

La questione della compatibilità dei sistemi automatizzati di filtraggio con la libertà di manifestazione del pensiero alla luce della sentenza CGUE, C-401/2019
di
Fabiana Félix Ferreira*

Sommario: 1. Introduzione - 2. La sentenza della Corte di Giustizia del 26 aprile 2022, c-401/2019 - 3. L'uso di sistemi automatizzati di filtraggio dei contenuti online: la giurisprudenza comunitaria dalla Direttiva 2000/31/CE alla Direttiva 2019/790/UE - 4. Il bilanciamento tra la libertà di espressione e i diritti di privativa: un problema di proporzionalità - 5. Conclusioni.

1. Introduzione

La Direttiva 2019/790/UE¹ (Direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale) costituisce ulteriore, ma certamente non ultimo, passo nel lungo e articolato cammino verso la ricerca di un giusto equilibrio tra i diritti che tradizionalmente confliggono nell'ambito della c.d. società dell'informazione: in particolare, la libertà di manifestazione del pensiero, di informazione e la tutela dei diritti della personalità degli utenti², i diritti di privativa dei titolari di diritti d'autore e di

* Dottore internazionale di Ricerca in Scienze Giuridiche presso l'Università degli Studi di Perugia, *curriculum* in Diritto Pubblico.

¹ Direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE, GUUE L 130 del 17 maggio 2019. Per un commento alla Direttiva, si v., in particolare, S. LAVAGNINI, *Il diritto d'autore nel mercato unico digitale. Direttiva (UE) 2019/790 e D.Lgs. n. 177/2021 di recepimento*, Torino, 2022, *passim*.

² S. RODOTÀ, *Libertà, opportunità, democrazia e informazione*, in Aa. Vv., *Atti del convegno «Internet e privacy: quali regole»*, Roma, 1998, p. 15 ss.; A. MONTELERO, *La responsabilità on line: il controllo nella prospettiva dell'impresa*, in *Dir. inf.*, 2010, p. 419 ss.; C. ROSSELLO, *Riflessioni de iure condendo in materia di responsabilità del provider*, *ivi*, 2010, p. 627 ss.; F. DI CIOMMO, *Internet, diritti della personalità e responsabilità aquiliana del provider*, in *Danno resp.*, 1999, p. 756 ss.; ID., *Programmi-filtro e criteri di imputazione/esonerazione della responsabilità online. A proposito della sentenza Google c. Vivi Down*, *ivi*, 2010, p. 587 ss.; G. RESTA, *Anonimato, responsabilità, identificazione: prospettive di*

proprietà industriale³, la libertà di iniziativa economica degli *internet service provider*.⁴ Un cammino questo che ha visto progressivamente ridursi - per via giurisprudenziale prima e legislativa poi - l'ambito di esenzione della responsabilità⁵ che, almeno sulla carta, la Direttiva 2000/31/CE (Direttiva sul commercio elettronico)⁶ ancor oggi riconosce ai prestatori dei servizi di

diritto comparato, ivi, 2014, p. 176 ss.; L. BUGIOLACCHI, *Evoluzione dei servizi di hosting provider, conseguenze sul regime di responsabilità e limiti dell'attuale approccio*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 1996 ss.; F. VECCHIO, *Libertà di espressione e diritto all'onore in Internet secondo la sentenza Delfi as contro Estonia della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. inf.*, 2014, p. 55 ss.; G. D'ALFONSO, *Verso una maggiore responsabilizzazione dell'hosting provider tra interpretazione evolutiva della disciplina vigente, innovazioni legislative e prospettive de jure condendo*, in *Federalismi.it*, 2020, p. 108 ss.

³ Sul tema si v. P. SPADA, *La proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, p. 646 ss.; M. BARBARISI, *La tutela della proprietà intellettuale*, in E. TOSI (a cura di), *I problemi giuridici di Internet. Dall'E-Commerce all'E-Business*, Milano, 2010, p. 381 ss.; M. GAMBINI, *Dati personali ed Internet*, Napoli, 2008, p. 96 ss.; A. SARACENO, *La responsabilità degli Internet Service Provider per le violazioni del diritto d'autore*, in *Giur. it.*, 2011, c. 10 ss.; L. GUIDOBALDI, *YouTube e la diffusione di opere protette dal diritto d'autore: ancora sulla responsabilità dei providers tra hoster attivi, conoscenza dell'illecito e obbligo di sorveglianza*, in *Dir. inf.*, 2010, p. 273 ss.

⁴ L. NIVARRA, voce *Responsabilità del provider*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ., Agg.*, Torino, 2003, p. 1196 ss.; M.L. MONTAGNANI, *Primi orientamenti in materia di responsabilità dei fornitori di servizi cloud per violazione del diritto d'autore in rete*, in *Riv. dir. ind.*, 2014, p. 178 ss.

