

Law and Media Working Paper Series

no. 3/2020

LUIGI PALAZZO

La responsabilità per le violazioni su internet del diritto d'autore da parte degli utenti dei social network: la posizione dell'Internet Service Provider e del gestore del social

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Il contesto normativo internazionale e comunitario. - 3. La figura del gestore di social network alla luce della Direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale. - 4. Gli artt. 15 e 17 della Direttiva. - 5. La posizione degli Internet Service Provider. - 6. Responsabilità del gestore del social network ai sensi dell'art. 17 della Direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale.

1. Introduzione

La progressiva evoluzione della tecnologia digitale e l'importanza che ha assunto la rete internet sono elementi che incidono in maniera decisiva sulla circolazione delle opere creative.

Alla luce di tanto, il diritto d'autore è gravato da un nuovo ruolo, di tutela di realtà sempre più eterogenee e difformi dalla originaria concezione di opera intesa come mera espressione artistica della personalità del soggetto che la realizza¹. Alle opere letterarie ed artistiche si affiancano anche dati, software, design (per citarne alcune nuove tipologie), sicché, per garantirne una tutela effettiva, si attribuiscono diritti e facoltà sempre più ampie e differenziate.

¹ Tale considerazione è sviluppata, con la conseguente analisi delle relative implicazioni, in POLLICINO O., *Tutela del diritto d'autore e protezione della libertà di espressione in chiave comparata. Quale equilibrio su internet*, in PIZZETTI F., *Il caso del diritto d'autore*, II ed., Torino, G. Giappichelli, 2013, 97 ss.

Law and Media Working Paper Series

Codice ISSN: 2531-484X

EDITORE: Oreste Pollicino - COORDINATORE EDITORIALE: Marco Bassini

SEDE: Via Roentgen, 1 – 20136 Milano e-mail: submissions@medialaws.eu

In quest'ottica, apre nuovi scenari, ad esempio, l'accendersi del dibattito sulla titolarità dell'opera elaborata dall'Intelligenza Artificiale². Ma non solo.

Da una diversa prospettiva, si assiste alla progressiva trasformazione del diritto d'autore nell'era delle grandi piattaforme di condivisione di contenuti online, diritto d'autore che «ha cessato di essere principalmente una forma di protezione giuridica di artisti ed interpreti ed è diventato (...) un sistema per allocare la ricchezza in un settore economico nel quale si parte da materie prime prodotte da singoli artisti e si finisce con l'utilizzazione del prodotto finale da parte degli utenti in generale»³.

Le molteplici questioni che derivano dall'impatto nel sistema del diritto d'autore della tecnologia e di internet mettono in crisi l'impianto originario della tutela delle opere dell'ingegno, nonché il concetto stesso di opera dell'ingegno, *rectius*, la configurazione dell'oggetto della tutela. «Vi è motivo di chiedersi», osserva Auteri⁴, «se il diritto d'autore possa essere considerato ancora oggi come un unico diritto avente lo stesso oggetto e un contenuto unitario o rappresenti invece solo una tecnica di protezione utilizzata dal legislatore per proteggere creazioni e interessi diversi e che debba perciò essere specificata in relazione ai vari tipi di opere cui viene applicata». Non un unico diritto d'autore, dunque, ma «più diritti d'autore»⁵.

Una originaria risposta all'esigenza di adeguamento alla rivoluzione di internet è stata fornita con la Direttiva Infosoc, di stampo protezionistico, che, tuttavia, priva dell'ausilio di discipline speciali o di meccanismi più elastici di tutela, risulta di per sé sola inadeguata a far fronte alla evoluzione della comunicazione digitale.

Ed infatti, nel tempo sono state variamente sviluppate apposite discipline speciali per talune categorie di beni oggetto di protezione ovvero per taluni specifici ambiti. Ultima (in ordine di tempo), la Direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale, approvata dal Parlamento Europeo il 26 marzo 2019 e dal Consiglio il 15 aprile 2019.

2. Il contesto internazionale e comunitario.

Un primo, importante, approccio al fenomeno della circolazione su internet delle opere creative vi è stato con il *WIPO Copyright Treaty* del 1996.

L'art. 10 («*Limitations and Exceptions*»), in particolare, è stato oggetto di un *agreed statement*⁶ contenente l'espreso auspicio di una adeguata predisposizione, da parte degli Stati contraenti, di un sistema di eccezioni e limitazioni concernenti l'ambiente digitale ed appropriate a tale contesto di circolazione delle opere (pur entro le ipotesi della Convenzione di Berna).

Tale approccio, tuttavia, non si è trasformato, a livello comunitario, in un assetto di norme predisposte ad hoc per far fronte alle esigenze scaturenti dall'ambiente digitale (che pure sarebbe

² Un recente inquadramento della questione lo si ha in BADIALI E., *La protezione giuridica delle opere d'arte create dall'Intelligenza Artificiale*, in iusinitinere.it.

³ ZENO-ZENCOVICH V., *Diritto d'autore e libertà di espressione: Una relazione ambigua*, in AIDA, 2005, 151

⁴ AUTERI, FLORIDIA G., MANGINI V., OLIVIERI G., RICOLFI M., SPADA, *ibidem*, 566. L'autore, tuttavia, giunge a ritenere che «nonostante l'eterogeneità delle opere oggetto della protezione (che in una certa misura vi è sempre stata) è ancora possibile individuare dei caratteri e dei requisiti di proteggibilità comuni a tutte le opere oggetto della protezione...».

