

## **Editoriale**

ALDO SANDULLI, *La crisi energetica tra coordinamento europeo e interesse nazionale*.....V

## **Saggi**

FRANCESCO DALLA BALLA, *Il diritto di accesso al suolo nei servizi di comunicazione elettronica* ..... 571

ALESSANDRA MATTOSCO, *I servizi pubblici on line* ..... 609

## **Articoli**

MARIA GIUSTI, *La Corte di giustizia e la nuova responsabilità di diritto d'autore delle piattaforme di condivisione di contenuti online* ..... 637

LAURA MACCARONE, *Enti territoriali e PNRR*..... 667

LEONARDO PARONA, MARTA ALBERTINI, *Revisione prezzi e compensazioni: questioni a margine dei recenti interventi normativi in materia di contratti pubblici* ..... 695

FRANCESCO TOMASICCHIO, *L'avvento delle comunità energetiche. Quale prospettiva per l'Italia e l'Europa?* ..... 721

## **Opinioni**

CESARE PINELLI, *Pubblico e privato nella reinternalizzazione dei servizi di pulizia nelle scuole* ..... 773

## **Commenti**

FEDERICO SPANICCIATI, *Il “differenziale” sportivo: una categoria speciale di beni? (Nota a sentenza TAR Calabria, sez. I, sent. n. 1312/2022)* ..... 785

## **Recensioni**

ALDO TRAVI, <i>Giacinto della Cananea, "Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa. Un'introduzione"</i> .....	801
NOTIZIE SUGLI AUTORI .....	807
INDICE DELL'ANNATA .....	809

TABLE OF CONTENTS  
MUNUS 3/2022  
ISSN 2240-4732  
DOI 10.26321/MUNUS/3\_2022

**Editorial**

ALDO SANDULLI, *The energy crisis between European coordination and national interest* ..... V

**Essays**

FRANCESCO DALLA BALLA, *The right of access to land in the electronic communications services*..... 571  
ALESSANDRA MATTOSCIO, *The online public services*..... 609

**Articles**

MARIA GIUSTI, *The Court of Justice and the new copyright liability of online content sharing platforms* .....637  
LAURA MACCARONE, *Territorial authorities and NRRP*..... 667  
LEONARDO PARONA, MARTA ALBERTINI, *Price review and compensation: issues on the sidelines of recent regulatory interventions on public contracts*.....695  
FRANCESCO TOMASICCHIO, *The advent of energy communities. What perspective for Italy and Europe?*.....721

**Opinions**

CESARE PINELLI, *Public and private in the re-internalisation of cleaning services in schools* .....773

**Comments**

FEDERICO SPANICCIATI, *The sports “differential”: a special category of goods? (Comment to the Regional Administrative Tribunal of Calabria’s Judgment n. 1312/2022)* .....785



## ARTICOLI

MARIA GIUSTI

### LA CORTE DI GIUSTIZIA E LA NUOVA RESPONSABILITÀ DI DIRITTO D'AUTORE DELLE PIATTAFORME DI CONDIVISIONE DI CONTENUTI *ONLINE*\*

SOMMARIO: – 1. Introduzione. – 2. L'art. 17 della direttiva copyright. – 3. Il ricorso della Polonia. – 4. La sentenza della Corte. – 5. Tra dubbi interpretativi sciolti e questioni ancora aperte. – 6. Considerazioni.

#### 1. Introduzione

Il 26 aprile 2022, la Corte di giustizia si è espressa per la prima volta (in grande sezione, a testimonianza della complessità e dell'importanza della causa) sulla dir. 2019/790/UE sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale (c.d. direttiva copyright)<sup>1</sup>. Il giudizio ha riguardato la legittimità dell'art. 17 della direttiva, una delle previsioni normative dell'Unione europea (di seguito: UE) più dibattute degli ultimi anni<sup>2</sup>. Comporta, in sostanza, che delle violazioni al diritto d'autore consumate su piattaforme di condivisione di contenuti *online* non rispondono più gli autori dei caricamenti ma le piattaforme. Costituisce, in questo senso, la risposta nel settore del diritto d'autore a uno dei quesiti più dibattuti nell'economia digitale, ovvero come contrastare la presenza di contenuti illeciti *online*. Risposta

\* Il contributo ha beneficiato di una *Visiting Fellowship* dell'autrice alla Scuola di Legge di Sciences Po Parigi.

<sup>1</sup> Dir. 2019/790/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/Ce e 2001/29/Ce. È stata approvata dal Parlamento il 26 marzo 2019 e dal Consiglio il 15 aprile 2019, con il voto contrario di sei Stati membri, tra cui l'Italia. La Germania ha votato favorevolmente manifestando però l'esigenza che la concreta definizione del regime di responsabilità introdotto dall'art. 17 fosse equilibrata, ovvero non eccessivamente lesiva della libertà di espressione (cfr. la dichiarazione della Germania, disponibile «<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7986-2019-ADD-1-REV-2/en/pdf>»).

<sup>2</sup> Cit. M. Husovec, *(Ir)Responsible Legislature? Speech Risks under the EU's Rules on Delegated Digital Enforcement*, 2022, 14.

ritenuta da molti suscettibile di pregiudicare il carattere libero e aperto proprio del *web*.

L'annullamento dell'art. 17 è stato richiesto dalla Repubblica di Polonia, sulla base di argomenti che ricalcano le critiche provenienti da ambienti accademici, parte del mondo politico e della società civile. La strategia adottata dal legislatore europeo comprometterebbe la libertà di espressione e di informazione *online*: per prevenire il caricamento sui propri servizi di opere e altri materiali che violano il diritto d'autore, le piattaforme finirebbero necessariamente per bloccare più del dovuto. Adotteranno, infatti, uno "zelo eccessivo" per sfuggire a ogni rischio di responsabilità, e adempiranno ai nuovi obblighi utilizzando strumenti di riconoscimento automatico dei contenuti, non abbastanza 'intelligenti' da distinguere compiutamente ciò che è illecito da ciò che non lo è. Verrebbe così compromessa la disponibilità anche di contenuti legittimi, a danno della libertà di espressione degli utenti delle piattaforme e di quella del pubblico di accedere a idee, informazioni, contenuti culturali e creativi.

La Corte riconosce che le nuove regole comportano una limitazione alla libertà di espressione e di informazione. Rileva però come questa limitazione non è categoricamente vietata; può essere disposta in presenza di diverse condizioni, tutte soddisfatte nel caso di specie. Sussiste, in sintesi, un giusto equilibrio fra la tutela dell'interesse degli utenti delle piattaforme alla libera circolazione dell'informazione *online*, da un lato, e quello dei titolari dei diritti ad una protezione effettiva della loro proprietà intellettuale.

Il contributo analizza le novità introdotte dalle disposizioni contese (par. 2) e gli argomenti della ricorrente (par. 3). Ricostruisce poi il ragionamento della Corte<sup>3</sup>, che si avvale delle dettagliate conclusioni dell'Avvocato Generale<sup>4</sup> (par. 4), e mette in luce i problemi 'chiusi' dalla sentenza e quelli ancora aperti (par. 5). Evidenzia poi i diversi temi di interesse intercettati dal giudizio (quali il bilanciamento tra diritti fondamentali confliggenti, la responsabilizzazione degli operatori digitali e l'uso di procedure algoritmiche), e riflette su chi verosimilmente potrà e dovrà sciogliere i nodi irrisolti. Ciò sulla base di considerazioni di ordine tecnico e valoriale sui rapporti tra poteri pubblici, grandi operatori economici digitali e consumatori (par. 6).

<sup>3</sup> Adottata il 26 aprile 2022, e disponibile all'indirizzo «<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX:62019CJ0401>».

<sup>4</sup> Presentate il 15 luglio 2021, e disponibili «<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=FB7F91378D424D44EB4B2E9D73EB4931?text=&docid=244201&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=359529>».

## 2. L'art. 17 della direttiva copyright

La direttiva copyright, adottata nel 2019 al termine di un travagliato processo legislativo, mira ad adeguare le norme dell'UE nel settore della proprietà letteraria e artistica all'evoluzione delle tecnologie digitali. Una delle principali finalità in questo senso è promuovere una più equa ripartizione del valore ottenuto dalla distribuzione *online* di materiale protetto dal diritto d'autore. Si tratta, secondo la terminologia ideata dall'industria musicale e poi fatta propria dal legislatore europeo, di ridurre il *value gap*, ovvero la differenza fra il valore che alcuni operatori digitali ricavano dallo sfruttamento di contenuti protetti e i proventi che versano ai titolari di diritti d'autore e diritti connessi<sup>5</sup>. Il rischio, in mancanza di un intervento, è inaridire le fonti del lavoro creativo e compromettere così la diversità dell'offerta culturale, a danno della società europea<sup>6</sup>.

Da questo punto di vista, la direttiva costituisce uno degli atti normativi con cui l'UE è intervenuta a responsabilizzare le attività degli operatori digitali, contribuendo a superare la concezione secondo cui *internet* deve essere lasciato libero di svilupparsi per non comprometterne le potenzialità<sup>7</sup>. Concezione, questa, che è dipesa da una pluralità di ragioni di diverso ordine. Alcune di stampo economico (favorire lo sviluppo del commercio elettronico all'interno del mercato unico, per esempio), altre di ordine più "mobile" (non compromettere la straordinaria capacità di *internet* di diffondere idee e informazioni<sup>8</sup>) o tecnico (ogni sistema di regolazione giuridica

<sup>5</sup> Gli altri obiettivi della direttiva sono adeguare le eccezioni e le limitazioni al diritto d'autore all'ambiente digitale e al contesto transfrontaliero, nonché garantire un più ampio accesso ai contenuti protetti migliorando le procedure di concessione delle licenze per il loro utilizzo. Per una loro analisi: S. Dusollier, *The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market: Some Progress, a Few Bad Choices, and an Overall Failed Ambition*, in *Common Market Law Review*, 2020, 979 ss.; E. Psychogiopoulou, *Cultural rights, cultural diversity and the EUs copyright regime: the battlefield of exceptions and limitations to protected content*, in *Copyright and Fundamental Rights in the Digital Age*, a cura di O. Pollicino, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2020; J.P. Quintais, *The new copyright in the digital single market directive: A critical look*, in *European Intellectual Property Review*, 2020, 28 ss.; T. Shapiro e S. Hansson, *The DSM Copyright Directive: EU Copyright Will Indeed Never Be the Same*, in *European Intellectual Property Review*, 2019, 404 ss.

<sup>6</sup> Per un compiuto studio della relazione tra fenomeno giuridico e culturale in Italia, aggiornato all'ascesa del digitale e della rete, D. Donati, *Governare l'inafferrabile. La cultura nella disciplina normativa e nella prassi amministrativa*, in questa *Rivista*, 2017, 259.

<sup>7</sup> Per una prospettiva di diritto costituzionale sull'evoluzione dell'approccio europeo in materia di regolazione degli operatori digitali, G. De Gregorio, *The rise of digital constitutionalism in the European Union*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2021, 41 ss.

<sup>8</sup> Per un'analisi del rapporto tra *internet* e il diritto in relazione al tema della libertà di

è tradizionalmente legato a un elemento territoriale delimitato, laddove i fenomeni che si agitano su internet sono privi di frontiere e limiti spaziali)<sup>9</sup>.

L'approccio inizialmente adottato, e la conseguente "libertà" della rete, hanno prodotto benefici straordinari per la società. Tra i molti: avanzamento tecnologico, più beni e più servizi a prezzi maggiormente competitivi, maggior circolazione di idee e informazioni, nuove prospettive per l'esercizio delle libertà partecipative<sup>10</sup>, interazione diretta tra persone, aziende e istituzioni, e risposte innovative alle sfide poste dalla vita quotidiana. Allo scarso interventismo del legislatore sono però conseguite anche esternalità negative, quali il formarsi di grandi centri di potere privato, «i signori nell'era dell'algoritmo»<sup>11</sup>, e la circolazione di contenuti dannosi e illeciti (*fake news*, materiale pedopornografico o di incitazione alla violenza, etc.), con conseguenti minacce per molteplici diretti. Tra questi, ci sono anche quelli di autori e artisti a un'adeguata remunerazione per lo sfruttamento digitale dei loro contenuti.

Una delle principali previsioni della direttiva finalizzate a proteggere questi ultimi riducendo il *value gap*, è l'art. 17<sup>12</sup>, oggetto della sentenza

espressione, T.E. Frosini, *Liberté, Égalité, Internet*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.

<sup>9</sup> Come notato da G. Finocchiaro nel suo intervento (*La sovranità digitale*) alla I sessione plenaria (*Lo Stato in discussione*) della Conferenza annuale di ICON-S Italia (*Il futuro dello Stato*), tenutasi a settembre 2022 presso l'Università *Alma Mater Studiorum* di Bologna.