⁵ Sulla responsabilità dei provider nella società dell'informazione, tra i tanti, si v. M. GAMBINI, *La responsabilità civile telematica*, in C. PERLINGIERI e L. RUGGERI (a cura di), *Internet e diritto civile*, Napoli, 2015, pp. 313-346; G. PONZANELLI, *Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli Internet Service Providers*, in *Danno resp.*, 2002, p. 10; V. ZENO ZENCOVICH, *Profili attivi e passivi della responsabilità dell'utente in Internet*, in Aa.Vv., *La tutela del navigatore in Internet*, cit., pp. 140 e 195 ss.; G. M. RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, Torino, 2002, p. 57; ID., *La responsabilità civile degli Internet Providers alla luce della direttiva n. 2000/31/CE*, in S. SICA e P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Milano, 2002, p. 391; G. GIACCOBBE, *La responsabilità civile per l'uso di Internet*, in V. RICCIUTO e N. ZORZI (a cura di), *Il contratto telematico*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.* diretto da F. GALGANO, XX, Padova, 2002, p. 222; F. SIGNORELLI, *Profili di responsabilità del provider nell'e-commerce*, in V. FRANCESCHELLI (a cura di), *Commercio elettronico*, Milano, 2001, p. 570 ss.; M. ASTONE, *La responsabilità del prestatore di servizi della società di informazione nella direttiva 2000/31/CE*, in *Europa dir. priv.*, 2002, p. 446; A. PIAZZA, *La responsabilità civile dell'Internet Provider*, in *Contr. Impr.*, 2004, p. 147 ss.; F. DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, cit., p. 294 ss.; ID., *La responsabilità civile in Internet: prove di governo dell'anarchia tecnocratica*, in *Resp. civ.*, 2006, p. 563 ss.; L. BUGIOLACCHI, *La responsabilità dell'host provider alla luce del d.lgs. n. 70/2003: esegesi di una disciplina «dimezzata»*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, p. 193; A. MONTELERO, *La responsabilità degli intermediari di rete nella giurisprudenza italiana alla luce del modello statunitense e di quello comunitario*, in *Contr. impr. eur.*, 2010, p. 544 ss.

⁶ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»). Si v. A. ANTONUCCI, *eEurope: la costruzione del quadro normativo*, in A. ANTONUCCI (a cura di), *E-Commerce. La Direttiva 2000/31/CE e il quadro normativo della rete*, Milano, 2001, p. 1 ss.; F. SARZANA DI SANT'IPPOLITO, *Approvata la direttiva sul commercio elettronico*, in *Corr. Giur.*, 2000, p. 1293; C. ROSSELLO, *La nuova*

intermediazione nella trasmissione delle informazioni attraverso la rete, ma che è andata col tempo perdendo terreno, perlopiù, in favore dell'esigenza di garantire l'effettività dei diritti degli utenti in ipotesi di illecito commesso attraverso la rete⁷. Allo stesso modo, oggi, con la Direttiva 2019/790/UE, si assiste a un risultato analogo, seppur questa volta con uno sbilanciamento degli equilibri in favore dei titolari di diritti d'autore e di diritti di privativa industriale, giustificato altresì dalla volontà di favorire l'innovazione e la creazione di nuovi contenuti.

Le uniche costanti di questa dinamica sono la rapida evoluzione dei servizi della rete internet, vero motore dell'intero processo di trasformazione del settore, il passaggio da una figura di *internet service provider* quale soggetto da incentivare (agli albori di internet) a vero e proprio «potere privato»⁸, di dimensioni tali da porsi in concorrenza con lo Stato e da poter costituire una potenziale minaccia per la democrazia e i diritti fondamentali dei cittadini, nonché la tecnica utilizzata per ridurre l'ambito di esenzione dalla responsabilità degli intermediari della rete: la creazione di nuove figure di prestatori di servizi *online* - quali l'*hosting provider* attivo e il prestatore di servizi di condivisione di contenuti *online*⁹ - escluse dall'ambito di applicazione della Direttiva 2000/31/CE e, in quanto tali, soggette

disciplina del commercio elettronico. Principi generali ed ambito di applicazione, in *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale. La nuova disciplina*, Torino, 2003, p. 16; P. STANZIONE, *Commercio elettronico, contratto e altre categorie civilistiche*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2001, fasc. 4-5, p. 651 ss.; L. CAVALAGLIO, *L'art. 11 della Direttiva 2000/31/CE e le tecniche di conclusione del contratto telematico*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2001, I, p. 95 ss.

⁷ Si v., in particolare, Corte. giust., 16 febbraio 2012, c. 360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) c. Netlog NV* in www.curia.europa.eu; Corte. giust., 27 marzo 2014, c. 314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH e Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH* in www.curia.europa.eu; Corte. giust., 29 gennaio 2008, c. 275/06, *Promusicae c. Telefónica de España SAU* in www.curia.europa.eu; Corte. giust., 22 giugno 2021, c. 682/18, *Frank Peterson c. Google LLC* e c. 683/18 *Elsevier Inc. c. Cyando AG*, in www.curia.europa.eu.

⁸ G. RITTER, *Il volto demoniaco del potere*, Bologna, 1958, passim; A. NERVI, *Il contratto come strumento di conformazione dell'assetto di mercato*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 95 ss.

⁹ Sul ruolo assolto nella disciplina della responsabilità civile telematica dal tipo di servizio erogato dal *provider* in concreto, cfr. P. LEOCANI, *La direttiva UE sul commercio elettronico: cenni introduttivi*, in *Europa dir. priv.*, 2000, p. 652; R. BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico. Contributo allo studio dell'illecito plurisoggettivo permanente*, Napoli, 2003, p. 128 ss.

all'ordinario regime di responsabilità civile o a una nuova disciplina speciale meno favorevole.

Vi è, peraltro, altra questione, che per lunghi tratti ha accompagnato le discussioni in materia, potendo essere considerata il vero punto di emersione del fiume carsico costituito dal continuo conflitto tra i sopracitati diritti che animano la materia, e che, in quanto tale, è in grado di restituire lo stato raggiunto nella ricerca del giusto equilibrio tra gli stessi: ovverosia l'ammissibilità di sistemi automatizzati di filtraggio dei contenuti *online*. Non sfugge, difatti, come i suddetti sistemi siano, da un lato, potenzialmente idonei a limitare in maniera più o meno indiscriminata la libertà di manifestazione del pensiero degli utenti e, allo stesso tempo, come possano costituire un costo gravoso per gli *internet service provider*, specie per quelli di dimensioni ridotte, mentre, dall'altro, forte è il sospetto che in tale ambito essi costituiscano strumento necessario (e insostituibile) al fine di garantire effettività alla tutela dei diritti di privacy.