⁵ *Ivi*.

⁶ Dichiarazione concordata dalle parti del Trattato sulle modalità applicative o sull'interpretazione della norma pattuita.

stato consentito dalle indicazioni di principio presenti nel Trattato)⁷. In fase applicativa, anzi, ne è scaturita una disciplina che riflette un mondo ancora analogico e che risente, dunque, delle difficoltà ad adattarsi alle peculiari esigenze scaturite dalle tecnologie digitali e dalla rete.

La Direttiva 2001/29/CE (Infosoc) prevede, difatti, che «Le eccezioni e le limitazioni non possono essere applicate in modo da arrecare pregiudizio agli interessi legittimi dei titolari dei diritti o da essere in contrasto con la normale utilizzazione economica delle loro opere o materiali protetti» e «che la portata di alcune eccezioni o limitazioni debba essere ulteriormente limitata nel caso di taluni nuovi utilizzi di opere o materiali protetti» (considerando n. 44), nonché, all'art. 5, par. 3 lett. o), la facoltà di prevedere eccezioni o limitazioni ai diritti d'autore «quando l'utilizzo avvenga in taluni altri casi di scarsa rilevanza in cui la legislazione nazionale già prevede eccezioni o limitazione, purché esse riguardino solo utilizzi analogici»⁸.

Risulta, dunque, evidente la chiusura verso il fenomeno della circolazione online di materiale protetto. Non a caso, tra gli obiettivi della Direttiva in questione - in coerenza con quelli derivanti dal Wipo Copyright Treaty (art. 11) - vi è quello di favorire l'adozione di misure tecnologiche di protezione (Capo III)⁹ contro gli usi illeciti di contenuti protetti.

Tali strumenti sono potenzialmente idonei ad alterare notevolmente il già delicato equilibrio tra diritti d'autore esclusivi e libera circolazione delle idee, «finendo per assoggettare anche queste ultime al controllo assoluto dell'autore (rectius: del titolare dei diritti) idee che, al contrario, dovrebbero essere liberamente disponibili e non solo per l'acquirente legittimi dell'opera (...)ma per tutta la collettività, e dunque(...)anche per chi non ha pagato per (accedere e) fruire dell'opera», in quanto «elementi che esulano dalla tutela autoriale» e rientrano nel pubblico dominio¹⁰.

A livello storico, la prima normativa speciale in materia, applicativa dei principi del WIPO Copyright Treaty, è di matrice statunitense.

Negli U.S.A., l'adeguamento della disciplina del copyright al mondo digitale è avvenuto con l'adozione, nel 1998, del Digital Millennium Copyright Act (DMCA), nell'ambito di un contesto costituzionale¹¹ nel quale vi è un espresso riconoscimento tanto della libertà di espressione (I Emendamento), quanto della proprietà intellettuale (art. 1, sez. 8)¹². L'impianto normativo

⁷ Cfr., SPEDICATO G., op. cit., 263 ss.

⁸ Una analisi della impostazione del Legislatore comunitario è presente in SPEDICATO G., o cit.

⁹ Le Misure Tecnologiche di Protezione (TPM: technologic protection measures), sono, secondo quanto dispone l'art. 6 della Direttiva, «quelle tecnologie, dispositivi o componenti che sono destinati a impedire o limitare atti, su opere o altri materiali protetti, non autorizzati dal titolare del diritto d'autore o del diritto connesso al diritto d'autore, così come previsto dalla legge o dal diritto sui generis sulle banche dati». Queste possono sussistere in misure "anti copia" e misure "anti accesso". Per una compiuta analisi delle TPM e dei risvolti sulla circolazione online dei diritti, cfr. SBARBARO E., Note sulla disciplina delle libere utilizzazioni tra mondo analogico e mondo digitale, Digitalia, 2012, 23 ss., in cui si evidenzia che «questo rivoluzionario strumento di tutela ha profondamente modificato la tradizionale prospettiva di esercizio dei poteri escludenti del titolare dei diritti, inserendosi in un modello di tutela in cui i poteri potevano essere, invece, esercitati esclusivamente ex post, nei confronti di atti di contraffazione già compiuti ovvero *in fieri*».

¹⁰ AREZZO E., *Misure tecnologiche di protezione e libere utilizzazioni nella realtà digitale: una difficile convivenza*, in GHIDINI G., STAZI A. (a cura di), *Accesso a informazione e conoscenza nell'era multimediale. Libertà di espressione, libertà di concorrenza, proprietà intellettuale*, Roma, LUISS University Press, 2011, 148.

¹¹ La sentenza della Corte Suprema 471 U.S. 539 (1985) nel caso Harper & Row Publishers vs. National Enterprises ha indicato riconosciuto il copyright come motore della libertà di espressione e, quindi, uno strumento per la sua promozione e per il suo sviluppo. Se ne dà atto in POLLICINO O., op. cit.

¹² Cfr. *Ibidem*. L'autore segnala il sapiente equilibrio tra libertà di espressione e copyright nell'assetto dell'ordinamento statunitense.

configura il principio (che sarebbe stato ripreso anche nella normativa comunitaria; *infra*) secondo cui a livello generale non sussiste una responsabilità degli intermediari nella gestione dei servizi telematici (Internet Service Provider), a condizione che questi pongano in essere adeguate misure di prevenzione delle violazioni e che si adoperino tempestivamente per far fronte alle violazioni riscontrate.