<sup>10</sup> Sul tema, G. Sgueo, *Digital democracy: is the future of civic engagement online*, European Parliamentary Research Service, 2020.

<sup>11</sup> L. Ammannati, *I 'signori' nell'era dell'algoritmo*, in *Diritto pubblico*, 2021, 381 ss.

<sup>12</sup> Le altre previsioni con questa finalità sono l'art. 15 e gli artt. da 18 a 23. Il primo mira a ribilanciare la distribuzione del valore ottenuto dallo sfruttamento digitale delle pubblicazioni di carattere giornalistico tra gli editori, da un lato, e operatori digitali come motori di ricerca, *social network* e aggregatori di notizie, dall'altro. Gli artt. da 18 a 23, il c.d. *remuneration chapter*, disciplinano invece questioni tradizionalmente rimesse alla libera negoziazione tra autori e artisti e soggetti che ne sfruttano le opere e prestazioni; ciò al fine di ampliare le prerogative dei primi e evitare che i secondi, la parte forte, traggano vantaggio dagli squilibri di potere. Pur riguardando tutti i contratti, non sono quelli relativi agli sfruttamenti *online*, le misure introdotte dal *remuneration chapter* rispondono principalmente all'esigenza di assicurare equità e equilibrio nel mercato digitale. D'altronde, la misura più significativa è quella introdotta dall'art. 19, secondo cui autori e artisti hanno il diritto di ricevere periodicamente informazioni «aggiornate, pertinenti e complete» sullo sfruttamento dei loro lavori. L'obiettivo è assicurare che i titolari dei diritti possano monitorare il successo dei loro contenuti, e quindi verificare se i proventi loro riconosciuti siano equi, nonostante la crescente complessità delle modalità di sfruttamento dei contenuti *online* e la varietà di intermediari coinvolti. Per un'analisi dell'art. 15 e degli artt. da 18 a 23, nonché del modo in cui sono stati recepiti in Italia, cfr. A. Cogo, *Artt. 18-23 dir. UE 2019/790. Il principio della remunerazione adeguata e proporzionata*, in *Giur. it.*, 2022, 1296 ss., e P. Nebbia, *I diritti connessi di editori ed autori di pubblicazioni di carattere giornalistico*, in *Giur. it.*, 2022, 1283 ss. Sia consentito rinviare anche a M.



## la corte di giustizia e la nuova responsabilità di diritto d'autore

in analisi. Delinea un nuovo, specifico, regime di responsabilità in materia di diritto d'autore per i “prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online*” (di seguito: i prestatori). Si tratta delle piattaforme proprie del web interattivo, in cui gli utenti non si limitano a fruire di quanto è disponibile in rete ma divengono creatori di materiale che condividono all'interno di una comunità. Youtube costituisce l'esempio più noto di questi operatori, definiti come quelli che danno accesso a grandi quantità di contenuti caricati dagli utenti dei loro servizi (c.d. *user-generated content* o *user-uploaded content*)<sup>13</sup>.

In sostanza, l'art. 17 segna un trasferimento di responsabilità per le violazioni al diritto d'autore consumate sui servizi dei prestatori – violazioni che ricorrono quando opere protette sono caricate in mancanza di un'autorizzazione dei titolari dei diritti, concessa di solito dietro il pagamento di un compenso. In passato, erano gli utenti che caricano contenuti sui servizi dei prestatori a rispondere delle violazioni di diritto d'autore; oggi ne rispondono invece (entro certi limiti, come si dirà) i prestatori.

L'art. 17 chiarisce infatti che questi compiono un atto rilevante per il diritto d'autore quando danno accesso a contenuti caricati dai loro utenti, implicando che spetta loro ottenere un'autorizzazione per i caricamenti e procedere alla remunerazione dei titolari dei diritti<sup>14</sup>. Stabilisce inoltre che

Giusti, *La responsabilizzazione degli operatori digitali a contrasto del value gap: la direttiva copyright e le scelte dell'Italia*, in *Riv. reg. merc.*, 2022, 366 ss.

<sup>13</sup> Cfr. art. 2, pt. 6, primo comma, della direttiva, che definisce la nozione di “prestatore di servizi di condivisione di contenuti *online*”. Si tratta, più precisamente, del «prestatore di servizi della società dell'informazione il cui scopo principale o uno dei principali scopi è quello di memorizzare e dare accesso al pubblico a grandi quantità di opere protette dal diritto d'autore o altri materiali protetti caricati dai suoi utenti, che il servizio organizza e promuove a scopo di lucro». Per l'individuazione dei soggetti obbligati è d'ausilio anche il considerando 62, che precisa che ci si riferisce ai prestatori che «svolgono un ruolo importante sul mercato dei contenuti *online*, in concorrenza con altri servizi di contenuti *online*» e che dalla definizione dovrebbero essere esclusi alcune categorie di operatori, tra cui le enciclopedie *online* e i repertori didattici e scientifici senza scopo di lucro. La *ratio* dei termini aperti impiegati (“grandi quantità di opere”, “ruolo importante”) e delle esclusioni previste è assicurare che l'art. 17 si applichi solo ai “grandi” prestatori considerati connessi al *value gap*, evitando che l'introduzione di nuovi obblighi disincentivi l'ingresso nel mercato (o agevoli l'uscita dal mercato) di operatori minori. Persegue il medesimo obiettivo la previsione di cui all'art. 17, par. 6, secondo cui si applica un regime di responsabilità mitigato alle imprese attive da meno di tre anni che abbiano un fatturato inferiore a dieci milioni di euro annui e che operano tramite il caricamento degli utenti per sviluppare nuovi modelli di *business*. Per il dibattito che ha condotto all'introduzione di queste garanzie, cfr. la bibliografia citata in M. Giusti, *op. cit.*

<sup>14</sup> Il par. 1 stabilisce infatti che i prestatori effettuano una “comunicazione al pubblico” quando danno accesso al pubblico a contenuti caricati dagli utenti dei loro servizi, con la conseguenza che diventa loro applicabile quanto previsto dall'art. 3 della direttiva 2001/29/

alle fattispecie in esame non si applica la mitigazione di responsabilità (c.d. *safe harbour*) prevista in via generale per gli operatori della società dell'informazione che memorizzano contenuti forniti da terzi<sup>15</sup>; ne consegue che ai prestatori spetta ora prevenire le violazioni al diritto d'autore, piuttosto che intervenire solo *ex post*, una volta che contenuti illeciti siano stati resi disponibili sui loro servizi e ne siano venuti a conoscenza.

L'art. 17 prevede però che i prestatori non rispondono delle violazioni che si consumano sui loro servizi se dimostrano di essersi conformati a una serie di obblighi di diligenza. Questa limitazione della loro responsabilità si spiega per due ragioni. Innanzitutto, i contenuti non sono caricati direttamente dai prestatori ma dagli utenti<sup>16</sup>. In secondo luogo, è improbabile che i prestatori possano ottenere l'autorizzazione di tutti i titolari dei diritti per l'immensa mole di contenuti suscettibili di essere pubblicati sui loro servizi<sup>17</sup>.

Più precisamente, i prestatori non rispondono dei caricamenti non autorizzati se dimostrano di aver soddisfatto cumulativamente tre condizioni. Innanzitutto, di «aver compiuto i massimi sforzi per ottenere l'autorizzazione» (lett. *a*), par. 4, dell'art. 17). In secondo luogo, di «aver compiuto, secondo elevati standard di diligenza professionale di settore, i massimi sforzi per assicurare che non siano disponibili opere e altri materiali specifici per i quali abbiano ricevuto le informazioni pertinenti e necessarie dai titolari dei diritti» (lett. *b*), par. 4, dell'art. 17). Infine, 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

Ce (c.d. InfoSoc). Ai sensi di questa previsione, la comunicazione al pubblico di un contenuto presuppone un'autorizzazione di chi ha contribuito alla sua creazione, autorizzazione che assume di regola la forma di un accordo di licenza concessa dietro un compenso.

<sup>15</sup> Previsto dall'art. 14, par. 1, dir. 2000/31/Ce (c.d. E-Commerce), e valido per ogni tipo di contenuto e di responsabilità, il principio del *safe harbour* prevede in sostanza che i prestatori di servizi della società dell'informazione che memorizzano contenuti forniti dai terzi non devono sorvegliare il materiale presente sui loro *server* e ricercare quello illecito. Sono infatti responsabili per i contenuti illeciti caricati dai loro utenti solo se, al corrente della loro illiceità, non li rimuovano immediatamente o non ne blocchino l'accesso. La *ratio* sottesa all'introduzione del principio, all'epoca del 2001, era favorire lo sviluppo dei prestatori non applicando loro obblighi suscettibili di mettere in pericolo la loro attività, stimolando così la crescita del commercio elettronico e dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno.

<sup>16</sup> Cfr. il considerando 66 della direttiva.

<sup>17</sup> Come detto nella nota n. 13, il nuovo regime di responsabilità si applica ai prestatori che danno accesso a grandi quantità di opere. Si pensi che nel caso di YouTube sono caricati trecento ore di video ogni minuto (cfr. S. Dusollier, *op. cit.*, 1008).

### la corte di giustizia e la nuova responsabilità di diritto d'autore

impedirne il caricamento in futuro conformemente alla lettera b)» (lett. c), par. 4, dell'art. 17).

Il fine ultimo dell'art. 17 è assicurare che autori, artisti e altri titolari di diritti ricevano una remunerazione adeguata per l'utilizzo dei loro lavori sui servizi dei prestatori, divenuti una delle principali fonti di accesso ai contenuti *online*<sup>18</sup>. In ragione delle incertezze sulla loro responsabilità di diritto d'autore nel contesto normativo applicabile prima della direttiva<sup>19</sup>, i prestatori hanno versato ad autori e artisti proventi insignificanti rispetto agli introiti pubblicitari ottenuti dalla distribuzione di contenuti protetti<sup>20</sup>. Oltre che a garantire ai titolari dei diritti una giusta remunerazione, l'art. 17 mira a fare in modo che questi possano controllare l'utilizzo dei loro lavori sui servizi dei prestatori e, se lo desiderano, impedire che vi siano resi disponibili<sup>21</sup>.

### 3. Il ricorso della Polonia

A maggio 2019, un mese dopo l'adozione della direttiva, la Polonia ha proposto un ricorso contro l'art. 17 ai sensi dell'art. 263 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. A sostegno della sua richiesta di annullamento, ha dedotto un motivo unico, vertente sulla violazione del diritto alla libertà di espressione e di informazione, garantito all'art. 11, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (di seguito: Carta).

Le disposizioni contestate sono quelle che prevedono che i prestatori

<sup>18</sup> Cfr. considerando 61 della direttiva.

<sup>19</sup> Era rappresentato dai già citati art. 3, par. 1, della direttiva InfoSoc, e art. 14, par. 1, della direttiva E-commerce, sui quali all'epoca dell'adozione della direttiva pendevano delle controversie presso la Corte di giustizia (cfr. cause riunite C-682/18 Peterson/Google YouTube e C-683/18 Elsevier/Cyando). Quest'ultima si è espressa il 22 giugno 2021, interpretando la normativa pre-direttiva in senso sostanzialmente favorevole alle piattaforme.

<sup>20</sup> Cfr. *Commission staff working document impact assessment on the modernisation of EU copyright rules*, 2016. Mentre era indubbio che la messa in rete di un contenuto da parte di un utente costituisse un atto di "comunicazione", la qualificazione del comportamento del prestatore era controversa. Di conseguenza, diverse piattaforme si erano rifiutate di negoziare con i titolari dei diritti; altre avevano comunque concluso accordi, che contenevano però condizioni ritenute inique.

<sup>21</sup> L'applicazione del *safe harbour* alle fattispecie in esame comportava infatti che cui sui titolari dei diritti gravava un onere eccessivo: dovevano sorvegliare i servizi dei prestatori e notificare i contenuti illeciti affinché fossero rimossi; poiché questi erano spesso rimessi in rete poco dopo, erano inoltre costretti a moltiplicare le notifiche. Cfr. par. 193 delle conclusioni dell'avv. gen. Henrik Saugmandsgaardøe nelle cause riunite C-682/18 Peterson/Google YouTube e C-683/18 Elsevier/Cyando.

possono esimersi dalla responsabilità per il fatto di concedere accesso al pubblico a contenuti caricati in violazione del diritto d'autore se dimostrano di aver compiuto i «massimi sforzi» per: non rendere disponibili contenuti protetti per i quali i titolari dei diritti abbiano fornito informazioni «pertinenti e necessarie»; impedire il caricamento futuro dei contenuti oggetto di una «segnalazione sufficientemente motivata»<sup>22</sup>.