Pertanto, si comprendono le ragioni per cui è di estremo interesse esaminare la sentenza, del 26 aprile 2022, con cui la Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE)¹⁰ si è ritrovata a decidere ancora una volta sulla questione dei sistemi automatizzati di filtraggio, ma, questa volta, nell'ambito di un rinnovato contesto normativo, delineato dall'art. 17 della Direttiva 2019/790/UE, nel quale la dinamica poc'anzi descritta volta alla contrazione del regime di esenzione della responsabilità degli *internet service provider* non è più orientata in favore della tutela degli utenti, bensì dei titolari dei diritti di privacy¹¹.

2. La sentenza della Corte di Giustizia del 26 aprile 2022, c-401/2019

¹⁰ Corte giust., 26 aprile 2022, c. 401/2019, Repubblica di Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione Europea, in *Nuova Giur. civ.*, 2022, p. 1032 ss., con nota di G.M. RICCIO, *Responsabilità delle piattaforme e sistemi di filtraggio: quale destino per la normativa italiana sul diritto d'autore?* Si v., inoltre, il commento di S. LAVAGNINI, *La responsabilità degli Internet Service Provider e la nuova figura dei prestatori di servizi di condivisione online (art. 17)*, in ID. (a cura di), *Il diritto d'autore nel mercato unico digitale*, cit., p. 236 ss.

¹¹ Per una ricognizione delle ragioni che hanno portato all'adozione della Direttiva 2019/790/UE, si v. E. ROSATI, *Copyright in the Digital Single Market*, in *Oxford University Press*, 2021, p. 328.

La decisione della Corte di Giustizia UE subito sopra menzionata prende le mosse dalla domanda della Polonia, avente ad oggetto l'annullamento delle lettere b) e c) dell'art. 17, paragrafo 4 della Direttiva 2019/790/UE, ossia delle norme che impongono ai fornitori di servizi digitali di compiere, secondo elevati standard di diligenza professionale di settore, il massimo sforzo per assicurare che non siano messe a disposizione del pubblico opere e altri materiali specifici per i quali abbiano ricevuto le informazioni pertinenti e necessarie dai titolari dei diritti e, in ogni caso, di agire tempestivamente, dopo aver ricevuto una segnalazione sufficientemente motivata dai soggetti da ultimo menzionati, per disabilitare l'accesso o rimuovere dai loro siti web le opere o altri materiali oggetto di segnalazione e di compiere i massimi sforzi per impedirne il caricamento in futuro. In subordine, per l'ipotesi in cui la Corte avesse ritenuto inscindibile il contenuto dell'art. 17, la Repubblica di Polonia ne chiedeva l'annullamento totale.

Alla base della richiesta, la Repubblica di Polonia affermava che l'adempimento degli obblighi previsti dalle disposizioni normative impugnate, necessario per poter beneficiare dell'esenzione di responsabilità prevista dal suddetto art. 17, comporterebbe che i fornitori di servizi di condivisione di contenuti online sarebbero tenuti a monitorare qualsiasi contenuto caricato dai loro utenti prima che questi siano messi a disposizione del pubblico, e ciò, conseguentemente, si tradurrebbe, in assenza di altre soluzioni praticabili e a ragione dell'enorme quantità di contenuti immessi sui propri *server*, nella necessità di impiegare strumenti di filtraggio automatico. Proprio l'utilizzo di strumenti automatizzati di controllo preventivo dei contenuti caricati *online* - che, a detta della Polonia, sarebbe *de facto* imposto dalla Direttiva in parola - determinerebbe un'interferenza particolarmente grave con la libertà di espressione e di informazione degli utenti di tali servizi, garantito dall'art. 11 della Carta¹², in quanto potenzialmente idonei a determinare il blocco di contenuti leciti, nonché a ragione del fatto che l'illiceità, e quindi il conseguente blocco di tali contenuti, verrebbe determinata

¹²Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea n. C 326/02, GUUE, 16 ottobre 2012.

automaticamente da algoritmi, e questo ancor prima di qualsiasi diffusione degli stessi¹³.

Pertanto, e in estrema sintesi, sulla base di tali motivazioni, la Polonia chiedeva l'annullamento di quelle disposizioni che, a suo dire, comporterebbero una «censura generale automatica preventiva» dei servizi di condivisione dei contenuti da parte dei loro fornitori, con l'effetto di ricondurre anche la nuova figura del prestatore di servizi di condivisione di contenuti *online* al regime speciale di responsabilità previsto dall'art. 14 della Direttiva 2000/31/CE per l'*hosting provider*¹⁴. La Corte, adottando un apprezzabile approccio sistematico - non circoscritto alle singole disposizioni interessate dal ricorso, ma volto a verificare il bilanciamento realizzato dal complesso delle disposizioni previste dal succitato art. 17 - respinge il ricorso a ragione del fatto che l'obbligo per i prestatori di servizi di condivisione di controllare in via preventiva i contenuti che gli utenti intendono caricare *online* è stato accompagnato dal legislatore dell'Unione da garanzie adeguate per assicurare - conformemente al disposto dall'art. 52, paragrafo 1, della Carta - il rispetto del diritto alla libertà di espressione e d'informazione degli utenti di tali servizi, garantito all'articolo 11 della Carta, nonché il giusto equilibrio tra tale diritto, da un

¹³ Corte giust., 24 maggio 2019, c. 401/2019, Repubblica di Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione Europea, in www.curia.europa.eu, punto 41.