Sotto tale profilo, è stata delineata una apposita procedura, denominata *notice and takedown*, mediante la quale il gestore di un portale internet è messo a conoscenza di violazioni del copyright da parte degli utenti, al fine di consentire l'adozione di appropriate misure di inibizione o rimozione dei contenuti protetti.

3. La figura del gestore del social network alla luce della Direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale.

Una delle esigenze maggiormente avvertite a seguito della evoluzione della rete e della conseguente incontrollata (ed incontrollabile) circolazione di materiale creativo protetto è quella di garantire, in ogni caso, degli efficienti meccanismi di tutela per i titolari dei relativi diritti, anche (ma non solo) intervenendo sul c.d. *value gap*, ossia sul guadagno delle piattaforme online derivante dalla pubblicazione di contenuti di cui sono titolari altri soggetti.

A seguito di un tormentato trilatero¹³, l'Unione Europea è intervenuta a regolare con una normativa speciale¹⁴ il fenomeno della circolazione su internet delle opere creative protette, con riferimento, in particolare, a: diritti di riproduzione ed estrazione di contenuti digitali utilizzati da istituti¹⁵ per finalità di ricerca, illustrativi o didattici (Titolo II); sfruttamento delle opere c.d. «fuori dal commercio»¹⁶ da parte degli istituti di tutela del patrimonio culturale (Titolo III); tutela di autori, produttori (e, in ogni caso, titolari) di contenuti protetti nel mercato digitale (Titolo IV).

Con riferimento a tale ultimo profilo (che rileva in questa sede), le disposizioni della nuova Direttiva (e, conseguentemente, delle normative emanate negli Stati che la recepiranno) mirano a regolare i rapporti tra titolari di diritti, utenti della rete e «prestatori di servizi di condivisione di contenuti online».

Tale ultima categoria di soggetti è definita all'art. 2, n. 6: prestatore di servizi di condivisione di contenuti online quel soggetto «il cui scopo principale o uno dei principali scopi è quello di memorizzare e dare accesso al pubblico a grandi quantità di opere protette dal diritto d'autore o altri materiali protetti caricati dai suoi utenti, che il servizio organizza e promuove a scopo di lucro».

Dalla disposizione citata, si deducono quattro elementi che definiscono la figura del prestatore di servizi di condivisione di contenuti online: 1. la effettuazione di servizi della società dell'informazione, tali dovendosi ritenere, in ragione dell'esplicito richiamo all'art. 1, par. 1, lett. b) della Direttiva UE 2015/1535, quelli attinenti a «qualsiasi servizio della società dell'informazione prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale

¹³ Procedura di consultazione tra le istituzioni dell'Unione Europea: Consiglio, Parlamento e Commissione.

¹⁴ Le previsioni della Direttiva, per espressa previsione dell'art. 1, par. 2, non pregiudicano «le norme stabilite dalle direttive attualmente in vigore nel settore», fatte salve le previsioni di cui all'art. 24.

¹⁵ La definizione di «organismo di ricerca» è fissata all'art. 2 n. 1.

¹⁶ Art. 8 ss. Trattasi di opere creative che per loro natura o (scarso) valore non sono destinate ad un uso commerciale. L'art. 14 disciplina, poi, l'ipotesi peculiare delle opere delle arti visive di dominio pubblico.

di un destinatario di servizi»¹⁷; 2. la memorizzazione e la accessibilità al pubblico di opere protette dal diritto d'autore che siano «caricate» dai suoi utenti (la formulazione non è irresistibile, anche - ma non solo - laddove fa riferimento a «grandi quantità di opere protette», paramento, evidentemente, indefinito); 3. il ruolo di organizzazione e promozione delle attività di “caricamento” da parte degli utenti di opere creative; 4. svolgimento di tali attività a scopo di lucro.

A tali elementi, pare possa aggiungersene un quinto, desumibile implicitamente dalle successive previsioni, ed in particolare dal paragrafo 6 dell'art. 17.

Tale norma prevede un alleggerimento degli oneri a carico del prestatore di servizi di condivisione qualora questi eserciti la propria attività da meno di tre anni e con «un fatturato annuo inferiore a 10 milioni di EUR»; sicché è da ritenersi che altro requisito sia quello della natura di impresa commerciale¹⁸.

Resterebbero, dunque, esclusi dalla disciplina della Direttiva in commento - almeno per quanto attiene alla riconducibilità nell'ambito dei «prestatori di servizi di circolazione di contenuti online» - i singoli blogger o, comunque, internauti. Risulta, difatti, evidente che l'obiettivo della Direttiva siano le grandi piattaforme digitali quali Google e YouTube e i grandi social network (Facebook, Twitter, ecc.)¹⁹.

4. Gli artt. 15 e 17 della Direttiva.

Le previsioni della Direttiva in commento che destano maggiore interesse sono quelle di cui all'art. 15 e, in particolare, all'art. 17 (nella formulazione iniziale, artt. 11 e 13).

L'art. 15 configura una peculiare protezione ai contenuti di carattere giornalistico nel contesto dei servizi della società dell'informazione.