Secondo la ricorrente, per adempiere a questi obblighi, e beneficiare quindi dell'esonero da responsabilità, i prestatori dovranno controllare tutti i contenuti che gli utenti intendono mettere in rete preliminarmente alla loro diffusione. A tal fine, e in assenza di altre soluzioni praticabili, sarebbero indotti a utilizzare strumenti di filtraggio automatico dei contenuti. Questo controllo preventivo costituirebbe «un'ingerenza particolarmente grave»<sup>23</sup> nel diritto alla libertà di espressione e d'informazione degli utenti: da un lato, comporterebbe il rischio che contenuti leciti siano bloccati; dall'altro, l'illiceità dei contenuti, e quindi il loro blocco, sarebbe stabilita in modo automatico dagli algoritmi, e ciò ancor prima della loro diffusione. Il regime di responsabilità introdotto violerebbe così il giusto equilibrio tra la tutela dei titolari dei diritti d'autore e quella degli utenti dei prestatori, tanto più che gli obiettivi perseguiti potrebbero essere conseguiti mediante le altre previsioni del par. 4 dell'art. 17.

Benché il ricorso della Polonia non sia stato sostenuto da altri Stati (laddove Francia, Portogallo e Spagna sono intervenuti a supporto delle conclusioni di Parlamento e Consiglio), i rischi paventati dalla ricorrente erano stati messi in luce da più parti nel corso del tormentato processo legislativo che ha condotto all'adozione dell'art. 17. Difatti, il processo è stato caratterizzato da dibattiti accesi e fortemente polarizzati presso Parlamento e Consiglio, intense campagne di *lobbying*<sup>24</sup>, forte clamore mediatico, dimostrazioni di opposizione di una parte della società civile e di ambienti accademici<sup>25</sup>. La critica principale mossa contro l'art. 17 è proprio che la sua applicazione

<sup>22</sup> La ricorrente aveva infatti domandato alla Corte di giustizia di pronunciare: in via principale, l'annullamento della lett. b) e della parte finale della lett. c) dell'art. 17, par. 4; in subordine, qualora le disposizioni non potessero essere separate dal resto dell'art. 17 senza alterarne la sostanza, l'annullamento integrale dell'articolo.

<sup>23</sup> Cfr. punto 41 della sentenza della Corte.

<sup>24</sup> «[S]tatistics inside the European Parliament show that MEPs have rarely or never been subject to a similar degree of lobbying before» (Parlamento europeo, *Questions and Answers on issues about the digital copyright directive*, 2019, disponibile «<https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20190111IPR23225/questions-and-answers-on-issues-about-the-digital-copyright-directive>»).

<sup>25</sup> Per un'analisi del dibattito in materia e su come ha inciso sulle formulazioni adottate nella versione finale, cfr. U. Furgal et al., *Memes and Parasites: A Discourse Analysis of the Copyright in the Digital Single Market Directive*, 2020, 2.

## la corte di giustizia e la nuova responsabilità di diritto d'autore

danneggerà la libertà di espressione perché comprometterà la diffusione di contenuti legittimi. Ciò per due ragioni principali.

Innanzitutto, i prestatori sarebbero indotti a bloccare i contenuti che gli utenti intendono mettere in rete al minimo dubbio sulla loro liceità per sottrarsi al rischio di responsabilità. Impedirebbero cioè in maniera sistematica il caricamento di tutti quelli che riproducono materiale protetto per cui hanno ricevuto informazioni e segnalazioni dai titolari dei diritti, e ciò anche in presenza di indicazioni erronee<sup>26</sup>. In secondo luogo, il rischio di blocchi eccessivi deriverebbe dal fatto che i prestatori dovranno necessariamente adottare procedure automatizzate per conformarsi al nuovo regime di responsabilità<sup>27</sup>; ciò, tra le altre cose, in ragione dell'elevata mole di contenuti che è continuamente caricata sui loro servizi, tale da rendere complesso che le verifiche siano effettuate in via umana dai loro preposti<sup>28</sup>.

Si tratterebbe di utilizzare i c.d. strumenti di riconoscimento automatico di contenuto (*automated content recognition technologies, ACR*), comunemente designati "upload filter" e adottati in via volontaria da alcune delle principali piattaforme fin dalla seconda metà degli anni Duemila<sup>29</sup>. Verificano in via

<sup>26</sup> Cfr., tra i tanti: T. Riis e S.F. Schwemer, *Leaving the European Safe Harbor, Sailing Towards Algorithmic Content Regulation*, in *Journal of Internet Law*, 2019, 1 ss., che notano come «As a commercial profit seeking entity, an internet service provider minimizes cost, and one way to do that is to avoid litigation and other disputes. Hence, an internet service provider is more likely to apply an algorithm that takes down too much rather than too little».

<sup>27</sup> Sull'indispensabilità del ricorso agli strumenti automatici, tra i tanti: S. Dusollier, *op. cit.*; K. Grisse, *After the storm – examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2019, 887 ss.; M. Lambrecht, *Free speech by design – Algorithmic protection of exceptions and limitations in the Copyright DSM directive*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2020, 68 ss.; J.P. Quintais, *op. cit.*, 19.

<sup>28</sup> Come evidenziato nella nota n. 13, ai sensi della definizione di prestatore adottata dalla direttiva, i soggetti obbligati sono quelli che danno accesso a «grandi quantità di opere protette dal diritto d'autore». Oltre che da questa circostanza, l'esigenza di ricorrere a strumenti automatizzati deriverebbe dal fatto che la direttiva prevede che i prestatori devono prendere misure conformi agli "elevati standard di diligenza professionale di settore" (art. 17, par. 4), tenendo conto delle "migliori pratiche del settore" e dello "stato dell'arte" (considerando 66). Poiché diversi prestatori già utilizzano strumenti di riconoscimento automatico, gli altri sembrano tenuti a fare altrettanto per conformarsi alle "migliori pratiche del settore" e allo "stato dell'arte". Come notato dall'avv. gen. Henrik Saugmandsgaardøe nelle sue conclusioni sul caso in esame, il legislatore dell'UE non avrebbe previsto *direttamente* un obbligo per i prestatori di predisporre strumenti di riconoscimento automatico, ma li avrebbe imposti *indirettamente*, tramite le condizioni di esenzione da responsabilità delineate (cfr. par. 62 delle sue conclusioni).

<sup>29</sup> I sistemi di moderazione dei contenuti adottati in via di auto-regolamentazione da alcune piattaforme digitali sono oggetto di molteplici critiche: sarebbero privi di garanzie, costruiti in modo opaco, suscettibili di bloccare contenuti leciti e di dare luogo a un processo

automatizzata se un contenuto include un'opera o un altro materiale protetto e, se del caso, ne bloccano la diffusione<sup>30</sup>. Il problema è che ad oggi non sono sufficientemente intelligenti da distinguere tutti gli usi illeciti da quelli leciti; per esempio, non sapendo valutare il contesto, non sono in grado di verificare se un caricamento è legittimo in ragione dell'applicazione di eccezioni o limitazioni al diritto d'autore<sup>31</sup>. Rischiano, quindi, di comportare il blocco di contenuti legittimi<sup>32</sup>.

di 'privatizzazione della giustizia' nell'ambiente digitale (tra i tanti, T. Riis e S.F. Schwemer, *op. cit.*, e la bibliografia ivi riportata). È vero che le piattaforme coinvolte sono operatori privati, in quanto tali liberi di definire nell'ambito della loro libertà di impresa e della loro libertà contrattuale una propria politica circa i contenuti che desiderano vengano resi disponibili sui loro servizi. D'altra parte, l'accesso a questi ultimi risulta sempre più importante per l'esercizio di diritti fondamentali, tra cui appunto la libertà di espressione. Rimangono emblematici, a riguardo, gli effetti delle decisioni di Twitter e di Facebook di sospendere l'account di Donald Trump per il caricamento di *fake news* e contenuti di incitazione alla violenza: di fatto, hanno privato l'allora Presidente degli Stati Uniti degli strumenti principali fino a quel momento usati per comunicare. In sintesi, nell'epoca del digitale e della globalizzazione, non sarebbe più sufficiente prevenire le interferenze nella libertà di espressione predisposte da poteri pubblici; occorrerebbe occuparsi anche di quelle che emanano dai *gatekeepers* di internet, assicurando che vi siano le necessarie garanzie. A riguardo, si vedano le osservazioni di A. Pajno et al., *AI: profili giuridici. Intelligenza Artificiale: criticità emergenti e sfide per il giurista*, in *BioLaw Journal*, 2019, 205 ss., 216, secondo i quali «Occorre inoltre porsi alla ricerca di norme che agiscano come argine rispetto all'esercizio di un potere che non promana più esclusivamente dalle autorità pubbliche, ma si ritrova sempre più concentrato nelle mani di operatori privati. Il rapporto tra Stato e cittadini si fonda, come noto, sul riconoscimento in capo a questi ultimi di un sistema di garanzie. Queste ultime intendono porre al riparo gli individui da possibili abusi e arbitri da parte dei temporanei detentori del potere pubblico. Questa dinamica impone oggi un ripensamento alla luce delle caratteristiche diffuse del potere "privato". Si tratta di un potere detenuto da chi utilizza, spesso alimentandosi di ingenti quantità di dati (big data), tecnologie algoritmiche e sistemi di intelligenza artificiale per realizzare attività che presentano implicazioni rilevanti per i diritti e le libertà delle persone».

<sup>30</sup> Le tecniche utilizzabili a tal fine sono diverse. La più complessa e raffinata è il c.d. *fingerprinting*, che genera una rappresentazione digitale unica di un determinato contenuto riducendolo ai suoi elementi caratteristici e paragona la rappresentazione così ottenuta con quelle dei *file* che si trovano su un *server*. Seguono gli strumenti basati sulle tecniche di *hashing* e *watermarking*, che a differenza del *fingerprinting* non sono in grado di rilevare anche i contenuti che non siano copie identiche dei *file* presi a riferimento. Per maggiori informazioni sulle diverse tecniche, cfr. il report *Automated Content Recognition: Discussion Paper-Phase I: Existing technologies and their impact on IP* di novembre 2020 realizzato dall'European Union Intellectual Property Office.

<sup>31</sup> Queste eccezioni comportano una limitazione dei diritti di utilizzazione economica degli autori (non anche di quelli morali) per ragioni di pubblica informazione, di libera discussione delle idee, di diffusione della cultura e di studio, a seconda dei casi. Si tratta, in sostanza, di situazioni in cui interessi generali prevalgono su quelli personali e patrimoniali dell'autore.

<sup>32</sup> Tra i tanti: G. Frosio, *Reforming the C-DSM reform: a user-based copyright theory for com-*

#### 4. La sentenza della Corte

Facendo sostanzialmente proprie le conclusioni dell'Avvocato generale Henrik Saugmandsgaardøe, la Corte ha rigettato il ricorso della Polonia<sup>33</sup>.

In via preliminare, ha osservato che la condivisione di informazioni su internet tramite piattaforme di condivisione di contenuti rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 10 della CEDU e dell'art. 11 della Carta, che «include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera». Tanto più che, come già riconosciuto in precedenti sentenze, internet riveste ormai un'importanza fondamentale per l'esercizio di questa libertà<sup>34</sup>, costituendo uno dei principali strumenti con cui gli individui si esprimono e comunicano<sup>35</sup>.

*monplace creativity*, in *IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2020, 709 ss.; C. Geiger e B.J. Jütte, *Platform Liability Under Art. 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive, Automated Filtering and Fundamental Rights: An Impossible Match*, in *GRUR International*, 2021, 517 ss.; D. Matija, *Algorithms and Fundamental Rights: The Case of Automated Online Filters*, in *Journal of Liberty and International Affairs*, 2021, 36 ss.

<sup>33</sup> Per quanto concerne la ricevibilità del ricorso, la Corte ha dichiarato irricevibili le conclusioni dirette ad annullare solo la lett. b) e la lett. c), infine, dell'art. 17, par. 4, e ricevibili quelle presentate in subordine, dirette ad ottenere l'annullamento integrale dell'articolo. Ciò in conformità alla costante giurisprudenza della Corte secondo cui l'annullamento parziale di un atto dell'Ue è possibile solo se incide su elementi che sono separabili dal resto dell'atto senza alterarlo. Come notato, l'art. 17 introduce un nuovo regime di responsabilità «le cui diverse disposizioni costituiscono un insieme» e «mirano a stabilire l'equilibrio tra i diritti e gli interessi dei prestatori, quelli degli utenti dei loro servizi e quelli dei titolari dei diritti» (cfr. punto 20 della sentenza). L'annullamento delle sole lett. b) e c) del par. 4 modificerebbe, quindi, la sostanza dell'articolo, poiché «avrebbe come conseguenza quella di sostituire, a tale regime di responsabilità, un regime al contempo sensibilmente diverso e nettamente più favorevole a tali fornitori» (*ibidem*). Al contrario, l'annullamento integrale dell'art. 17 sarebbe possibile, dato che in sua mancanza gli altri articoli della direttiva non risulterebbero alterati.