¹⁴ Articolo 14, Direttiva 2000/31/CE - "Hosting": 1. Gli Stati membri provvedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non sia responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: a) non sia effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione, o b) non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso. 2. Il paragrafo 1 non si applica se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore. 3. Il presente articolo lascia impregiudicata la possibilità, per un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa, in conformità agli ordinamenti giuridici degli Stati membri, di esigere che il prestatore ponga fine ad una violazione o la impedisca nonché la possibilità, per gli Stati membri, di definire procedure per la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime.

lato, e il diritto di proprietà intellettuale, protetto all'articolo 17, paragrafo 2, della Carta, dall'altro¹⁵.

Peraltro, la parte maggiormente interessante della decisione è altra - dalla quale emerge il mutamento di prospettiva nella giurisprudenza del Giudice europeo in favore di una più penetrante considerazione del caso concreto e della necessità che sia questo a orientare la decisione in merito al giusto equilibrio tra diritti e interessi confliggenti¹⁶ - ovvero, quella concernente la specificazione del dovere per gli Stati membri, sia in sede di recepimento dell'art. 17 della Direttiva 2019/790/CE, che soprattutto in sede di attuazione della conseguente normativa derivata, di fondarsi su un'interpretazione di tale disposizione atta a garantire un giusto equilibrio tra i diversi diritti fondamentali tutelati dalla Carta, avuto particolare riguardo alla necessità che questa non entri in conflitto con i summenzionati diritti fondamentali o con gli altri principi generali del diritto dell'Unione, come il principio di proporzionalità.

3. L'uso di sistemi automatizzati di filtraggio dei contenuti online: la giurisprudenza comunitaria dalla Direttiva 2000/31/CE alla Direttiva 2019/790/UE
Fino all'entrata in vigore dell'articolo 17 della direttiva 2019/790, la responsabilità dei fornitori di servizi di condivisione di contenuti *online* per aver consentito l'accesso, da parte del pubblico, a contenuti protetti caricati dai propri utenti in violazione del diritto d'autore ricadeva entro l'ambito di applicazione, oltre che dell'art. 3 della direttiva 2001/29, dell'art. 14 della direttiva 2000/31¹⁷, il quale ancora

¹⁵ La questione, rispetto alla disciplina delineata dalla direttiva 2000/31/CE, era già stata sottoposta alla Corte di giustizia con le cause riunite Corte giust., 22 giugno 2021, c. 682/18, Frank Peterson c. Google LLC e c. 683/18, Elsevier Inc. c. Cyando AG, in www.curia.europa.eu.

¹⁶ Si v. H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 382; P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 188 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 298 ss.; ID., *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, cit., p. 13; N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, *passim*.

¹⁷ La Direttiva sul commercio elettronico si prefiggeva l'obiettivo di creare un quadro giuridico che garantisse la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione tra gli Stati membri (punto 8), in quanto le diverse normative nazionali creavano ostacoli al corretto funzionamento del mercato interno (punto 5). Lo scopo era quello di implementare efficacemente, nella sfera digitale, la libera circolazione di beni, persone, servizi e capitali

oggi condiziona l'esenzione dalla responsabilità prevista per l'*hosting provider* alla mancata effettiva conoscenza da parte di questi dell'illiceità dell'informazione o del contenuto ospitato¹⁸.

La suddetta disciplina, peraltro, si mostrò particolarmente inefficace rispetto all'obiettivo di combattere la pirateria, lo sfruttamento illegale dei contenuti e, più in generale, la violazione dei diritti di privativa, specie nell'odierno scenario in cui i servizi della società dell'informazione appaiono solo lontani parenti di quelli esistenti, e pertanto considerati, nel momento in cui veniva adottata la Direttiva sul commercio elettronico. Da qui, l'opportunità di prevedere con la direttiva 2019/790/UE, all'art. 17, un regime di responsabilità differenziato per una nuova figura di *internet service provider*, il prestatore di servizi di condivisione di contenuti *online*, previsto per le ipotesi in cui l'attività o il contenuto illecito si riferiscono a opere o altri contenuti protetti da diritti di proprietà intellettuale¹⁹.

L'articolo 17, paragrafo 1, della direttiva 2019/790/UE stabilisce che i fornitori di servizi di condivisione di contenuti *online* compiono un atto di comunicazione al pubblico o di messa a disposizione del pubblico quando offrono al pubblico l'accesso a opere protette dal diritto d'autore o ad altro materiale protetto caricato dai loro utenti, prevedendo in tali ipotesi la necessità che l'intermediario si attivi per ottenere l'autorizzazione da parte dei titolari dei diritti, ad esempio stipulando un contratto di licenza. Il legislatore europeo non fa segreto della finalità sottesa alla norma da ultimo menzionata, la quale non mira soltanto a garantire il rispetto dei diritti di privativa, bensì anche (e soprattutto) a promuovere lo sviluppo del mercato delle concessioni delle licenze tra i titolari di diritti e i prestatori di servizi

sancita dall'articolo 14(2) - ora 26(2) - del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

¹⁸ Si v. peraltro la Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio COM/2020/825 relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE.

¹⁹ E. GUTIÉRREZ GARCIA, *La libertad de expresión y de información frente a la propiedad intelectual en el Mercado Único Digital. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de abril de 2022 (Asunto C-401/19) (JUR 2022, 137892)*, in *Rev. der. patr.*, 58, 2022, p. RR 5.3.

di condivisione²⁰, alla luce dell'importanza che questo ricopre nel favorire l'innovazione, il progresso e la produzione di nuove opere dell'ingegno.