Recita il comma 1 del paragrafo 1: «Gli Stati membri riconoscono agli editori di giornali stabilito in uno Stato membro i diritti di cui all'articolo 2 e all'articolo 3, paragrafo 2, della direttiva 2001/29/CE per l'utilizzo online delle loro pubblicazioni di carattere giornalistico da parte di prestatori di servizi della società dell'informazione». I diritti menzionati sono il diritto di riproduzione e quello di comunicazione al pubblico.

Le previsioni di cui ai commi 2, 3 e 4, assenti nella originaria formulazione della proposta elaborata dalla Commissione al precedente art. 11²⁰, pongono delle specifiche eccezioni, volte a non pregiudicare la circolazione dei contenuti per il tramite o a beneficio dei singoli utenti.

¹⁷ Prosegue la disposizione citata: «Ai fini della presente definizione si intende per: “a distanza”: un servizio fornito senza la presenza simultanea delle parti; / “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; / “a richiesta individuale di un destinatario di servizi”: un servizio fornito mediante trasmissione di dati su richiesta individuale».

¹⁸ Dalla lettura complessiva di tali previsioni, difatti, pare emergere una definizione simile a quella dell'art. 2082 c.c. italiano, secondo cui «E' imprenditore chi esercita professionalmente un'attività organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi», nonché dell'art. 2195 c.c.

¹⁹ Le previsioni della Direttiva non si applicano, invece alle enciclopedie online senza scopo di lucro (su tutte, Wikipedia).

²⁰ Nella versione originaria della disposizione (di cui all'art. 11 della proposta della Commissione) era fissata una durata del diritto di esclusiva a «20 anni dopo l'uscita della pubblicazione di carattere giornalistico», durata ridotta a 2 anni nella formulazione attuale. Inoltre, il diritto di riproduzione-comunicazione dei contenuti non sarà

Il diritto di esclusiva, pertanto, non opera con riferimento «agli utilizzi privati o non commerciali delle pubblicazioni di carattere giornalistico da parte di singoli utilizzatori» (comma 2), ai link (comma 3) e «singole parole» ed «estratti molto brevi di pubblicazioni di carattere giornalistico» (comma 4). Gli *snippets*²¹, dunque, potranno tendenzialmente continuare ad essere utilizzati sui social nella condivisione di articoli giornalistici, entro, tuttavia, il limite della brevità del testo.

Tali previsioni paiono aprire una breccia nell'iper protezionismo della disciplina del diritto d'autore, pur tuttavia costituendo solo una *species* della normativa speciale (quella di cui alla Direttiva in commento) nell'ambito della (a sua volta) speciale disciplina fissata nella Direttiva Infosoc (2001/29/CE).

Non può, ad esempio, trascurarsi l'impatto positivo dello *sharing* sulla complessiva circolazione delle opere dell'ingegno e, nel caso di specie, degli articoli giornalistici, impatto che ne determina verosimilmente un aumento di visualizzazioni e, dunque, un aumento di rendimento anche sul piano economico.

Non a caso, la portata dell'intervento del Legislatore Europeo è stata sin da subito oggetto di critiche. È stata segnalata, in particolare, già con riferimento alla iniziale proposta della Commissione, la potenziale sterilità delle nuove previsioni, in considerazione del dato pratico e delle esperienze negative di Spagna e Germania, nei cui ordinamenti già in passato sono state introdotte, senza successo, forme peculiari di tutela degli editori per la condivisione online dei contenuti a carattere giornalistico.

Il calo delle entrate dei giornali, è stato osservato, costituisce il risultato di significativi cambiamenti nel mercato e non ha nulla a che fare con il presunto *free-riding*²² degli aggregatori di notizie. Infatti, i risultati empirici mostrano che gli aggregatori di notizie sono complementari piuttosto che servizi concorrenti ai siti web originali dei giornali. A causa dell'effetto di espansione del mercato, i giornali beneficiano fattivamente delle piattaforme di aggregazione di notizie in termini di aumento del traffico verso i siti web dei giornali e di maggiori entrate pubblicitarie²³; sicché, la introduzione di un ulteriore livello di diritti d'autore si sovrappone a quelli esistenti e amplia la già vasta gamma di strumenti che gli editori hanno a disposizione²⁴.

Del pari, l'art. 17, relativo allo «Utilizzo di contenuti protetti da parte di prestatori di servizi di condivisione di contenuti online», contiene delle previsioni che più che regolare il fenomeno, appaiono meramente riconoscerlo.

Al paragrafo 1 vi è la definizione di comunicazione al pubblico o messa a disposizione del pubblico nell'ambito dei servizi prestati dal gestore di una piattaforma social o, comunque, di servizi di condivisione di contenuti online.

Il prestatore di tali servizi pone in essere una comunicazione al pubblico «quando concede l'accesso al pubblico a opere protette dal diritto d'autore o altri materiali protetti caricati dai suoi

operativo in relazione «alle pubblicazioni di carattere giornalistico pubblicate per la prima volta prima dell'entrata in vigore della presente direttiva».

²¹ *Snippet*, nell'ambito della programmazione, indica un frammento di codice sorgente che può essere conservato e riutilizzato liberamente nello sviluppo di software, a scopo sia didattico sia di supporto, per es. per implementare la funzionalità di connessione tra differenti siti web. Nei social network, quali YouTube e Facebook, sono diffusi molti s. per integrare video, commenti o strumenti di condivisione all'interno di pagine web esterne (fonte: Enciclopedia Treccani, treccani.it).

²² Beneficiare di un bene senza contribuire ai costi o al pagamento dello stesso.