<sup>34</sup> Cfr., in particolare, la già citata sentenza del 22 giugno 2021 (YouTube e Cyando), in cui la Corte aveva evidenziato come il regime di responsabilità applicabile ai prestatori prima dell'entrata in vigore della direttiva andasse interpretato tenendo debitamente conto della particolare importanza di *internet* per la libertà di espressione e d'informazione (punto 64, 65 e 113).

<sup>35</sup> Richiamando la giurisprudenza della CEDU (sentenza 1 dicembre 2015, *Cengiz e altri c. Turchia* e sentenza 23 giugno 2020, *Vladimir Kharitonov c. Russia*), la Corte afferma che «i siti *internet*, e in particolare le piattaforme di condivisione di contenuti *online*, grazie alla loro accessibilità e alla loro capacità di conservare e di diffondere grandi quantità di dati, contribuiscono a migliorare l'accesso del pubblico all'attualità e, in via generale, ad agevolare la comunicazione delle informazioni». In questo senso, la possibilità di esprimersi su internet costituirebbe uno strumento «senza precedenti» per l'esercizio della libertà di espressione (cfr.

Fatta questa premessa, la Corte ha riconosciuto che l'attuazione delle disposizioni contestate comporta forme di controllo e di filtraggio preventivi suscettibili di limitare l'esercizio delle libertà in esame, come ritenuto dalla ricorrente. Infatti, ai prestatori è *de facto* imposto di svolgere un controllo preventivo dei contenuti che gli utenti intendono caricare. Per non essere ritenuti responsabili dei caricamenti illeciti, non devono più limitarsi a far cessare le violazioni che siano state consumate e portate a loro conoscenza; devono anche, una volta ricevute informazioni e segnalazioni dai titolari dei diritti, compiere "i massimi sforzi" per evitare che le violazioni si producano o si ripetano. Significativamente, la Corte riconosce che i prestatori saranno tenuti, «a seconda del numero di file caricati e del tipo di materiale protetto di cui trattasi», a utilizzare strumenti automatici di riconoscimento e filtraggio per poter adempiere a questi obblighi. In effetti, «né le istituzioni convenute né gli intervenienti sono stati in grado, nel corso dell'udienza dinanzi alla Corte, di designare possibili alternative a tali strumenti»<sup>36</sup>. La Corte riconosce infine che l'ingerenza nell'esercizio della libertà di espressione è imputabile al legislatore dell'Unione (e quindi ad un'autorità pubblica), essendo conseguenza diretta di disposizioni da lui introdotte<sup>37</sup>.

Accertata l'esistenza di una limitazione alla libertà di espressione, la Corte ha però rigettato il ricorso. La libertà di espressione non costituisce una prerogativa assoluta. *Ex art.* 52, par. 1, della Carta, limitazioni al suo esercizio sono ammissibili a condizione che rispettino tre requisiti cumulativi: primo, siano «previste dalla legge»; secondo, rispettino il «contenuto essenziale» di tale libertà; terzo, rispettino il principio di proporzionalità, ovvero «siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui»<sup>38</sup>. Secondo la Corte, da una lettura che non si limiti alle sole

punti 45 ss. della sentenza in esame). Si noti come il richiamo alla giurisprudenza della CEDU sia conforme alla tendenza della Corte a considerare la Convenzione di Roma un importante punto di riferimento per la propria attività di ricostruzione dei diritti fondamentali assicurati nell'ordinamento dell'Unione. Sul tema, E. Cannizzaro, *Le fonti dei diritti fondamentali*, in Id., *Il diritto dell'integrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2020, 171 ss.

<sup>36</sup> Cfr. punto 54 della sentenza. La Corte concorda così con quanto evidenziato anche dall'Avvocato generale (cfr. par. 4 delle sue conclusioni).

<sup>37</sup> Cfr. punto 56 della sentenza. In questo modo, la Corte ha respinto le osservazioni di Parlamento e Consiglio, secondo i quali nel caso in esame non vi sarebbe «ingerenza da parte delle autorità pubbliche» poiché la limitazione della libertà di espressione non sarebbe imputabile al legislatore ma in via diretta ai prestatori, che in quanto operatori privati possono scegliere quali informazioni desiderano vedere diffuse sui loro servizi.

<sup>38</sup> Per un'analisi della giurisprudenza sull'ammissibilità delle limitazioni a diritti e libertà riconosciuti dalla Carta, e quindi sull'applicazione concreta dei criteri previsti dall'art.



## la corte di giustizia e la nuova responsabilità di diritto d'autore

disposizioni contese ma consideri l'intero art. 17, si evince che nel caso di specie tutti questi requisiti sono rispettati.

Il primo in quanto la limitazione è prevista dalla legge, discendendo da una disposizione di un atto dell'Ue<sup>39</sup>. Il secondo poiché è previsto che i prestatori non possono adempiere ai nuovi obblighi adottando misure che pregiudichino il contenuto essenziale della libertà di espressione<sup>40</sup>.

Ciò risulterebbe da due previsioni dell'art. 17: il par. 7, comma 1, e il par. 9, comma 3. La prima, che a differenza delle disposizioni contese non si limita ad esigere che i prestatori compiano i «massimi sforzi», ma prescrive un risultato preciso da conseguire, stabilisce che la «cooperazione tra i prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* e i titolari dei diritti non deve impedire la disponibilità delle opere o di altri materiali caricati dagli utenti, che non violino il diritto d'autore o i diritti connessi, anche nei casi in cui tali opere o altri materiali siano oggetto di un'eccezione o limitazione». La seconda previsione afferma invece che la direttiva «non incide in alcun modo sugli utilizzi legittimi, quali quelli oggetto delle eccezioni o limitazioni previste dal diritto dell'Unione»<sup>41</sup>.

Il terzo requisito, infine, è rispettato poiché l'obbligo dei prestatori di controllare i contenuti che gli utenti intendono caricare è conforme al prin-

52, cfr. R. Cisotta, *Brevi note sulla giurisprudenza sull'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE in materia di limitazioni ai diritti fondamentali*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2021. Sull'art. 52, cfr. anche R. Adam, *Da Colonia a Nizza: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2000, 5, 881 ss.; P. Manzini, *La portata dei diritti garantiti dalla Carta dell'Unione europea: problemi interpretativi posti dall'art. 52*, in *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione europea*, a cura di L.S. Rossi, Milano, Giuffrè, 2002, 127 ss.

<sup>39</sup> Cfr. punto 72 e ss. della sentenza. Circa la nozione di riserva di legge nell'ambito dell'ordinamento europeo, cfr. P. Mori, *La "qualità" della legge e la clausola generale di limitazione dell'art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2014, 257 ss.

<sup>40</sup> Circa il criterio del rispetto del contenuto essenziale del diritto o della libertà oggetto di limitazione, cfr. M. Brkan, *The concept of essence of fundamental rights in the EU legal order: peeling the onion to its core*, in *European Constitutional Law Review*, 2018, 332 ss.

<sup>41</sup> Cfr. punti 76 ss. della sentenza. Si noti che l'Avvocato generale era giunto alla medesima conclusione sulla base di considerazioni diverse. Secondo la sua ricostruzione, il nuovo regime di responsabilità non violerebbe il contenuto essenziale della libertà di espressione perché non comporta un obbligo generale di sorveglianza in capo ai prestatori (cfr. par. 113 e 114 delle sue conclusioni). È vero che in adempimento delle disposizioni contestate i prestatori dovranno necessariamente filtrare tutte le informazioni disponibili sui loro servizi. Tuttavia, ciò sarebbe necessario per ricercare contenuti determinati, ovvero quelli segnalati in precedenza dai i titolari dei diritti. Si tratterebbe, quindi, di una sorveglianza specifica, e non generale.

cipio di proporzionalità<sup>42</sup>. Infatti, la limitazione dell'esercizio del diritto alla libertà di espressione risponde all'esigenza di tutelare la proprietà intellettuale, garantita all'art. 17, par. 2, della Carta, e risulta necessaria<sup>43</sup>. Inoltre, i paragrafi 7, 8 e 9 dell'art. 17 contengono un sistema di garanzie contro misure di blocco abusive o arbitrarie<sup>44</sup> – tanto più importanti allorché l'ingerenza deriva da un trattamento automatizzato, come evidenziato dalla giurisprudenza precedente della Corte<sup>45</sup>. Prevedendo queste garanzie, il legislatore ha

<sup>42</sup> Com'è noto, il principio di proporzionalità ha origine nel diritto tedesco e si è poi diffuso per il tramite della giurisprudenza della Corte di giustizia Ue all'interno di altri ordinamenti nazionali, venendo progressivamente applicato anche a fattispecie senza una diretta rilevanza comunitaria. Sul principio di proporzionalità nel diritto amministrativo, tra i molti: A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, Cedam, 1998; D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1998. Più di recente: S. Cognetti, *Principio di proporzionalità: profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, Giappichelli, 2011; A. Averardi e S. del Gatto, *Il principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, La dinamica del diritto amministrativo*, a cura di L. Torchia, Bologna, Mulino, 2017, 76 ss. Per un'analisi della diffusione del principio di proporzionalità nelle diverse branche del diritto, M. D'Alberti, *Peripezie della proporzionalità*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2014. Per l'influenza che i principi generali di provenienza comunitaria hanno avuto sulla formazione e lo sviluppo del diritto amministrativo italiano, cfr. A. Massera, *I principi generali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. Chiti e G. Greco, pt. g., I, Milano, Giuffrè, 2007, 285 ss., spec. 287, nota come «[...] attraverso l'interagire dei cardini essenziali del sistema comunitario nella sua componente più tipicamente normativa del suo essere ordinamento sovranazionale, e cioè il primato del diritto comunitario, la diretta applicabilità e, seppure in modo distinto, l'efficacia diretta di tale diritto negli ordinamenti nazionali, inevitabilmente i "principi generali" del diritto comunitario, autonomamente elaborati dalla Corte di giustizia pur se con riferimento ai principi e alle tradizioni giuridiche comuni agli ordinamenti degli Stati membri, sono penetrati tra le fonti dei diritti nazionali, affievolendo la specificità tradizionale dei diritti amministrativi di quegli Stati». Circa la natura, l'ambito e le implicazioni del rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario da parte della legge italiana sul procedimento amministrativo, cfr. invece G. della Cananea, *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2011, 95 ss.

<sup>43</sup> Il meccanismo alternativo proposto dalla Polonia risulterebbe certamente meno restrittivo per l'esercizio del diritto alla libertà di espressione; non sarebbe però altrettanto efficace in termini di tutela dei diritti di proprietà intellettuale (cfr. punto 83 della sentenza). Si tratterebbe, infatti, di imporre ai prestatori solo gli obblighi di cui all'art. 17, par. 4, lett. a) e parte iniziale della lett. c), ovvero: compiere i «massimi sforzi» per ottenere un'autorizzazione dai titolari dei diritti, e agire tempestivamente, non appena ricevuta una segnalazione sufficientemente motivata, per bloccare l'accesso o rimuovere opere o altri materiali protetti.

<sup>44</sup> Il par. 5 contiene invece garanzie a favore della libertà di impresa, non oggetto del giudizio presso la Corte. Indica che le misure adottate da ciascun prestatore devono essere valutate, alla luce del principio di proporzionalità, tenendo conto di elementi come la «dimensione del servizio» o il «costo» degli strumenti disponibili.

<sup>45</sup> Cfr., sul diverso tema delle limitazioni alla tutela dei dati personali, la sentenza del 16

## la corte di giustizia e la nuova responsabilità di diritto d'autore

delineato un giusto bilanciamento tra l'esigenza di proteggere la libertà di espressione, da un lato, e la proprietà intellettuale, dall'altro.

Più precisamente, la Corte individua sei garanzie all'interno dell'art. 17.

In primo luogo, il legislatore ha posto «un limite chiaro e preciso» alle misure che possono essere adottate o richieste nell'attuazione degli obblighi previsti dalle disposizioni contese: sono escluse quelle che filtrano e bloccano i contenuti leciti<sup>46</sup>.

In secondo luogo, gli utenti dei servizi dei prestatori devono essere autorizzati dal diritto nazionale a caricare contenuti da loro generati per finalità di citazione, critica, rassegna, caricatura, parodia o *pastiche*<sup>47</sup> e i prestatori devono informarli, nei loro termini e condizioni d'uso, della possibilità di utilizzare i contenuti protetti conformemente alle eccezioni o limitazioni al diritto d'autore e ai diritti connessi<sup>48</sup>. Come evidenziato dall'Avvocato generale, in questo modo il legislatore dell'Ue ha «espressamente riconosciuto diritti soggettivi in materia di diritto d'autore agli utenti dei servizi di condivisione. Tali utenti hanno adesso il *diritto*, opponibile ai prestatori di tali servizi e ai titolari dei diritti, di utilizzare in maniera legittima, su detti servizi, materiali protetti, incluso il *diritto* di avvalersi delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore e ai diritti connessi»<sup>49</sup>.