L'articolo 17, paragrafo 4, della direttiva 2019/790/UE introduce un regime di responsabilità specifico per l'ipotesi in cui non venga concessa la suddetta autorizzazione da parte dei titolari dei diritti. In particolare, a norma del suddetto paragrafo, i fornitori di servizi di condivisione di contenuti *online* possono essere esonerati dalla responsabilità per tali atti di comunicazione e messa a disposizione di contenuti che violano il diritto d'autore solo se dimostrano di: a) aver compiuto i massimi sforzi per ottenere un'autorizzazione, e b) aver compiuto, secondo elevati standard di diligenza professionale di settore, i massimi sforzi per assicurare che non siano disponibili opere e altri materiali specifici per i quali abbiano ricevuto le informazioni pertinenti e necessarie dai titolari dei diritti; e, in ogni caso, c) aver agito tempestivamente, dopo aver ricevuto una segnalazione sufficientemente motivata dai titolari dei diritti, per disabilitare l'accesso o rimuovere dai loro siti *web* le opere o altri materiali oggetto di segnalazione e aver compiuto i massimi sforzi per impedirne il caricamento in futuro conformemente alla lettera b).

Pertanto, ai sensi della lett. a) del citato art. 17, paragrafo 4 della Direttiva, il fornitore di servizi deve, in primo luogo, dimostrare di aver compiuto ogni sforzo per ottenere una licenza e, in secondo luogo, nell'ipotesi in cui non sia stato possibile ottenere dal titolare dei diritti l'autorizzazione alla loro condivisione *online*, a norma della lett. b) dello stesso articolo dovrà monitorare e verificare che sulla sua piattaforma non vi siano contenuti che violino i diritti di privativa e per i quali abbia ricevuto dai titolari le informazioni necessarie. Pertanto, nel caso in cui il titolare del diritto non sia attivato²¹ al fine di fornire le suddette informazioni, il fornitore di servizi non sarà tenuto a compiere alcuno sforzo ai sensi della sopracitata lett. b)²².

²⁰ Considerando n. 61 della Direttiva 2019/790/UE.

²¹ Nello stesso senso, si v. N. PETERS, J. H. SCHMIDT, *Das Ringen um Upload-Filter geht in die 2. Runde*, in *GRUR Int.*, 2019, p. 1006 ss.

²² Si v. G. SPINDLER, *To Upload or Not - An Analysis of Art. 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market*, in *12 Cuad. dir. transn.* 962, 2020, p. 970; K. STYLIANOU, N. ZINGALES, S. DI

Il sospetto che dalle suddette norme emerga implicitamente l'obbligo di adottare sistemi automatizzati di riconoscimento, filtraggio e blocco deriva precisamente dal fatto che non si comprenderebbe altrimenti in quale altro modo il prestatore di servizi *online* possa dimostrare di aver adottato, «in conformità con gli elevati standard di diligenza professionale del settore», misure atte a «garantire la non disponibilità» di opere e altri materiali identificati dai titolari dei diritti e «impedire il loro futuro caricamento»²³.

Nonostante l'almeno apparente contraddizione di una norma (per giunta di armonizzazione massima) che non indica gli strumenti da adottare per l'adempimento dell'obbligo di cui alla lett. b), lasciando al prestatore di servizi la libertà di scegliere il mezzo più adeguato²⁴, libertà che però risulta di fatto limitata a un solo mezzo a ragione dell'assenza di valide alternative in concreto, è pienamente condivisibile la scelta del legislatore europeo di fondare tale responsabilità sulla colpa specifica e sul richiamo a rigorosi «*high industry standards*». Difatti, grazie al suddetto richiamo, l'interprete potrà adeguare in via ermeneutica la norma in sede di applicazione, favorendo la configurazione di un sistema di responsabilità flessibile, che tenga conto dell'esigenza di garantire l'equilibrio tra i diversi diritti e interessi emergenti dal caso concreto a seconda delle peculiarità della fattispecie, avuto particolare riguardo alle dimensioni, all'organizzazione e alle possibilità tecniche del prestatore di servizi.

Altro aspetto particolarmente delicato del regime di responsabilità qui esaminato è la procedura di notifica e ritiro prevista alla lett. c) dell'art. 17, paragrafo 4. Si tratta di un meccanismo noto, in quanto già previsto dalla Direttiva sul Commercio Elettronico (Direttiva 2000/31), seppur con non trascurabili differenze, a iniziare dalla previsione dell'obbligo di impedire l'inoltro di contenuti («*stay-down*») che violano i diritti di proprietà intellettuale. Inoltre, tale obbligo sorge solo al «ricevimento di una notifica sufficientemente motivata da parte dei titolari dei

STEFANO, *Is Facebook keeping up with international standards on freedom of expression? A time-series analysis 2005-2020*, 2022, p. 41 ss., in <https://ssrn.com/abstract=4032703>.

²³ Si v. G. SPINDLER, *To Upload or Not*, cit., pp. 970-971.

²⁴ G. SPINDLER, *To Upload or Not*, cit., p. 989.

diritti», mentre, a differenza da quanto previsto dall'art. 14 della Direttiva 2000/31²⁵, non sembrerebbe configurarsi in caso di informazioni fornite da terzi, né nelle altre ipotesi in cui il prestatore del servizio abbia avuto effettiva conoscenza dell'illiceità del contenuto. Tale obbligo, infine, sembrerebbe porsi in maniera autonoma rispetto a quello di cui alla lett. b), pur suggerendo l'adozione di una soluzione unitaria che permetta l'adempimento contestuale di entrambi le obbligazioni, in quanto accomunate dalla necessità di procedere a una preventiva scansione e filtraggio dei contenuti caricati *online*.

