§ 3), anche se solo alla prima è stato attribuito lo stesso valore giuridico dei Trattati UE (conf. R. Adam-A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'unione europea*, Torino, 2017, 2 ed., 913); lamenta però il permanere di possibili incertezze a causa della non ancora avvenuta adesione della UE alla CEDU, nonostante l'espresso impegno in tale senso nel § 2 del cit. art. 6, D. Achille, *Primato del diritto europeo e tutela dei diritti fondamentali nel sistema ordinamentale integrato*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 12, 2018, 1896-1897, secondo cui la CGUE sul tema ha però mostrato un'apertura nella sentenza *Taricco bis* del 2017, C-42/17, § 59. Apertura proseguita, anzi incrementata, con le recenti conclusioni dell'A.G. Szpunar (ancora non c'è la sentenza) nel caso c.d. *Afghanistan Papers*, C-469/17, *Funke Medien NRW GmbH c. Bundesrepublik Deutschland* (2018): l'A.G. espressamente subordina la tutela del *copyright* al diritto fondamentale alla libertà di espressione, nel caso di inconciliabilità (spec. § 40): anche se in fine precisa che ciò non equivale ad introdurre una nuova eccezione al catalogo dell'art. 5 dir. 29 (§ 71), con posizione quindi un pò ambigua (come osservano C. Geiger-E. Izyumenko, *Freedom of Expression as an External Limitation to Copyright Law in the EU: The Advocate General of the CJEU Shows the Way*, in *European Intellectual Property Review*, 3, 2019, 135; la precisazione finale dell'AG è assai interessante e meriterebbe specifico approfondimento, qui non possibile). È pure importante, per tornare alla nostra materia, il recente caso *Bastei Lübbe c. Strotzer*. Qui la CGUE ha deciso che, in tema di violazione di diritto d'autore commessa tramite un'un'utenza internet, l'interpretazione del B.G.H. tedesco, secondo cui il titolare può evitare responsabilità limitandosi a dire che l'un'utenza era utilizzata anche da almeno un familiare «senza fornire ulteriori precisazioni quanto al momento in cui la medesima connessione è stata utilizzata da tale familiare e alla natura dell'utilizzo che quest'ultimo ne abbia fatto», è troppo rispettosa della privacy e troppo poco tutelante il diritto d'autore (CGUE, C-149-17, *Bastei Lübbe c. Strotzer* (2018), §§ 36 e 55). Diverso, prosegue la CGUE, sarebbe se, «per evitare un'ingerenza ritenuta inammissibile nella vita familiare, i titolari di diritti potessero disporre di un'altra forma di ricorso effettivo, che in un simile caso consentisse loro, in particolare, di far riconoscere la responsabilità civile del titolare della connessione internet di cui trattasi» (§ 53; la condivide F. Rotolo, *La tutela dei diritti di proprietà intellettuale nel bilanciamento con il diritto al rispetto della vita privata*, in *Medialaws-Rivista di diritto dei media*, 1, 2019, 260 ss). Si veda anche il secco e immotivato rigetto della censura di compressione del diritto di ricevere informazioni - c.d. libertà passiva di informazione-, compressione che sarebbe stata prodotta dall'esaurimento solo comunitario, anziché internazionale, del diritto d'autore (a prescindere, si badi, dal merito, cioè dalla avvenuta compressione o meno di tale diritto, alquanto dubbia nel caso specifico), operato da CGUE, C-479/04, *Laserdisken c. Kulturministeriet* (2006), § 65: quasi che un bilanciamento con esito opposto – cioè favorevole alla libertà di espressione – fosse escluso in linea di principio (così L. Nivarra, *La proprietà europea tra controriforma e "rivoluzione passiva"*, in *Eur. dir. priv.*, 3, 2011, 606). Una minima motivazione è invece presente nelle relative conclusioni, pur con esito analogo, dell'A.G. Sharpston, C-479/04 (2006), §§ 65-71. Del resto, costituisce una costante storica plurisecolare l'indirizzo filoproprietario delle magistrature supreme (così C. Salvi, *Teologie della proprietà privata. Dai miti delle origini ai nuovi dei della finanza*, Soveria Mannelli, 2017, 98): il che si nota appunto nel bilanciamento operato dalla CGUE tra libertà economica e diritti sociali, con esito favorevole alla prima (così ancora C. Salvi, *Capitalismo e diritto civile, Itinerari giuridici dal Code Civil*

programmatica della dir. è formalmente importante, ma di fatto rischia di essere annacquata. Il bilanciamento infatti è qui affermato non quale direttiva di decisione per il giudice, ma solo in relazione alle cit. discussioni organizzate dalla Commissione: nelle quali è lecito prevedere che gli interessi dell'industria culturale avranno un fortissimo peso.

ai Trattati Europei, Bologna, 2015, 170-172). Una duplice conferma, addirittura a livello costituzionale europeo, si trova nella disciplina della proprietà contenuta nell'art. 17 Carta dei diritti fondamentali dell'UE, cit.: sia per aver collocato la proprietà nella sezione *Libertà*, alla stregua quindi di un diritto fondamentale ovvero tra i diritti dell'uomo (F. Macario, *Assolutezza, pienezza, inviolabilità, esclusività: il diritto di proprietà nelle codificazioni europee*, in *Giust. civ.*, 1, 2014, 224 ss., § 7, spec. 271-273), sia perché il limite dell'"interesse generale", pur presente, va riferito all'ordinamento europeo e dunque ad esigenze di ordine solamente economico, coincidenti con la promozione di un mercato aperto e in libera concorrenza (A. Moscarini, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006, 290 ss. e 298 ss), risaltando quindi la distanza dalla funzione sociale e dalla accessibilità per tutti menzionate dal nostro art. 42 Cost. Il che contrasta con la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo (Corte E.D.U.), se è vero che questa, nel conflitto tra diritto di espressione e diritto d'autore, ritiene il primo la regola e il secondo l'eccezione: all'opposto di quanto fa la CGUE (S. van Deursen-T. Snijders, *The Court of Justice at the Crossroads: Clarifying the Role for Fundamental Rights in the EU Copyright Framework*, in *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 9, 2018, 1089-1090). E il contrasto è risolto a favore della Corte E.D.U., come emerge dall'art. 52 c. 3 Carta di Nizza: secondo cui, nel caso di diritti ivi previsti corrispondenti a quelli della CEDU, «il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione» e in particolare, direi, dall'interpretazione offertane dalla Corte E.D.U., non certo dalla CGUE (conf. U. Draetta-F. Bestagno-A. Santini, *op. cit.*, 190, che però scrivono solo di "tener in considerazione" la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, a dispetto di un tenore letterale alquanto preciso). Si dovrebbero invece anteporre le esigenze della democrazia liberale a quelle del commercio e degli investimenti internazionali, secondo D. Rodrik, *Dirla tutta sul mercato globale. Idee per un'economia mondiale assennata*, Torino, 2019 (orig.: 2018), 13.