In terzo luogo, la responsabilità dei prestatori di garantire che non siano disponibili determinati contenuti può sussistere solo se i titolari dei diritti forniscono loro informazioni e segnalazioni. Poiché la loro trasmissione costituisce la condizione preliminare all'accertamento della responsabilità dei prestatori, in loro mancanza questi non saranno indotti a rendere indisponibili i contenuti<sup>50</sup>.

In quarto luogo, l'applicazione delle disposizioni contestate non comporta alcun obbligo generale di sorveglianza<sup>51</sup>. Come evidenziato dall'Av-

luglio 2020 (*Facebook Ireland et Schrems*, punto 176) e il parere 1/5 della Corte del 26 luglio 2017 (punto 141).

<sup>46</sup> Cfr. art. 17, par. 7, c. 1, e par. 9, c. 3, e il punto 85 della sentenza.

<sup>47</sup> Cfr. art. 17, par. 7, secondo periodo, e punto 87 della sentenza.

<sup>48</sup> Cfr. art. 17, par. 9, c. 4, e punto 88 della sentenza. Come evidenziato dal considerando 70 della direttiva, il legislatore dell'Unione ha infatti considerato opportuno rendere obbligatorie tali eccezioni, previste come facoltative dall'art. 5, dir. InfoSoc, in ragione della loro particolare importanza per la libertà di espressione e delle arti. Le altre eccezioni elencate nell'art. 5 continuano invece ad essere facoltative: gli Stati sono liberi di recepirle o meno, e gli utenti potranno avvalersene nella misura in cui figurino nel loro diritto nazionale.

<sup>49</sup> Cfr. par. 161 delle sue conclusioni.

<sup>50</sup> Cfr. art. 17, par. 4, lett. b) e lett. c), e punto 89 della sentenza.

<sup>51</sup> Cfr. art. 17, par. 8, che ribadisce quanto già stabilito dall'art. 15, par. 1, dir. *e-commerce*, ovvero il divieto di un obbligo generale di sorveglianza, e i punti 90 ss. della sentenza.

vocato, questa previsione garantisce che *internet* resti uno spazio libero e aperto, impedendo che l'informazione *online* sia soggetta ad una sorveglianza preventiva generalizzata, delegata agli intermediari<sup>52</sup>. Implica che i prestatori non possono essere tenuti a prevenire il caricamento di contenuti la constatazione della cui illiceità richiederebbe una loro valutazione autonoma alla luce delle informazioni fornite dai titolari di diritti, nonché di eventuali eccezioni e limitazioni al diritto d'autore<sup>53</sup>. Ne deriva che le informazioni e le segnalazioni devono contenere elementi sufficienti per consentire al prestatore di accertare senza un esame approfondito l'illiceità o meno del contenuto<sup>54</sup>.

In quinto luogo, sono previste varie garanzie procedurali a tutela degli utenti i cui caricamenti siano stati disabilitati<sup>55</sup>. Innanzitutto, i prestatori devono istituire meccanismi di reclamo tramite cui questi possano impugnare

<sup>52</sup> Cfr. par. 105 delle sue conclusioni.

<sup>53</sup> Cfr. punto 90 della sentenza.

<sup>54</sup> Come evidenziato dall'Avvocato (par. 110 ss. delle sue conclusioni), la giurisprudenza della Corte sull'interpretazione del divieto di un obbligo generale di sorveglianza previsto dall'art. 15, dir. *e-commerce* ha conosciuto un'evoluzione recente quanto al criterio che distingue il «generale» dallo «specifico». Inizialmente, la Corte faceva riferimento alla quantità di informazioni da ispezionare. Nella sentenza 12 luglio 2011 (c.d. *l'Oréal*), aveva dichiarato che il gestore di un mercato online non poteva essere obbligato a procedere ad «una vigilanza attiva di tutti i dati di ciascuno dei suoi clienti per prevenire qualsiasi futura violazione dei diritti di proprietà intellettuale» (punto 139 della sentenza). Nella sentenza 24 novembre 2011 (c.d. *Scarlet Extended*), aveva ritenuto che un fornitore di accesso ad internet non potesse essere tenuto a predisporre un sistema di filtraggio applicabile a «tutte le comunicazioni elettroniche che transitano per i suoi servizi», e dunque «indistintamente a tutta la sua clientela», al fine di «identificare nella rete di tale fornitore la circolazione di file contenenti un'opera musicale, cinematografica o audiovisiva rispetto alla quale il richiedente affermi di vantare diritti di proprietà intellettuale, onde bloccare il trasferimento di file il cui scambio pregiudichi il diritto d'autore» (punto 29 e punti da 38 a 40). Nella sentenza 16 febbraio 2012 (c.d. *SABAM*), la Corte aveva adottato lo stesso ragionamento in relazione all'obbligo del gestore di una piattaforma di social network di predisporre un sistema di filtraggio simile (punti da 35 a 38). Infine, nella sentenza 15 settembre 2016 (c.d. *Mc Fadden*), aveva ritenuto che non potesse essere applicato al gestore di una rete locale senza fili l'obbligo di sorvegliare l'«insieme delle informazioni trasmesse» tramite tale rete, anche se si trattava di bloccare le copie di un'unica opera musicale identificata dal titolare dei diritti (punti 25 e 88). Attualmente la Corte sembra concentrarsi invece sulla precisione di ciò che viene ricercato. Nella sentenza 3 ottobre 2019 (c.d. *Glawischmigg-Piesczek*) ha ritenuto infatti che l'obbligo di un gestore di un social network di sorvegliare la totalità delle informazioni caricate sulla sua rete dovesse essere considerato «specifico» poiché si trattava di ricercare e bloccare informazioni precise, in mancanza di una «valutazione autonoma» sulla loro liceità (l'informazione diffamatoria la cui illiceità era stata preventivamente accertata da un giudice e quelle ad essa identiche o dal contenuto equivalente).

<sup>55</sup> Cfr. art. 17, par. 9, c. 1 e 2, e punti 93 ss. della sentenza.

## **la corte di giustizia e la nuova responsabilità di diritto d'autore**

le misure di rimozione o disabilitazione. Ferma restando la possibilità di adire l'autorità giudiziaria, gli utenti devono poi poter contestare la decisione finale dei prestatori anche tramite un meccanismo di risoluzione stragiudiziale delle controversie.

Integra, infine, il sistema di garanzie la previsione per cui la Commissione adotta linee guida sull'applicazione dell'art. 17 a seguito di dialoghi tra le parti interessate sulle migliori prassi per la cooperazione tra i prestatori e i titolari dei diritti, che tengano in particolare conto «della necessità di pervenire a un equilibrio tra i diritti fondamentali e il ricorso a eccezioni e limitazioni». Tra le parti interessate sono comprese le organizzazioni degli utenti, che a tal fine ricevono dai prestatori informazioni «adeguate» sul funzionamento delle loro prassi<sup>56</sup>.

Stabilito che la limitazione alla libertà di espressione disposta dall'art. 17 è legittima, la Corte conclude affermando che gli Stati membri sono tenuti, in occasione della trasposizione dell'articolo, a fondarsi su un'interpretazione «atta a garantire un giusto equilibrio tra i diversi diritti fondamentali tutelati dalla Carta [...]»<sup>57</sup>.

### **5. Tra dubbi interpretativi sciolti e questioni ancora aperte**

Nel fare salvo l'art. 17, la sentenza della Corte ha sciolto alcuni dubbi interpretativi sulle diverse disposizioni che lo compongono. Tuttavia, ad oggi non è chiaro come i prestatori potranno concretamente conformarsi a tutti gli obblighi che vi sono previsti, così come interpretati dalla Corte.

La sentenza ha fatto chiarezza su due aspetti dibattuti dell'art. 17, superando la divergenza di opinioni a riguardo. Innanzitutto, ha affermato che la previsione per cui i prestatori non devono impedire il caricamento di contenuti legittimi va intesa come un obbligo di risultato, ed è quindi più vincolante dell'obbligo per cui devono prevenire i caricamenti illegittimi. Quest'ultimo è qualificato, infatti, in termini di «massimi sforzi», e quindi come obbligo di mezzi. La Corte sembra così aver fatto propria l'interpretazione proposta dall'Avvocato generale, che sul tema aveva evidenziato come «il legislatore ha ritenuto che i «falsi positivi», consistenti nel bloccare

<sup>56</sup> Cfr. art. 17, par. 10, e punto 96 ss. della sentenza. Si noti che le linee guida sono state adottate il 4 giugno 2021 (cfr. Orientamenti relativi all'articolo 17 della direttiva 2019/790/UE sul diritto d'autore nel mercato unico digitale).

<sup>57</sup> Cfr. punto 99 della sentenza.

contenuti legali, siano più gravi dei «falsi negativi», che si risolvono nel far passare taluni contenuti illeciti»<sup>58</sup>.

In secondo luogo, la Corte ha chiarito che le garanzie procedurali a tutela degli utenti «si aggiungono» a quelle volte a prevenire la realizzazione di blocchi illegittimi. I meccanismi di reclamo e ricorso trovano infatti applicazione quando, nonostante le garanzie previste dai par. 7 e 8 dell'art. 17, i prestatori disabilitino comunque contenuti leciti<sup>59</sup>. Ciò vuol dire che l'obbligo di proteggere i diritti degli utenti dopo che i loro contenuti sono stati bloccati non sostituisce quello di tutelarli nel momento in cui caricano contenuti leciti<sup>60</sup>. Si tratta di obblighi cumulativi, e il diritto degli utenti di fare usi legittimi di materiali protetti dovrebbe essere preso in considerazione *ex ante* dai prestatori, nel processo stesso di filtraggio.

Se ne evince che i prestatori non possono bloccare tutti i contenuti che riproducono in tutto o in parte le opere protette identificate dai titolari dei diritti, indipendentemente dal fatto che violino o meno i loro diritti, con l'onere per chi ritenga di farne un uso legittimo di presentare reclamo<sup>61</sup>. Si tratta di una conclusione da accogliere con favore, considerato che gli utenti presentano raramente reclami e ricorsi. Per esempio, il più recente report sulla trasparenza di YouTube mostra che delle oltre settecento milioni rimozioni di contenuti effettuate da Content ID nella prima metà del 2021, solo l'0.5% è stato contestato dagli autori dei caricamenti<sup>62</sup>.

Sciolti questi due dubbi, la Corte ne ha lasciati aperti altri. La sentenza riconosce che in alcuni casi i prestatori avranno bisogno di adottare strumenti di riconoscimento automatico per conformarsi alle disposizioni im-

<sup>58</sup> Cfr. par. 207 delle sue conclusioni.

<sup>59</sup> Cfr. punto 93 della sentenza.

<sup>60</sup> In questo modo la Corte concorda con la ricostruzione proposta sia dall'Avvocato (cfr. par. 167 ss. delle sue conclusioni) che dalla Commissione (cfr. pagina 23 delle sue linee guida).

<sup>61</sup> La Corte ha così accolto le conclusioni di Parlamento e Consiglio, e respinto quelle dei paesi intervenuti. I difensori dell'art. 17 avevano fatto valere infatti due interpretazioni diverse. Secondo i rappresentanti delle istituzioni dell'Ue, le disposizioni contestate non sarebbero lesive del diritto alla libertà di espressione in ragione della presenza di sufficienti garanzie in altre parti dell'art. 17, e in particolare al par. 7, che contiene l'obbligo di non impedire la disponibilità di caricamenti leciti. Secondo la Francia e la Spagna, invece, l'unico meccanismo che assicura che le misure di filtraggio e di blocco non compromettano i caricamenti legittimi sarebbe quello di reclamo e ricorso; in ogni caso, l'art. 17 non violerebbe la Carta perché eventuali limitazioni indebite alla libertà di espressione sarebbero di natura temporanea, oltre che giustificate dall'obiettivo di tutelare le prerogative di autori, artisti e altri aventi diritto.

<sup>62</sup> Cfr. il report, disponibile [qui](#).

## la corte di giustizia e la nuova responsabilità di diritto d'autore

pugnature. Questa conclusione era piuttosto prevedibile; oltre che la Polonia e l'Avvocato Generale, era stata la comunità degli esperti a sostenere che i prestatori dovranno necessariamente comparare in via automatizzata quanto i loro utenti intendono mettere in rete con un *database* di materiale protetto per prevenire caricamenti illeciti. Ciò benché l'art. 17 non imponga loro l'adozione di misure specifiche in questo senso<sup>63</sup>.

Parallelamente a riconoscere che l'art. 17 renderà necessaria l'adozione di strumenti di riconoscimento automatico, la Corte ha ribadito con autorità che «un sistema di filtraggio che rischi di non distinguere adeguatamente tra un contenuto illecito e un contenuto lecito, sicché il suo impiego potrebbe avere come risultato di bloccare comunicazioni aventi un contenuto lecito, sarebbe incompatibile con il diritto alla libertà di espressione e d'informazione, garantito all'articolo 11 della Carta, e non rispetterebbe il giusto equilibrio tra quest'ultimo e il diritto di proprietà intellettuale»<sup>64</sup>.