²³ COLANGELO G., TORTI V., *Copyright, Online News Publishing and Aggregators: a Law and Economics Analysis of the EU Reform*, in *International journal of law and information technology*. 27.1, 2019, 75-90;

²⁴ *Ivi*.

utenti». In tali ipotesi, si configura in capo gestore del social l'obbligo specifico di ottenere una autorizzazione da parte dei soggetti titolari e di ottenerla «anche gli atti compiuti dagli utenti» (par. 2).

Nella sua formulazione iniziale (art. 13) la disposizione normativa faceva riferimento all'adozione, da parte dei prestatori di servizi online, di misure volte a garantire il funzionamento degli accordi con i titolari dei diritti. Tale previsione, tuttavia, risultava alquanto sterile, poiché si limitava ad una presa d'atto di una prassi invero già ben consolidata²⁵ di convenzioni e licenze tra le grandi piattaforme di condivisione di contenuti online ed i titolari (o i loro enti rappresentativi).

Tuttavia, anche la versione definitiva non è esente dalle medesime considerazioni, nonostante la trasformazione in obbligo di quella che era, a tutti gli effetti, una prescrizione di leale collaborazione tra le parti nell'attuazione del programma di protezione delineato dal testo normativo.

Ed anzi, come è stato osservato (Spedicato), desta preoccupazione la «sostanziale privatizzazione dell'attività di determinazione del punto di equilibrio tra gli interessi dei diversi soggetti coinvolti nel *value chain* del processo creativo»²⁶, tendenza già manifestata dal Legislatore Europeo sin dalla Direttiva 2001/29/CE.

Difatti, risulta evidente come gli strumenti a disposizione dell'autonomia privata «siano ontologicamente inadeguati, giusta il principio di relatività degli accordi *inter privatos*, a prendere in considerazione e valorizzare (...) gli interessi dei soggetti terzi», in quanto l'autonomia privata tende «ad assumere l'opera e la sua utilizzazione in una prospettiva meramente individuale»²⁷.

5. *La posizione degli utenti e degli Internet Service Provider.*

La nuova disciplina, introdotta con la Direttiva recentemente approvata (ma per il cui recepimento e, dunque, per la successiva vigenza all'interno degli Stati membri delle relative disposizioni, dovrà trascorrere ancora del tempo) si colloca all'interno di un contesto normativo e giurisprudenziale in virtù del quale i gestori dei social network sono qualificabili come hosting provider²⁸. Peraltro, anche quando gli Stati recepiranno la nuova disciplina all'interno dei rispettivi ordinamenti, le relative norme di attuazione andranno in ogni caso coordinate con le normative già vigenti²⁹.

Oltre al contesto regolatorio scaturente dalla Direttiva Infosoc, in particolare, devono (e dovranno) essere tenute in considerazione le disposizioni della Direttiva 2000/31/CE e, per quanto concerne il nostro ordinamento, del relativo testo di recepimento, il D. Lgs. 70/2003.

²⁵ YouTube, ma anche Facebook, Twitter, oltretutto, sono già dotati di un meccanismo di rimozione di contenuti che violano i diritti d'autore.

²⁶ SPEDICATO G., o cit., 293.

²⁷ *Ivi*.

²⁸ L'inquadramento è pacifico. *Ex plurimis*, nella sentenza SABAM - Netlog della Corte di Giustizia UE (di cui si dirà *infra*) si legge: «è anzitutto pacifico che il gestore di una piattaforma di rete sociale in linea, quale la Netlog, memorizza sui propri server informazioni fornite dagli utenti di tale piattaforma e relative al loro profilo e che, pertanto, questi è un prestatore di servizi di hosting ai sensi dell'articolo 14 della direttiva 2000/31».

²⁹ Il par. 2 dell'art. 1 della Direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale: «Salvo i casi di cui all'articolo 24, la presente direttiva non modifica e non pregiudica le norme stabilite dalle direttive attualmente in vigore nel settore, in particolare le direttive 96/9/CE, 2000/31/CE, 2001/29/CE, 2006/115/CE, 2009/24/CE, 2012/28/UE e 2014/26/UE».

Il delineato quadro normativo individua un sistema di responsabilità per le violazioni online del diritto d'autore da cui discendono differenti sanzioni, di natura penale o amministrativa - e che attivano, in ogni caso, possibili rimedi in sede civile³⁰ - a seconda della tipologia di violazione concretizzatasi.

In particolare, si distinguono le ipotesi di upload³¹ a scopo di lucro, upload senza scopo di lucro e download³² per fini personali e senza scopo di lucro.

Per la prima fattispecie, delineata dall'art. 171ter della LDA, sono previste le sanzioni penali della reclusione e della multa; per la seconda, disciplinata dall'art. 171, comma 1, lett. a)bis, è prevista una multa; per la terza, individuata dall'art. 174ter, è prevista una sanzione amministrativa.

Diversa è la posizione dei gestori delle piattaforme online. Figura centrale di tale disciplina è il c.d. Internet Service Provider (ISP), così qualificabile quel soggetto che effettui una attività di prestazione di servizi su internet.

La responsabilità di tale soggetto può essere invocata solo in concorso con l'utente e solo al ricorrere di determinate condizioni.