Di preminente importanza ai fini dell'individuazione degli equilibri del sistema speciale di responsabilità delineato dall'art. 17 è il successivo paragrafo 5, il quale elenca una serie di criteri da prendere in considerazione ai fini della valutazione, alla luce del principio di proporzionalità, dell'adempimento degli obblighi di cui all'art. 17, paragrafo 4. Si tratta di una norma estremamente importante, specie se letta in combinato disposto con il richiamo alla diligenza professionale di cui alla lett. b) del paragrafo 4, in quanto da essa emerge l'intento di realizzare un regime di responsabilità il più possibile flessibile, caratteristica questa ineludibile per una disciplina avente ad oggetto un'attività estremamente mutevole a ragione della rapida e continua evoluzione tecnologica. Circostanza questa confermata anche dal successivo paragrafo 6, il quale differenzia gli obblighi in capo ai prestatori di servizi, graduandone di risulta le responsabilità, a seconda delle loro dimensioni²⁶. Ai fini della trattazione della questione dell'ammissibilità dei sistemi automatizzati di filtraggio, non possono non rilevare il disposto dal paragrafo 8, dell'art. 17 – il quale conferma il principio, ormai consolidato in materia, dell'assenza di un obbligo generale di sorveglianza²⁷ – e la disposizione di cui al successivo paragrafo

²⁵ Su questo tema si v.: Raccomandazione (UE) 2018/334 della Commissione europea, del 1° marzo 2018, sulle misure per combattere efficacemente i contenuti illegali online (C/2018/1177), GUUE, L 63, 6.3.2018, pp. 50-61.

²⁶ Si v. M. BELLÌ, *La responsabilità dei «prestatori di servizi di condivisione di contenuti online» ai sensi della dir. 2019/790/UE*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 2020, 2, 551; M. A. ASTONE, *Digital services act e nuovo quadro di esenzione dalla responsabilità dei prestatori di servizi intermediari: quali prospettive?* in *Contr. Impr.*, 2022, 4, 1050.

²⁷ Sul punto, si v. Corte giust., 3 ottobre 2019, c. 18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited*, in *www.curia.europa.eu*, la CGUE ha affrontato la questione della demarcazione

9, il quale prevede che i prestatori dei suddetti servizi istituiscano un meccanismo di reclamo e ricorso celere ed efficace che sia disponibile agli utenti dei loro servizi in caso di controversie in merito alla disabilitazione dell'accesso a, o alla rimozione di, specifiche opere o altri materiali da essi caricati.

Di sicuro interesse ai fine del presente commento è la circostanza che il citato paragrafo 9 dell'art. 17, nel disciplinare i reclami, specifichi che le decisioni volte a disabilitare l'accesso o a rimuovere i contenuti caricati sono soggette a verifica umana, lasciando intendere che le altre fasi di gestione dei contenuti caricati *online* prese in considerazione dalla direttiva, principalmente quelle volte all'adempimento degli obblighi di cui alle lett. b) e c), possono essere automatizzate e quindi, presumibilmente, uno Stato membro non potrebbe escluderle in sede di trasposizione²⁸.

Come si è visto, nell'economia della decisione della Corte, la previsione del suddetto obbligo di prevedere procedure di reclamo e ricorso sembra aver avuto un peso determinante nel ritenere proporzionata la limitazione della libertà di espressione operata dai sistemi automatizzati di filtraggio. Difatti, l'introduzione di tali procedure, in caso di controversie relative all'impossibilità di accedere o rimuovere i contenuti caricati dagli utenti, consente di recuperare quella valutazione umana che, come si vedrà in seguito, appare necessaria almeno in alcune particolare ipotesi. In tal modo, pertanto, ragioni di efficienza ed economicità sembrerebbero aver guidato il legislatore verso la previsione di una sorta di doppio livello: un controllo di primo livello massivo necessariamente automatizzato e dagli esiti non definitivi; un controllo di secondo livello individuale e umano, volto a confermare o rettificare la valutazione della macchina.

tra obblighi di monitoraggio generali (vietati) e specifici (consentiti), come elencati nel considerando 47 della direttiva sul commercio elettronico. In questo contesto, la CGUE ha ritenuto che l'obbligo del fornitore di servizi di rimuovere o bloccare contenuti simili non comporti un obbligo generale di monitoraggio e, in particolare, non vi sarebbe alcun obbligo di effettuare ricerche attive. In altre parole, la CGUE ritiene che l'uso di tecnologie automatizzate basate su «dettagli specifici» sia sufficiente perché non venga ancora assunto un obbligo di monitoraggio attivo e generale da parte del fornitore.

²⁸ Si v. B. TASSONE, *Quando un hosting provider è responsabile per le violazioni del copyright? La parola, di nuovo, alla grande sezione della corte di giustizia*, in *Resp. civ. prev.*, fasc. 6, 2021, p. 16 ss.

4. Il bilanciamento tra la libertà di espressione e i diritti di privata: un problema di proporzionalità

Dall'analisi della disciplina di cui all'art. 17 della Direttiva (UE) n. 2019/790 emerge, pertanto, un quadro particolarmente complesso e non privo di contraddizioni. In particolare, per quel che qui interessa, un regime di responsabilità che, pur non menzionando espressamente l'obbligo di utilizzare sistemi automatizzati di filtraggio, non sembra lasciare spazio ad alternative effettivamente percorribili in concreto, ponendo allo stesso tempo dei limiti che non sembrerebbero pienamente compatibili con il loro impiego. Il tutto accompagnato dalla necessità di verificare in concreto che l'eventuale impiego dei suddetti strumenti non determini limitazioni sproporzionate della libertà di espressione e realizzi il giusto contemperamento tra i diversi diritti in gioco, così come sembra indicare la Corte di Giustizia con la sentenza in commento.