In sintesi, la Corte afferma che sistemi di riconoscimento automatico sono necessari perché i prestatori possano adempiere ai nuovi obblighi, che di per sé sono compatibili con la libertà di espressione e che cessano di esserlo nella misura in cui non siano in grado di distinguere in modo adeguato quando un caricamento infrange o meno il diritto d'autore.

Il problema è che anni di esperienza con l'utilizzo volontario di filtri di caricamento come Content ID di YouTube o Rights Manager di Facebook hanno mostrato che gli strumenti automatici ad oggi non sono in grado di riconoscere alcuni usi legittimi, e sono quindi suscettibili di dar luogo a blocchi eccessivi<sup>65</sup> – come, tra l'altro, era stato evidenziato dalla stessa Corte

<sup>63</sup> Laddove, invece, la proposta iniziale della Commissione (l'allora art. 13) richiedeva espressamente ai prestatori di prevenire caricamenti illeciti tramite l'adozione di strumenti di riconoscimento automatico. L'assenza di un riferimento esplicito a questi strumenti nella versione finale dell'art. 17 deriva dalle forti opposizioni a tutela della libertà di espressione che ne erano scaturite. Cfr., tra i tanti: R. Hilty e V. Moscon, *Modernisation of the EU Copyright Rules Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition*, 2017; M. Senftleben, *Content Censorship and Council Carelessness – Why the Parliament Must Safeguard the Open, Participative Web 2.0*, in *Tijdschrift voor auteurs, media- & informatierecht*, 2018, 139 ss.; C. Angelopoulos et al., *The Recommendation on Measures to Safeguard Fundamental Rights and the Open Internet in the Framework of the EU Copyright Reform*, in *European Intellectual Property Review*, 2018, 149 ss. Si vedano anche la petizione *Stop the censorship-machinery! Save the Internet!* e le due lettere aperte inviate nel 2018 ai decisori europei *The Copyright Directive is failing* e *Article 13 of the EU Copyright Directive Threatens the Internet*.

<sup>64</sup> Cfr. par. 86 della sentenza, in cui la Corte richiama le già citate sentenze *Scarlet Extended* (punti 52 e 53) e *SABAM* (punti 50 e 51) e la giurisprudenza ivi citata.

<sup>65</sup> Cfr. nota 31.

in precedenti giudizi<sup>66</sup>. Ferma restando la legittima speranza che un giorno le macchine sappiano fare di più e meglio, ad oggi rilevano *corrispondenze*, ossia se il contenuto di un determinato file riproduce, in tutto o in parte, quello di un file di riferimento, e non *violazioni* al diritto d'autore. Non essendo in grado di valutare il contesto di utilizzo dei contenuti, non possono verificare se nel caso di specie si è in presenza di un uso legittimo, per esempio per ragioni di parodia o citazione. D'altronde, individuare l'applicazione di un'eccezione al diritto d'autore richiede spesso analisi complesse anche per esperti della materia, dato che la linea che separa un utilizzo legittimo dalla contraffazione può rivelarsi discutibile.

Ne deriva che ad oggi non è chiaro come i prestatori potranno dare concreta attuazione a tutti gli obblighi che derivano dall'art. 17 in conformità all'interpretazione fornita dalla Corte. In molti casi dovranno adempiere all'obbligo di mezzi di prevenire i caricamenti illegittimi ricorrendo a strumenti di riconoscimento automatico. Nel farlo, dovranno però conformarsi all'obbligo di risultato di non prevenire caricamenti legittimi, e ciò benché gli strumenti automatici rischino di bloccarli.

A riguardo, da evidenziare che la Corte non ha proseguito il processo intrapreso dalla Commissione e dall'avv. Saugmandsgaardøe, che avevano cercato di delineare soluzioni concrete per evitare che il ricorso agli strumenti automatici compromettesse i diritti degli utenti. Per esempio, la Corte non si è espressa sulle diverse posizioni assunte dall'Avvocato e dalla Commissione circa la delimitazione dei casi in cui sarebbe ammissibile procedere in modo automatizzato.

Secondo le linee guida della Commissione, i blocchi automatizzati dovrebbero di principio essere limitati a due categorie di contenuti: i caricamenti «manifestamente lesivi» del diritto d'autore o dei diritti connessi, ovvero che risultino identici o equivalenti ai contenuti protetti; i caricamenti che potrebbero causare un «danno economico significativo» ai titolari dei

<sup>66</sup> Cfr. la sentenza *Scarlet Extended*, in cui la Corte ha affermato che un fornitore di accesso ad internet non potesse essere costretto a predisporre un sistema di filtraggio applicabile a tutte le comunicazioni disponibili sui suoi servizi al fine di indentificare e bloccare violazioni al diritto d'autore; tra le altre cose, perché ciò «rischierebbe di ledere la libertà di informazione, poiché tale sistema potrebbe non essere in grado di distinguere adeguatamente tra un contenuto lecito ed un contenuto illecito, sicché il suo impiego potrebbe produrre il risultato di bloccare comunicazioni aventi un contenuto lecito. Infatti, è indiscusso che la questione della liceità di una trasmissione dipende anche dall'applicazione di eccezioni di legge al diritto di autore che variano da uno Stato membro all'altro. Inoltre, in certi Stati membri talune opere possono rientrare nel pubblico dominio o possono essere state messe in linea gratuitamente da parte dei relativi autori» (punto 52 della sentenza). Nella sentenza *SABAM*, la Corte ha adottato un ragionamento simile (punto 50 della sentenza).



## la corte di giustizia e la nuova responsabilità di diritto d'autore

diritti (i contenuti da loro «*earmarked*»)<sup>67</sup>. Tutti gli altri contenuti dovrebbero in linea di principio essere ammessi *online*, e potrebbero essere oggetto di una verifica umana *ex post* qualora i titolari dei diritti si opponano inviando una segnalazione. Diversa la posizione di Saugmandsgaardøe, secondo cui andrebbero bloccati in modo automatizzato solo i contenuti rientranti nella prima categoria, laddove la seconda andrebbe rigettata. Non sarebbe ammissibile che i prestatori blocchino *ex ante* contenuti che non siano manifestamente lesivi in ragione della mera allegazione di un rischio di danno importante da parte dei titolari dei diritti<sup>68</sup>.

Oltre che sulla portata delle misure di filtraggio, la Corte non ha fornito indicazioni sulle loro possibili modalità di applicazione concreta. Nel ragionare su come assicurare il blocco dei soli contenuti “manifestamente lesivi”, l’avvocato aveva evidenziato come, nella pratica, servirà «integrare, negli strumenti di riconoscimento di contenuto, parametri che consentono di aiutare a distinguere il manifesto dall’equivoco. [...] Si tratterà, ad esempio, di tenere conto dei tassi di corrispondenza rilevati da tali strumenti, nonché di fissare soglie al di sopra delle quali il blocco automatico di un contenuto è giustificato, e al di sotto delle quali è ragionevolmente ipotizzabile l’applicazione di un’eccezione, come la citazione. Una siffatta soluzione potrebbe essere abbinata ad un meccanismo che consenta agli utenti di indicare (*flagging*), al momento o immediatamente dopo la messa in rete, se, a loro avviso, essi beneficiano di un’eccezione o di una limitazione, il che implicherebbe, per il prestatore interessato, di procedere ad una revisione manuale del contenuto in questione al fine di verificare se l’applicazione di tale eccezione o limitazione sia manifestamente esclusa o, al contrario, ragionevolmente ipotizzabile»<sup>69</sup>.

<sup>67</sup> Si tratterebbe, più precisamente, delle opere e degli altri materiali identificati dai titolari dei diritti come contenuti la cui disponibilità potrebbe causare loro un danno economico significativo. Andrebbero limitati «ai casi di elevato rischio di danni economici significativi, che dovrebbero essere adeguatamente giustificati dai titolari dei diritti»; potrebbe trattarsi, per esempio, dei contenuti «particolarmente sensibili al fattore tempo», quali anteprime di musica o film o momenti salienti di trasmissioni recenti di eventi sportivi (cfr. Linee guida della Commissione, 26).

<sup>68</sup> Cfr. punto 223 delle conclusioni dell’avvocato. Si potrebbe ritenere che la Corte abbia implicitamente sposato la posizione di Saugmandsgaardøe: il meccanismo di “*earmarking*” non sembra infatti compatibile con l’affermazione della Corte secondo cui sono inammissibili misure che filtrano e bloccano i contenuti leciti durante il caricamento, nonché con quella secondo cui ai prestatori non può essere richiesto di effettuare una valutazione autonoma sulla legalità dei contenuti.

<sup>69</sup> Cfr. par. 211 delle sue conclusioni.

## 6. Considerazioni

La sentenza analizzata intercetta molteplici temi di interesse e, come si vedrà nel proseguo di questo paragrafo, induce a considerazioni tanto di ordine tecnico che valoriale. Attiene, innanzitutto, alla questione del temperamento tra esigenze di tutela di diversi diritti fondamentali, che in molti casi concreti spingono in direzioni opposte. Con il percorso argomentativo descritto, la Corte si è pronunciata infatti sulla sussistenza delle condizioni che rendono possibile disporre limitazioni all'esercizio di un diritto (la libertà di espressione) al fine di tutelarne un altro (la proprietà intellettuale), così da assicurare un giusto bilanciamento.

La sentenza si inserisce poi nel solco del dibattito, oggi molto attuale, sulla regolazione dell'ambiente digitale; è infatti il tassello di un più ampio mosaico di politica del diritto europeo volto a imporre maggiori responsabilità alle piattaforme *online* per i contenuti illegali caricati tramite i loro servizi. L'obiettivo del legislatore è affrontare il problema della moderazione del materiale illecito presente nell'ambiente digitale, apprestando tutela ai diritti e agli interessi più compromessi dalla 'libertà' della rete. Sotto questo punto di vista, l'analisi della sentenza porta a riflettere sulla sfida, i rischi e i benefici di regolare internet, nonché sugli effetti che ne derivano nei rapporti tra pubblici poteri, grandi operatori economici digitali e consumatori.

Proprio perché relativa al tema della responsabilità delle piattaforme *online*, la pronuncia affronta molteplici questioni di carattere tecnico. Tra questi, l'interpretazione del divieto di un obbligo generale di sorveglianza delegato agli intermediari *online* e il ricorso a strumenti di riconoscimento automatico di contenuti illegittimi – temi su cui la Corte è tornata ad esprimersi nel solco delle sentenze *Scarlet Extended*, *SABAM*, e *Glawischnig-Piesczek*.

Proprio gli strumenti di riconoscimento automatico risultano centrali ai fini della vicenda, che si ricollega così al più generale dibattito sugli algoritmi, oggi al centro della scena in quanto «*increasingly used to make decisions for us, about us, or with us*»<sup>70</sup>. La Corte aveva già messo in luce gli inconve-

<sup>70</sup> Cit. Centre for internet & human right, *The Ethics of Algorithms: from radical content to self-driving cars*, 2015. In ragione del crescente utilizzo dell'intelligenza artificiale, il tema delle decisioni adottate sulla base di percorsi automatizzati e dei loro "meriti" e "demeriti" è infatti oggi ampiamente dibattuto. Procedure automatizzate e forme di "giustizia algoritmica" non sono adoperate solo da operatori privati (tanto per libera scelta che in adempimento di obblighi di legge, come nel caso di specie); vi fa sempre più ricorso anche il settore pubblico, alla ricerca di vantaggi in termini di quantità e velocità di elaborazione dei dati, in un'ottica di economicità, efficienza, e semplificazione. Per il ricorso all'intelligenza artificiale nell'e-

## la corte di giustizia e la nuova responsabilità di diritto d'autore

nienti che gli strumenti di riconoscimento automatico adoperati a tutela del diritto d'autore sono suscettibili di produrre, affermando che una loro applicazione generalizzata avrebbe violato la libertà di espressione *online* in quanto suscettibile di bloccare anche ciò che è lecito<sup>71</sup>. Nel caso in esame, il ragionamento della Corte appare ancorato al dato normativo: l'art. 17, la cui attuazione renderà necessaria l'adozione di strumenti di riconoscimento automatico, è legittimo perché contiene molteplici garanzie, tra cui la previsione per cui devono essere fatti salvi caricamenti che non violano il diritto d'autore. Non è considerato il dato fattuale: l'evoluzione tecnologica del mercato, ad oggi, non ha garantito strumenti capaci di bloccare solo ciò che è illecito.