Difatti, è quest'ultimo l'autore principale della condotta, il quale materialmente pone in essere l'atto non autorizzato di riproduzione o di comunicazione al pubblico dell'opera creativa. Il coinvolgimento dell'ISP è, tuttavia, necessario e giustificato da ragioni sia di opportunità, che giuridiche.

Quanto al primo profilo, a differenza dei singoli utenti, l'ISP può essere facilmente individuato ed ha a disposizione gli strumenti tecnici per far cessare la violazione; inoltre, essendo soggetto alla legge dello Stato in cui opera, non pone problemi di riservatezza, che invece si manifestano ogniqualvolta si intenda risalire all'utente che ha materialmente posto in essere la violazione³³.

Sul piano giuridico, invece, deve riconoscersi all'ISP una posizione che consente un inquadramento della responsabilità nell'ambito civilistico³⁴.

³⁰ In sede civile, nelle ipotesi di violazioni del diritto d'autore, è contemplata una triplice tutela: cautelare, giudiziale e correttiva. La tutela cautelare prevede gli strumenti dell'inibitoria (cui si fa frequente ricorso) e del sequestro conservativo a tutela dell'eventuale credito risarcitorio per il titolare che ha subito la violazione. La tutela giudiziale consente l'attivazione di un procedimento ordinario innanzi al Tribunale (Sezione Specializzata) per il risarcimento dei danni non patrimoniali (art. 2059 c.c.) e patrimoniali derivanti dalla condotta illecita. Quanto al danno patrimoniale, in particolare, questo può essere commisurato sulla base della entità della lesione ovvero del profitto ovvero in virtù del c.d. "prezzo del consenso", ai sensi dell'art. 158 della Legge sul Diritto d'Autore, ossia sulla base dell'importo che il fruitore abusivo dell'opera avrebbe dovuto corrispondere al titolare per ottenere la relativa autorizzazione. Infine, la tutela "correttiva" consiste nella possibilità di domandare al giudice misure quali il ritiro dal commercio o la distruzione di eventuali beni violativi del diritto di proprietà intellettuale.

³¹ Il termine *upload*, di origine inglese, individua un'operazione consistente nel trasferire un *file* dal proprio computer a un computer remoto attraverso un modem o una rete.

³² Il termine *download*, di origine inglese, individua un'operazione consistente nel copiare un file da un computer remoto al proprio, per il tramite della rete internet.

³³ ERCOLANI S., FALCE V., GRAZIADEI F., op. cit., 182.

³⁴ Sul punto, le ricostruzioni sono svariate. La responsabilità in concorso dell'ISP è stata variamente ricondotta nei canoni della responsabilità omissiva, della responsabilità oggettiva, della responsabilità per fatto altrui o della responsabilità per l'esercizio di attività pericolose ai sensi dell'art. 2050 c.c. Se ne dà atto, criticamente, in RICCIO G.M., *La responsabilità civile degli internet providers*, Torino, Giappichelli, 2002. Una differente ricostruzione (Musso) fonda la responsabilità dell'ISP sull'inadempimento dell'obbligo di cooperazione tra debitore e creditore scaturente dal combinato disposto degli artt. 1175 e 1227 c.c. Cfr. MUSSO A., *La proprietà intellettuale nel futuro della*

Peraltro, a prescindere dalla qualificazione e dalla configurabilità nel caso concreto di una responsabilità in capo all'ISP, quest'ultimo può essere, in ogni caso, destinatario di provvedimenti inibitori destinati alla rimozione dei contenuti illeciti.

Il regime di responsabilità dell'ISP è fissato nel D. Lgs. 70/2003, attuativo della Direttiva 2001/31/CE, Relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (c.d. Direttiva sul commercio elettronico).

Il modello plasmato dal Legislatore si fonda sul principio di esclusione di un generale obbligo di sorveglianza in capo ai provider³⁵. A tale proposito, nei casi innanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea SABAM³⁶ - Scarlet e SABAM - Netlog³⁷ è stata evidenziata la irrazionalità di una imposizione al provider dell'obbligo di predisporre un sistema di filtraggio di tutti i dati che transitano per i servizi da questo prestati, qualora tale sistema di filtraggio sia applicato a tutti gli utenti indistintamente, senza limiti di tempo, a titolo preventivo ed a spese esclusivamente del provider³⁸.

A fronte dell'assenza di un obbligo generale, vi è, tuttavia, la previsione (all'art. 17) di specifici obblighi quali l'obbligo di informare l'autorità giudiziaria o amministrativa competente nel caso di riscontro di presunte attività illecite e l'obbligo di fornire, su richiesta di tali autorità, tutte le informazioni necessarie a consentire la identificazione degli utenti autori della violazione (comma 2), nonché di agire prontamente per impedire l'accesso ad un contenuto oggetto di violazione di un diritto d'autore, qualora ciò sia stato «richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza» (comma 3).

Affinché si configuri un'ipotesi di responsabilità del provider è sufficiente la dimostrazione dell'effettiva conoscenza, anche *ex post*, della natura illecita dei contenuti caricati sul server, in qualunque modo essa sia stata acquisita, non essendo necessario attendere un provvedimento di rimozione emanato da un'autorità³⁹.