Sul punto, pertanto, considerata l'incertezza del quadro sin qui abbozzato, può contribuire a gettare luce l'analisi dei precedenti in cui la Corte si è ritrovata a decidere su analoga questione²⁹, seppur rispetto a una disciplina ben diversa. In particolare, è interessante notare come il Giudice di Lussemburgo in passato non abbia negato che l'adozione degli stessi potesse in astratto risultare conforme al diritto comunitario, pur rilevando come la previsione dell'obbligo di adottare sistemi automatizzati di filtraggio – consistendo nell'adozione da parte dei

²⁹ Corte giust., 3 ottobre 2019, c. 18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited*, in www.curia.europa.eu; Corte. giust., 24 novembre 2011, c. 70/10, *Scarlet Extended SA v Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, punti 47-48, in www.curia.europa.eu; Corte. giust., 16 febbraio 2012, c. 360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) c. Netlog NV*, punti 34, in www.curia.europa.eu. In particolare, la Corte di Giustizia ha affermato che un sistema di filtraggio imposto «causerebbe una grave violazione della libertà di impresa, poiché obbligherebbe a predisporre un sistema informatico complesso, costoso, permanente e unicamente a suo carico», nonché «sarebbe incompatibile con l'articolo 3 della direttiva 2004/48, il quale enuncia che le misure contemplate da detta direttiva devono essere eque, proporzionate e non eccessivamente costose». Diversamente, la giurisprudenza italiana ha affermato che l'impiego di tali sistemi pregiudicherebbe la diffusione delle informazioni attraverso la rete. Si v., in particolare Trib. Torino, 7 aprile 2017, in *Dir. e giust.*, 3 luglio 2017; Trib. Roma, 15 luglio 2016, in *Diritto d'autore*; App. Milano, sez. spec. impresa, 7 gennaio 2015, in *Riv. dir. ind.*, 2017, II, 4.

prestatori di servizi di sistemi informatici complessi, costosi e permanenti – potesse configurare una lesione della libertà di iniziativa economica, in quanto limitazione sproporzionata di tale libertà rispetto all'esigenza di garantire una tutela effettiva dei diritti d'autore³⁰.

La precedente giurisprudenza della Corte, pertanto, non chiudeva affatto la porta all'adozione dei sistemi automatizzati in parola – basti pensare che oggi, grazie all'evoluzione delle tecnologie disponibili, non può più sostenersi che l'adozione dei suddetti sistemi costituiscano un costo eccessivamente gravoso per gli *internet service provider*, e, pertanto, sembrerebbe caduto uno dei principali ostacoli individuati dal giudice europeo – risolvendo la questione alla luce dell'individuazione di un equilibrio tra i diritti in gioco sbilanciato in favore dei prestatori dei servizi della rete, seguendo in tal modo la direzione già tracciata dalla normativa applicabile (la Direttiva sul commercio elettronico).

Ragion per cui, diviene interessante comprendere la direzione prescelta dalla Corte, con la sentenza in commento, nell'applicare una disciplina, la Direttiva 2019/790/UE, che, nella ricerca del suddetto equilibrio, intende primariamente riequilibrare i rapporti in favore dei titolari dei diritti d'autore, e ove il conflitto si pone, più che con la libertà di iniziativa economica degli intermediari di internet, con la libertà di manifestazione del pensiero degli utenti.

La necessità che l'adozione di sistemi automatizzati di filtraggio venga valutata alla luce dell'esigenza di garantire un giusto equilibrio (in concreto) tra la libertà di manifestazione del pensiero e gli altri diritti meritevoli che vengono in rilievo rispetto all'utilizzo di tali strumenti, in particolare i diritti dei titolari di privative industriali o intellettuali, impone di soffermarsi brevemente sui presupposti e sui limiti in base ai quali la suddetta libertà fondamentale può essere limitata.

³⁰ G. M. RICCIO, *Responsabilità delle piattaforme e sistemi di filtraggio: quale destino per la normativa italiana sul diritto d'autore?* in *Nuova Giur. civ.*, 2022, 5, 1032, p. 4 ss; G. FROSIO, *Il diritto d'autore nel mercato unico digitale - l'art. 17, dir. 790/2019: i diritti fondamentali restano sospesi*, in *Giur. it.*, 2022, 5, 1253, p. 5 ss.

È noto come la «libertà di espressione» sia un diritto umano fondamentale, previsto dall'articolo 10 della Carta europea dei diritti dell'uomo (CEDU)³¹ e dall'articolo 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea³², nonché come si tratti di situazione giuridica fondamentale caratterizzata da un contenuto complesso e ampio, che abbraccia non solo la libertà di espressione in senso stretto, ma anche la libertà di avere opinioni e di ricevere e diffondere informazioni e idee senza interferenze da parte dell'autorità pubblica e indipendentemente dalle frontiere³³. Inoltre, non appare privo di rilievo il fatto che, secondo l'articolo 52, paragrafo 3 della Carta³⁴, entrambe le disposizioni normative poc' anzi citate hanno ad oggetto diritti dotati del medesimo significato, o, quantomeno, della stessa portata. Ne consegue che l'articolo 11 della Carta deve essere interpretato anche

³¹ Art. 10 CEDU. Libertà di espressione. 1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'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. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive. 2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario.

³² Art. 11 CDFUE. Libertà di espressione e d'informazione: 1. Ogni persona ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto 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. 2. La libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati.

³³ Con riferimento all'articolo 11 della Carta, v. F. DONATI, *Art. 11*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, p. 101; P. PIRODDI, *Commento all'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, p. 1693 ss. e R. MASTROIANNI, G. STROZZI, *Art. 11 Libertà di espressione e d'informazione*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di) *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 219.