Ne consegue che non è chiaro come i complessi equilibri delineati dall'art. 17 potranno essere effettivamente rispettati. Tanto più che la Corte non ha proseguito il processo intrapreso dalla Commissione e dall'avv. Saugmandsgaardøe, che avevano cercato di fornire indicazioni concrete per evitare che il ricorso a procedure automatizzate finisse per compromettere i diritti degli utenti. Che fare, dunque? A chi spetta trovare le soluzioni? Chi, verosimilmente, sarà in grado di farlo?

È responsabilità dei singoli Stati ideare le modalità idonee a fare salvi i

esercizio dei poteri e nell'offerta dei servizi della pubblica amministrazione, cfr.: G. Avanzini, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, e *Lo Stato digitale nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, a cura di V. Bontempi, L'unità del diritto, Roma Tre press, 2022. Si vedano anche, tra i molti: E. Chiti, B. Marchetti e N. Rangone, *L'impiego di sistemi di intelligenza artificiale nelle pubbliche amministrazioni italiane: prove generali*, in *BioLaw Journal*, 2022, 489 ss.; F. De Leonardis, *Big data, decisioni amministrative e "povertà" di risorse della pubblica amministrazione*, in questa *Rivista*, 2020, 367 ss.; D.U. Galetta e J.G. Corvalán *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto, in federalismi. it*, 2019, 3; L. Musselli, *La decisione amministrativa nell'età degli algoritmi: primi spunti*, in *Media-Laws*, 2020, 18 ss.; I.A. Nicotra e V. Varone, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in *Rivista AIC*, 2019, 4; N. Rangone, *Intelligenza artificiale e pubbliche amministrazioni: affrontare i numerosi rischi per trarne tutti i vantaggi*, in *BioLaw Journal*, 2022, 473 ss. Circa il crescente utilizzo dei sistemi 'intelligenti' nel settore della giustizia, cfr. invece A. Garapon e J. Lassègue, *Justice digitale: révolution graphique et rupture anthropologique*, Presses universitaires de France, 2018, nonché, tra i molti: S. ARDUINI, *La "scatola nera" della decisione giudiziaria: tra giudizio umano e giudizio algoritmico*, in *BioLaw Journal*, 2021, 453 ss.; F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *AIC*, 2020, 1, 416 ss.; F. Donati, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *AIC*, 2020, 1, 416 ss.; A. Pajno, *L'uso dell'intelligenza artificiale nel processo tra problemi nuovi e questioni antiche*, in *BioLaw Journal*, 2022, 205 ss. Per una più generale analisi delle principali questioni etiche, sociali e giuridiche aperte dall'impiego delle tecnologie di intelligenza artificiale e per un'elaborazione dei principi che dovrebbero orientarne l'utilizzo A. Pajno et al., *op cit.*

<sup>71</sup> Cfr. nota n. 66.

diritti degli utenti, nonostante i prestatori debbano ricorrere a strumenti automatici? A seguito della pubblicazione della sentenza, diversi commentatori hanno sostenuto che gli Stati avrebbero dovuto rivedere le loro trasposizioni, per esempio per introdurre forme di tutela dei caricamenti legittimi *ex ante*. Dalla pronuncia, in cui la Corte ha qualificato i meccanismi di reclamo e ricorso come garanzie *aggiuntive*, risulta che servono meccanismi volti a *prevenire* la realizzazione di blocchi eccessivi. Secondo alcuni, la quasi totalità dei recepimenti sarebbe illegittima proprio perché non delinea garanzie di questo tipo<sup>72</sup>. Si salverebbero solo l'Olanda, che ha previsto la possibilità di introdurre meccanismi di questo tipo tramite una regolazione secondaria, l'Austria e la Germania<sup>73</sup>.

Questi due paesi hanno infatti introdotto forme di tutela ulteriori a quelle dell'art. 17, non solo di natura *ex-ante* ma anche *ex post*. Risultano particolarmente pronunciate nel caso tedesco. La salvaguardia essenziale *ex ante* consiste nella previsione degli «usi presumibilmente autorizzati dalla legge», che limita significativamente la possibilità delle piattaforme di implementare filtri di caricamento completamente automatizzati<sup>74</sup>. Quanto alle tutele *ex post*, la Ger-

<sup>72</sup> «Member State have not done their homework», ha scritto Felix Reda (F. REDA, *CJEU says upload filters must respect user rights – but what if they don't? By Felix Reda*, in *Digital Freedom Fund*, 2022). Cfr. anche C. Geiger e N. Mangal, *After the Decision of the CJEU on the Validity of Article 17 CDSMD, What's Next? The Regulatory Task Ahead and a Proposal for an Independent EU Copyright Institution – Part I*, in *Kluwer Copyright Blog*, 2022; M. Senftleben, *The Meaning of “Additional” in the Poland ruling of the Court of Justice: Double Safeguards – Ex Ante Flagging and Ex Post Complaint Systems – are Indispensable*, in *Kluwer Copyright Blog*, 2022.

<sup>73</sup> Cfr., a riguardo: P. KELLER, *Article 17, the year in review (2021 edition)*, in *Kluwer Copyright Blog*, 2022; F. REDA, *CJEU upholds Article 17, but not in the form (most) Member States imagined*, in *Kluwer Copyright Blog*, 2022. Cfr. anche G. Frosio, *op. cit.*, secondo cui quella tedesca costituirebbe «la sola implementazione nazionale che tenta di operare un bilanciamento tra gli obblighi apparentemente inconciliabili dell'art. 17(4) e 17(7)».

<sup>74</sup> Questi ultimi, disciplinati dalle sezioni 9–11 del Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz (UrhDaG), non possono essere bloccati attraverso meccanismi automatizzati, né al momento del caricamento né in seguito. Se gli strumenti automatici riconoscono una corrispondenza tra un caricamento che costituisce un “uso presumibilmente autorizzato dalla legge” e un contenuto protetto, il titolare dei diritti ne è informato. Spetta a quest'ultimo provare che la presunzione di liceità è errata, attivandosi proponendo un reclamo, durante il quale il contenuto conteso resta *online*. Perché si sia in presenza di “usi presumibilmente autorizzati dalla legge” devono ricorrere diverse condizioni cumulative: il contenuto deve utilizzare meno del 50% del lavoro originale protetto; deve combinare l'utilizzo di parti del lavoro protetto con l'utilizzo di ulteriori contenuti; deve, infine, fare un uso residuale delle opere di terzi (fino a 14 secondi per contenuti audio e video, fino a 160 caratteri per contenuti testuali e fino a 125 kilobytes per opere fotografiche e grafiche). In mancanza di quest'ultimo requisito, è necessario che l'utente indichi che si tratta di libera utilizzazione permessa da

## la corte di giustizia e la nuova responsabilità di diritto d'autore

mania ha introdotto un diritto delle associazioni rappresentative degli utenti di chiedere provvedimenti ingiuntivi contro i prestatori che abbiano bloccato ripetutamente caricamenti legittimi<sup>75</sup>, e previsto l'obbligo di questi ultimi di dare accesso per fini di ricerca scientifica ai dati sul funzionamento delle loro procedure di rilevamento e blocco dei contenuti.

L'affermazione per cui la quasi totalità degli Stati dovrebbe rivedere le proprie trasposizioni per ideare le modalità concrete di salvaguardia degli utenti non appare condivisibile. È vero che alcuni passi della sentenza potrebbero lasciar propendere per questa soluzione<sup>76</sup>; è altrettanto vero che non si è in presenza di un regolamento ma di una direttiva, e quindi di un atto che stabilisce un obiettivo che tutti i paesi devono raggiungere, lasciando loro la scelta delle forme e dei metodi. Rimettere la questione agli Stati membri non sarebbe però privo di rischi.

Significherebbe compromettere il funzionamento di un mercato digitale unico, in primo luogo. Il rischio di trasposizioni che incorporino requisiti e condizioni ulteriori a quelli previsti dalla direttiva è che titolari del diritto d'autore e utenti dei servizi beneficino di protezioni difformi a seconda dello Stato in cui si trovano, nonché che i soggetti obbligati – che operano a livello sovranazionale – siano soggetti a ventisette regimi nazionali di responsabilità in potenza divergenti. Un risultato, questo, suscettibile di rendere l'Europa anti competitiva e respingente, tanto all'attrazione di investimenti stranieri che allo sviluppo di “campioni europei”, potenziali concorrenti delle *Big Tech* provenienti dagli Stati Uniti e dalla Cina.

Sembra pertanto condivisibile la scelta degli Stati che hanno recepito in modo sostanzialmente letterale l'art. 17, senza introdurvi aggiunte significative e senza chiarire le numerose nozioni indefinite che vi sono adoperate<sup>77</sup>. Si pensi al riferimento a concetti come «massimi sforzi», «informazioni

un'eccezione o limitazione. Per un'analisi più dettagliata delle misure di tutela *ex ante* previste dalla trasposizione dell'art. 17 tedesca, cfr. F. Reda e J. Selinger, *Germany attempts to square the circle in its implementation of Article 17 CDSMD – Part 1*, in *Kluwer Copyright Blog*, 2022; P. Keller, *op. cit.*; G. Frosio, *op. cit.*

<sup>75</sup> Cfr. sez. 18 (6) UrhDaG.

<sup>76</sup> Cfr. il passo della sentenza in cui la Corte afferma che il suo esame verte sul regime specifico di responsabilità introdotto all'art. 17, par. 4, della direttiva, circostanza che «non pregiudica un qualsiasi esame che possa riguardare, in una fase successiva, l'esame delle disposizioni adottate dagli Stati membri ai fini del recepimento di tale direttiva o delle misure stabilite da tali fornitori per conformarsi a detto regime» (punto 71). Si pensi, ancora, al passo finale della sentenza, secondo cui gli Stati membri sono tenuti, in occasione della trasposizione dell'art. 17, «a fondarsi su un'interpretazione di tale disposizione atta a garantire un giusto equilibrio tra i diversi diritti fondamentali tutelati dalla Carta» (punto 99).

<sup>77</sup> Si noti che la presenza di concetti indefiniti è una delle ragioni per cui alcuni Stati

pertinenti e necessarie», «segnalazione sufficientemente motivata»; molti paesi, tra cui l'Italia, le hanno considerate nozioni autonome di diritto europeo, il cui significato dovrà essere progressivamente stabilito in modo condiviso. Le soluzioni vanno collocate a livello sovranazionale, perché di rilevanza sovranazionale sono i problemi da risolvere e i soggetti obbligati. Oltre a evitare regole diverse da paese a paese, le trasposizioni letterali permettono poi di non alterare, in un senso o in un altro, la complessa e delicata architettura interna dell'art. 17.

In secondo luogo, l'impressione è che richiedere agli Stati di stabilire le modalità concrete per assicurare che i diritti degli utenti siano fatti salvi significherebbe in sostanza "scaricare" su di loro la responsabilità di risolvere problemi cui il legislatore europeo non ha saputo rispondere. Ciò non solo in ragione della sensibilità politica della materia ma anche dell'elevata complessità tecnica che la caratterizza<sup>78</sup>. Proprio questa complessità, unita alla rapidità dei mutamenti tecnologici, fa infine dubitare dell'efficacia di soluzioni definite in modo compiuto da testi normativi, tanto nazionali che sovranazionali.

Preso atto della comprensibile scelta a favore dell'indeterminatezza del legislatore europeo, la responsabilità di delineare soluzioni affinché i diritti degli utenti siano rispettati non può che essere dei soggetti obbligati, i prestatori. Spetterà a loro ideare le misure idonee a confermarsi al nuovo regime di responsabilità, anche investendo per accelerare l'evoluzione tecnologica; il legislatore starebbe implicitamente 'orientando' lo sviluppo degli strumenti di riconoscimento automatico di contenuto (la cui utilità va ben oltre la lotta contro le violazioni al diritto d'autore<sup>79</sup>) al perseguimento di finalità di interesse pubblico.

hanno votato contro il testo finale della direttiva. Cfr. la Dichiarazione congiunta di Paesi Bassi, Lussemburgo, Polonia, Italia e Finlandia, in cui si legge «*Furthermore, we feel that the Directive lacks legal clarity, will lead to legal uncertainty for many stakeholders concerned and may encroach upon EU citizens' rights*» (si veda [qui](#)).

<sup>78</sup> Si noti come l'esigenza di applicazioni uniformi e la difficoltà del legislatore europeo di ideare soluzioni concrete sembra potersi leggere anche nell'ultimo par. dell'art. 17, che rimette alla Commissione europea il compito di adottare orientamenti sulle «migliori prassi per la cooperazione tra i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online e i titolari dei diritti». Ciò a seguito di un processo collegiale, realizzato in cooperazione con gli Stati membri, i prestatori, i titolari dei diritti e le organizzazioni degli utenti.