Più precisamente, la disciplina in questione distingue tre ipotesi di ISP, da cui discendono differenti conseguenze giuridiche:

- mere conduit (art. 14), ossia l'ipotesi dei prestatori di semplice trasporto di dati o di mera fornitura di accesso alla rete internet, per cui la memorizzazione delle informazioni immesse in rete è del tutto transitoria e funzionale all'attività svolta;
- catching (art. 15), ossia l'ipotesi di prestatori di servizi di memorizzazione automatica e temporanea delle informazioni, allo scopo esclusivo di rendere più efficace l'inoltro successivo di dati da parte dell'utente;
- hosting (art. 16), ossia l'ipotesi di prestatori di servizi di memorizzazione di informazioni fornite dall'utente.

responsabilità sulla rete: un regime speciale?, in GHIDINI G., STAZI A. (a cura di), *Accesso a informazione e conoscenza nell'era multimediale. Libertà di espressione, libertà di concorrenza, proprietà intellettuale*, Roma, LUISS University Press, 2014

³⁵ Art. 17, comma 1 D. Lgs. 70/2003, a norma del quale: «Nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 14, 15 e 16, il prestatore non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite».

³⁶ Corte di Giustizia UE, sentenza del 24 novembre 2011, in causa C-70/10

³⁷ Corte di Giustizia UE, sentenza del 16 febbraio 2012, in causa C-360/10. Tale pronuncia estende ai social network i principi sanciti nella pronuncia precedente.

³⁸ Come è stato osservato, previsioni di tal genere hanno potenzialmente anche dei non trascurabili risvolti sul piano concorrenziale; cfr. MUSSO A., op. cit.;

³⁹ Così, recente, Trib. Roma, Sez. IP, sentenza del 15 febbraio 2019, n. 3512.

Rientra, come detto, in tale ultima fattispecie il social network, la cui funzione è consentire la condivisione del materiale memorizzato con un numero indeterminato di altri utenti⁴⁰.

L'art. 16 dispone che il prestatore (dunque, il gestore del social network) non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un utente, a condizione che il primo a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione; b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso. La norma pone, dunque, un'inversione dell'onere della prova.

Sul piano sistematico, quanto alla disciplina interna, una ulteriore opzione ermeneutica potrebbe essere l'inquadramento della responsabilità del provider nell'ambito della responsabilità per inadempimento ex art. 1218 c.c., la cui disciplina potrebbe ritenersi applicabile in virtù di quel «contatto sociale qualificato»⁴¹ a cui si è fatto gran ricorso in tema di responsabilità medica e sanitaria. Ciò, tanto più in ragione di quanto segnalato da dottrina autorevole (Musso⁴²), secondo cui incombe sul provider un obbligo di cooperazione tra debitore e creditore scaturente dal combinato disposto degli artt. 1175 e 1227 c.c.

Va da sé che la peculiare qualificazione del "contatto sociale" tra il provider e (in questo caso, per il tramite della condivisione da parte dell'utente) l'autore dell'opera (*rectius*, il titolare dei relativi diritti) discenda dalla specifica disciplina posta dalla normativa in commento. Il ricorso al paradigma della responsabilità per inadempimento ben si concilierebbe, in tale prospettiva, con la sopra segnalata inversione dell'onere della prova.

Una differente soluzione ermeneutica potrebbe ricondurre l'ipotesi in questione alla responsabilità aquiliana colposa, da intendersi tale anche alla luce delle opzioni legislative d'oltreoceano, nell'ambito di una auspicata armonizzazione nel segno di una responsabilità civile "globale" degli ISP⁴³.

In conclusione, giova segnalare la diatriba relativa alla qualificazione dell'attività dell'ISP; ci si chiede, cioè, se ed in che misura sia possibile distinguere, ai fini della configurazione e successiva perimetrazione della responsabilità per violazione del diritto d'autore, tra i cc.dd. "provider attivi" e i cc.dd. "provider passivi".

Tale distinzione, nata nella giurisprudenza statunitense ed accolta anche nel contesto europeo, mira, pur nel silenzio della norma, ad escludere dall'esonero di responsabilità previsto dalla disciplina speciale, quegli ISP che hanno un ruolo, per l'appunto, attivo nella condivisione dei contenuti⁴⁴.

In particolare, si ritiene che l'ISP fornitore di hosting non può essere considerato un soggetto passivo e neutrale rispetto all'organizzazione e alla gestione dei contenuti immessi dagli utenti (e quindi non può godere del *safe harbour* di cui agli artt. 16 e 17 del D. Lgs. 70/2003) quando offre un servizio di hosting attivo, ovvero trae dall'organizzazione dei contenuti sostegno finanziario in

⁴⁰ *Ivi*.

⁴¹ La teoria della responsabilità di natura contrattuale "da contatto sociale", accolta dalla giurisprudenza nazionale e mutuata dall'ordinamento tedesco, configura una tipologia di responsabilità che prescinde dall'esistenza di un contratto inteso nel senso stretto del termine, laddove tra il danneggiato e il danneggiante sussista una particolare relazione sociale considerata dall'ordinamento giuridico idonea a determinare specifici doveri comportamentali non riconducibili al dovere generico di non ledere l'altrui sfera giuridica.

⁴² MUSSO A., op. cit.

⁴³ RICCIO G.M., o cit.

⁴⁴ Non poche le critiche a tale distinzione. Recente, cfr. ZANKL W., *Diritto d'autore: nessun esonero di responsabilità per gli hosting provider "attivi"?*, in *Media Laws*, 2019, 2.

ragione dello sfruttamento pubblicitario connesso alla presentazione (organizzata) di tali contenuti⁴⁵.

6. Responsabilità del gestore del social network ai sensi dell'art. 17 della Direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale.

L'impianto della Direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale configura una peculiare forma di responsabilità del gestore del social network. Questi, come si è visto, rientra nella nozione di «prestatore di servizi di condivisione di contenuti online» così come delineata all'art. 2.

Con riferimento a tale ipotesi, il Legislatore Europeo sembra sposare quella teoria del "provider attivo" che tante perplessità ha destato in buona parte della dottrina. Ed infatti, il par. 3 dell'art. 17 dispone che la limitazione di responsabilità prevista per l'hosting provider non si applica qualora «il prestatore di servizi di condivisione di contenuti online effettui un atto di comunicazione al pubblico o un atto di messa a disposizione del pubblico... ».

Da ciò ne discende (par. 4) che in assenza di espressa autorizzazione del titolare, «i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online sono responsabili per atti non autorizzati di comunicazione al pubblico, compresa la messa a disposizione del pubblico, di opere e altri materiali protetti dal diritto d'autore».

Si passa da una inversione dell'onere della prova (previsto dall'art. 16 D. Lgs. 70/2003 a recepimento dell'analogia disposizione di cui alla Direttiva 2001/31/CE), ad una diretta attribuzione di responsabilità a titolo presuntivo, la cui configurazione prescinde dalla dimostrazione dell'elemento soggettivo dell'illecito e la cui qualificazione aprirà innumerevoli ricostruzioni in dottrina.

Spetterà al gestore del social network, dunque, dimostrare di a) aver compiuto i massimi sforzi per ottenere un'autorizzazione, e b) aver compiuto, secondo elevati standard di diligenza professionale di settore, i massimi sforzi per assicurare che non siano disponibili opere e altri materiali specifici per i quali abbiano ricevuto le informazioni pertinenti e necessarie dai titolari dei diritti; e in ogni caso, c) di aver agito tempestivamente, dopo aver ricevuto una segnalazione sufficientemente motivata dai titolari dei diritti, per disabilitare l'accesso o rimuovere dai loro siti web le opere o altri materiali oggetto di segnalazione e aver compiuto i massimi sforzi per impedirne il caricamento in futuro conformemente alla lettera b).

Alla luce di tali previsioni, sembra configurarsi una peculiare ipotesi di speciale responsabilità per fatto illecito, nella quale opera una presunzione di colpa, al pari della ipotesi prevista nel nostro codice civile (in questo caso sì) all'art. 2050 (Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose).

Il paragrafo 5 contiene, poi, degli specifici criteri per valutare la condotta del prestatore di servizi alla luce di quanto questi avrà saputo dimostrare. In particolare, l'interprete deve considerare a) tipologia, pubblico e dimensione del servizio e tipologia di opere o altri materiali caricati dagli utenti del servizio; e b) disponibilità di strumenti adeguati ed efficaci e il relativo costo per i prestatori di servizi.

Tali previsioni sono anticipate dall'infelice inciso «tra gli altri», che lascia aperta la porta a indefinite ipotesi (sussidiarie? suppletive? ausiliarie?) da affiancare a quelle codificate dal dato normativo. In tale ottica, il richiamo, pur operato dalla norma, al principio di proporzionalità

⁴⁵ Trib. Roma, sez. IP, sentenza del 27 aprile 2016, n. 8437.

appare più un debole tentativo di controbilanciare la sua portata fortemente protezionistica, che una effettiva dichiarazione di intenti che, invero, sarebbe stata disattesa prima ancora di essere manifestata.

ABSTRACT: *La rapida evoluzione tecnologica e le innumerevoli forme creative diffuse su internet palesano i punti critici della disciplina del diritto d'autore, che risente di una impostazione calibrata per il mondo analogico. Il legislatore comunitario, con la Direttiva sul Diritto d'autore nel mercato unico digitale, ha provato a rimediare a talune falle nella tutela delle opere creative, pur tuttavia configurando una ulteriore normativa speciale, senza cogliere l'occasione per un globale ripensamento della materia.*

Dall'intervento del legislatore comunitario emerge, in ogni caso, la indicazione di una speciale responsabilità per le violazioni del diritto d'autore in rete ascrivibile in capo al prestatore di servizi di condivisione di contenuti online. La individuazione di tale responsabilità consente, in via comparativa, una riflessione sulla natura della responsabilità dell'Internet Service Provider, tema già oggetto di varie ricostruzioni in dottrina.

The rapid technological evolution and the countless creative forms spread on the internet reveal the critical points of the copyright law, which is affected by a calibrated approach for the analog world. The EU legislator, with the Directive on Copyright in the Digital Single Market, has tried to remedy certain flaws in the protection of creative works, while nevertheless configuring further special legislation, without taking the opportunity for a global rethinking of the matter.

In any case, the intervention of the EU legislator reveals the indication of a special responsibility for online copyright infringements attributable to the provider of online content sharing services. The identification of this responsibility allows, in a comparative way, a reflection on the nature of the responsibility of the Internet Service Provider, a subject already the subject of various reconstructions in doctrine.

LUIGI PALAZZO – Avvocato del Foro di Lecce. Docente a contratto SSPL Università del Salento – luigi_palazzo@hotmail.it

DATA DI PUBBLICAZIONE: 10 settembre 2020

KEYWORDS: copyright – violazioni del diritto d'autore – social network – Internet – responsabilità degli Internet service provider.