<sup>79</sup> Le tecnologie ACR, infatti, sono utilizzate per molteplici fini. Oltre che per prevenire la diffusione di contenuti che violano il diritto d'autore *online*, per identificare e bloccare quelli pedopornografici o di incitazione al terrorismo, tra gli altri. Sono adoperati anche per lo sviluppo delle auto a guida autonoma, che dipendono dalla capacità dei computer di riconoscere, apprendere e rispondere agli stimoli dell'ambiente circostante. Sono poi usate

## la corte di giustizia e la nuova responsabilità di diritto d'autore

Circa le possibili soluzioni adottabili dai prestatori, non è da escludere il verificarsi di un “effetto Bruxelles” interno all’Europa che assuma i tratti di un “effetto tedesco”. Pur rimanendo una soluzione isolata, la trasposizione tedesca potrebbe cioè avere effetti per i servizi offerti nell’intera Unione. I prestatori potrebbero decidere di adottare in tutti i paesi le misure che sono chiamati a rispettare in Germania, tanto in ragione dell’esigenza di conformarsi a regole uniformi che della circostanza che quelli tedeschi potrebbero assumere i tratti degli *standard* di mercato da rispettare.

Alcuni passi della sentenza lasciano propendere per questa ipotesi. In particolare, quello in cui la Corte afferma che le disposizioni contese rispetterebbero la previsione secondo cui limitazioni alla libertà di espressione devono essere previste dalla legge, e ciò benché non chiariscano le misure concrete che i prestatori devono adottare per garantire che non siano disponibili contenuti illegittimi<sup>80</sup>. Dietro le parole con cui la Corte giustifica questa evidenza si legge, oltre all’esigenza che le regole possano adeguarsi a diversi tipi di operatori e di situazioni, nonché all’evoluzione delle prassi e delle tecnologie, la consapevolezza che il *know how* per delineare misure concrete è proprio dei prestatori.

Il legislatore ha in qualche modo delegato loro il compito di controllare il rispetto del diritto d’autore nell’ambiente digitale, e rimetterebbe loro la responsabilità di comprendere come procedervi nel rispetto dei complessi equilibri delineati dall’art. 17. D’altronde, il sottotesto dell’art. 17 e della pronuncia che lo fa salvo è piuttosto chiaro: i modelli di *business* interattivi che i prestatori hanno sviluppato in un contesto di non interventismo, certamente

per analizzare la percezione del pubblico rispetto a determinati marchi, e ciò tramite l’analisi delle immagini dei relativi prodotti pubblicate in rete. Per maggiori informazioni, cfr. il report *Automated Content Recognition*.

<sup>80</sup> Cfr. punti da 73 a 76 della sentenza, in particolare laddove la Corte afferma che «[...] per quanto riguarda l’obbligo, imposto ai fornitori di servizi Internet, di adottare misure per garantire il rispetto del diritto d’autore allorché vengono utilizzati i loro servizi, potrebbe anche essere necessario, a seconda dei casi, al fine di rispettare la libertà d’impresa di detti fornitori di servizi [...] e il giusto equilibrio tra essa, il diritto alla libertà di espressione e d’informazione degli utenti dei loro servizi [...] e il diritto di proprietà intellettuale dei titolari di diritti [...], lasciare a detti fornitori di servizi l’onere di determinare le misure concrete da adottare per raggiungere il risultato perseguito, con la conseguenza che questi ultimi possono scegliere di adottare misure che più si adattino alle risorse e alle capacità di cui dispongono e che siano compatibili con gli altri obblighi e le sfide cui devono far fronte nell’esercizio della loro attività». Cfr. anche il già citato punto 71 della sentenza, in cui la Corte evidenzia che il suo giudizio sull’art. 17 non pregiudica futuri esami sulla legittimità «delle misure stabilite da tali fornitori per conformarsi a detto regime», oltre che delle disposizioni di recepimento adottate dagli Stati membri.

capaci di fornire ai consumatori più scelte a prezzi più competitivi e di incrementare la circolazione di dati, idee e informazioni, oggi devono saper garantire protezione ai diritti e agli interessi che nel processo sono risultati soccombenti. Gli equilibri attuali non sono più condivisibili.

Resta fermo che ritenere che le soluzioni concrete debbano essere ideate dai prestatori non significa voler “escludere” le autorità pubbliche dal processo. In ragione dell’importanza che queste soluzioni hanno per la libertà di espressione, la loro definizione non andrebbe “abbandonata” interamente alle parti private; servirebbe “trasparenza”, da intendersi come la capacità delle autorità pubbliche di osservare e comprendere l’implementazione delle soluzioni, così da poter svolgere una funzione di controllo. Da questo punto di vista, risulta di particolare interesse la previsione tedesca secondo cui le piattaforme devono fornire ai ricercatori accesso ai dati sul funzionamento delle loro procedure di rilevazione e blocco dei contenuti. Oltre che la ricerca sul processo decisionale algoritmico, questa previsione dovrebbe favorire anche un controllo pubblico attraverso i risultati della ricerca, nonché incentivare le piattaforme a rispettare i propri obblighi.

In sintesi, è importante che le autorità di vigilanza sappiano ‘decodificare’ la fisionomia e il funzionamento delle procedure di rilevazione e blocco dei contenuti, sorvegliando così sull’operato dei soggetti obbligati<sup>81</sup>. L’auspicio più generale, che va ben al di là del caso in esame, è che non si trascuri l’esigenza di investire nelle risorse del settore pubblico, aggiornandole alla luce delle nuove sfide<sup>82</sup>. In mancanza, il rischio è che non vi siano le competenze specialistiche necessarie a regolare in modo virtuoso e sorvegliare le attività dei giganti del *web*<sup>83</sup>, che seppur poteri privati servono funzioni che

<sup>81</sup> Interessante a riguardo l’idea di chi, convinto che serva aggiornare le competenze dei regolatori pubblici in materia di diritto d’autore *online*, propone l’istituzione di una nuova autorità di regolazione europea. Ritiene che di fronte al crescente numero di questioni con rilevanza transfrontaliera relative al diritto d’autore nell’ambiente digitale, un’autorità di questo tipo sarebbe la soluzione più idonea a vigilare sulle piattaforme. Contribuirebbe anche a uniformare la risoluzione delle controversie, elaborare la normativa futura e coordinare le attività di regolazione e *enforcement* dei diversi Stati membri. Nel lungo termine, permetterebbe di garantire maggior trasparenza, prevedibilità e certezza per tutte le parti coinvolte nel mercato del diritto d’autore digitale. Cfr. C. Geiger e N. Mangal, *Regulating Creativity Online: Proposal for an EU Copyright Institution*, in *GRUR International-Journal of European and International IP Law*, 2022, 1 e 19.

<sup>82</sup> Più in generale sulla formazione e il reclutamento della pubblica amministrazione, D. Bevilacqua, L. Carbonara, H. Caroli Casavola, B. Carotti, S. Cassese, C. Ciccodicola, M. Gnes, C. Lacava, G. Melis, C. Ramotti, G. Sgueo e F. Spanicciati, *Il reclutamento: le buone pratiche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 1231 ss.

<sup>83</sup> Si noti come il tema della limitazione dei grandi poteri privati, in particolare di



## la corte di giustizia e la nuova responsabilità di diritto d'autore

appaiono sempre più di pubblico interesse<sup>84</sup>. D'altronde, “governano” spazi e infrastrutture che sono divenuti importanti per un esercizio effettivo di diritti e libertà fondamentali<sup>85</sup>. Non si tratta solo della libertà di espressione e di informazione; si pensi solo a quanto il *web* sia stato fondamentale per consentire l'esercizio del diritto allo studio o allo svolgimento del lavoro durante la pandemia da Covid-19. Circostanze che rendono necessario che l'intervento pubblico in materia non si ponga in termini di 'inseguimento', ma assuma un ruolo di guida e contenimento, usando regole e funzioni per contribuire a dar forma e indirizzo alla realtà.

Un'ultima annotazione. Ammettere che le nuove regole rendono necessaria l'adozione di strumenti di riconoscimento automatico e stabilire in parallelo che i caricamenti legittimi devono essere fatti salvi, come ha fatto la Corte, non significa violare il principio secondo cui «*ad impossibilia nemo tenetur*». Si è appena evidenziato come i servizi erogati da alcuni prestatori rivestono ormai un'importanza fondamentale per l'esercizio delle libertà di espressione e di informazione. Offrire questi servizi rimane, però, il frutto di una libera scelta di mercato, e non costituisce l'adempimento ad obblighi di legge. Se continuare a svolgere la loro attività nel rispetto delle nuove regole diventasse insostenibile, i prestatori sarebbero liberi di rivedere i loro modelli di *bussiness*, facendoli evolvere verso nuove direzioni.

Certo, il “costo” di queste evoluzioni potrebbe essere pagato dai consumatori. I prestatori, che di regola erogano i loro servizi in modo (ap-

quelli che operano nel settore della quarta rivoluzione industriale, e il conseguente ruolo in materia dei poteri pubblici, rientra tra quelli ritenuti cruciali per gli anni Venti di questo secolo nella riflessione prospettica di G. Piperata, L. Saltari e A. Sandulli, *Il ritorno del servizio alla comunità come munus publicum*, in questa *Rivista*, 2020, IX. Tra gli altri temi indicati: il ruolo del pubblico nei servizi a carattere sociale, il coordinamento tra politiche europee e nazionali, e la tutela dell'ambiente.

<sup>84</sup> A riguardo, suscita preoccupazioni la circostanza che l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM), cui il d.lgs. italiano di recepimento della direttiva copyright ha attribuito nuove e complesse funzioni, non stia assumendo nuovo personale. Si tratta di una circostanza che genera infatti dubbi sulla 'tenuta' dell'Agcom in questo contesto di forte potenziamento dei suoi compiti. Per le nuove funzioni attribuitele, cfr. artt. 43-*bis*, commi 8, 10 e 12, 46-*bis*, 80, 84, 102-*decies*, 110-*ter*, 110-*quater*, comma 4, e 110-*sexies* della Legge italiana sul diritto d'autore (l. 22 aprile 1941, n. 633), così come novellata dal d.lgs. 8 novembre 2021, n. 177. Per una loro lettura, sia consentito rinviare nuovamente a M. Giusti, *op. cit.*

<sup>85</sup> A riguardo appaiono sempre più appropriate le osservazioni di Frank Pasquale, che ragionando su identità e aspirazioni dei più importanti *players* digitali notava, già nel 2017, che non si tratterebbe di semplici partecipanti al mercato, ma di soggetti che «*aspire to displace more government roles over time, replacing the logic of territorial sovereignty with functional sovereignty*» (F. Pasquale, *From territorial to functional sovereignty: The case of Amazon*, in *Law and political economy*, 2017).

parentemente) gratuito<sup>86</sup>, potrebbero per esempio decidere di applicare ai loro utenti nuovi costi, magari per assumere personale che svolga verifiche umane circa la liceità di alcuni caricamenti. Ancora, non è da escludere che alcuni prestatori decidano di ridurre la gamma delle attività realizzabili sui loro servizi, o persino di uscire dal mercato di condivisione dei contenuti. Ne deriverebbe certamente una riduzione della varietà dei servizi offerti, e quindi delle scelte a disposizione dei consumatori. Se tutto questo non può essere escluso, non è da escludere neanche lo scenario opposto: lo ‘scossone’ normativo potrebbe finire per generare un beneficio per i consumatori? È possibile che costituisca l’incidente scatenante per l’affermazione di talenti nuovi, capaci di cogliere un’opportunità nelle nuove regole, entrare nel settore della condivisione di contenuti *online* e offrirvi qualcosa di nuovo?

In attesa di sapere come reagirà il mercato, va rilevato che la sentenza, definendo parametri rigorosi che le misure di filtraggio devono rispettare, costituisce un precedente importante per la tutela della libertà di espressione contro l’*overblocking* algoritmico nell’ambito di applicazione della direttiva copyright. Si tratta di una circostanza importante per gli esiti delle controversie future sull’applicazione concreta delle disposizioni in esame. Verosimilmente, non ne mancheranno.

### *Abstract*

*The essay focuses on art. 17 of the so-called copyright directive, which introduces a limitation to the freedom of expression and information online to safeguard the interests of copyright holders harmed by the ‘freedom’ of the web. The author analyzes the novelties introduced by art. 17, the action for annulment that Poland brought against the new provisions, and the subsequent ruling by the Court of Justice, after which several issues remain problematic. Finally, the author investigates the major topics of interest raised by the judgment. They range from balancing conflicting rights to the accountability of digital platforms and the use of algorithms and open both practical and theoretical questions about the relationships between public authorities, digital operators, and European consumers.*

<sup>86</sup> È vero che di regola gli utenti non pagano per accedere al materiale pubblicato sui servizi dei prestatori; accettano però sia di cedere i propri dati ai prestatori, che si remunerano tramite la vendita a terzi di inserzioni pubblicitarie, che di sottoporsi a messaggi pubblicitari dalla personalizzazione pressoché perfetta.

Finito di stampare nel mese di aprile 2023  
dalla *Grafica elettronica* – Napoli