³⁴ Articolo 52.3. Portata e interpretazione dei diritti e dei principi: Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa.

alla luce dell'articolo 10 della CEDU³⁵ e della relativa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Chiarita la base giuridica a livello europeo, non si dubita del particolare rilievo che la libertà di manifestare il proprio pensiero e il diritto di informarsi hanno assunto nel *cyber* spazio. Difatti, l'uso di *Internet*, in particolare delle piattaforme di condivisione dei contenuti, costituisce oggi uno dei principali strumenti per l'esercizio della libertà di espressione, grazie alla sua accessibilità e alla sua capacità di immagazzinare e diffondere grandi quantità di dati, contribuendo in modo significativo ad ampliare e facilitare l'accesso del pubblico alle informazioni, nonché moltiplicando esponenzialmente le possibilità di diffondere le proprie opinioni a un uditorio tendenzialmente sconfinato³⁶.

Ciò puntualizzato, la libertà di espressione, al pari di ogni altro diritto fondamentale, può essere oggetto di limitazioni. Difatti, i diritti fondamentali sono precetti di ottimizzazione di un valore³⁷, in altri termini, si tratta di corpi giuridici che sono funzionalmente orientati alla più ampia realizzazione possibile del valore che incorporano. Da ciò deriva che, nell'avanzare la suddetta pretesa, essi incontrano il limite costituito da analoghe pretese avanzate da altri diritti fondamentali. Pertanto, la misura della realizzazione del diritto (e del valore)

³⁵ Per quanto riguarda la libertà di espressione nel contesto della CEDU, si segnalano V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, R. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2016; S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, CEDAM, Padova, 2012; V. BERGER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sirey, Paris, 2011; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Presses universitaires de France (PUF), 2011; M. DE SALVIA e V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, voll. I, II, III, Giuffrè, Milano, 2006-8; S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione Europea per la Tutela dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentale*, CEDAM, Padova, 2001, p. 337 ss.; G. COHEN-JONATHAN, *Article 10*, in L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.H. IMBERT (a cura di), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, Economica*, Parigi, 1999, p. 367 ss.; M. CASTELLANETA, e M. OROFINO, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti*, Torino, 2014, p. 9 ss.

³⁶ In effetti, secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, l'articolo 10 della CEDU garantisce la libertà di espressione e d'informazione a qualsiasi persona e riguarda non solo il contenuto delle informazioni ma anche i mezzi di diffusione, poiché qualsiasi restrizione a tali mezzi incide sul diritto di ricevere e comunicare informazioni.

³⁷ R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 75 ss.; ID., *On the Structure of legal Principles*, in *Ratio Juris*, 2000, p. 294 ss. Cfr. K. LARENZ, *Derecho justo*, cit., p. 32 ss.

dipenderanno dal confronto (e bilanciamento) con altri diritti fondamentali che vengono in rilievo rispetto a un determinato caso concreto³⁸. Oltre alla corretta considerazione che tale bilanciamento dipenderà dal diverso peso del valore incorporato³⁹, in questo momento interessa porre in evidenza che, in ogni caso, ciò comporta che la misura normale della loro realizzazione è graduale o parziale.

Ragion per cui, la garanzia dell'effettività della libertà di manifestazione del pensiero non è in ogni caso incompatibile con disposizioni normative che ne comportino la limitazione, a condizione che queste siano poste dalla legge, nonché che siano giustificate e proporzionate⁴⁰ rispetto all'obiettivo da raggiungere.

Il principio di proporzionalità assume nei casi in questione un ruolo fondamentale. Difatti, è il principio in parola che, nella scelta dello strumento per la realizzazione di un determinato diritto o interesse, impone di optare per quello che in concreto risulti sia idoneo che necessario, nonché proporzionale in senso stretto. Pertanto, un sistema automatizzato di filtraggio dei contenuti potrà essere considerato proporzionato (e quindi legittimo) solo a condizione che si dimostri che il suo utilizzo sia idoneo alla realizzazione di un diritto o di un interesse meritevole (nel caso di specie, la tutela del diritto d'autore), nonché esso sia anche necessario, ovvero sia che non esista altro strumento che, pur essendo ugualmente idoneo al fine, comporti una minore restrizione della libertà di espressione. Infine, sarà

³⁸ Cfr. R. ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 75 ss.; ID., *On the Structure of legal Principles*, cit., p. 294 ss.

³⁹ E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, cit., p. 186.

⁴⁰ Secondo il principio di proporzionalità, le restrizioni possono essere effettuate solo quando sono necessarie e rispondono effettivamente a obiettivi di interesse generale riconosciuti dall'Unione o alla necessità di proteggere i diritti e le libertà altrui. Giova notare che il principio di proporzionalità si compone di tre componenti (o sotto-principi): l'idoneità (*Geeignetheit*), che indica la capacità dei mezzi impiegati di raggiungere il fine prestabilito; la necessità (*Erforderlichkeit*), che designa l'in-sostituibilità del mezzo con un altro meno gravoso; e la proporzionalità in senso stretto (*Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*), che specifica il requisito secondo cui i mezzi adottati, anche se idonei e necessari, non devono nel complesso essere troppo gravosi rispetto alla convenienza del risultato raggiungibile. Il principio di proporzionalità in senso stretto «implica la verifica che i mezzi impiegati siano non solo idonei, non solo necessari su un piano meramente tecnico di ottimalità rispetto al fine, ma - oltre che idonei e necessari - non intollerabilmente onerosi e gravosi: sia quando i costi a carico del cittadino potrebbero essere incompatibili con la salvaguardia di alcuni dei suoi valori costituzionali, sia quando la composizione tra costi e benefici potrebbe risultare squilibrata e scompensata». S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, p. 224 ss.

necessario verificare che il sistema di filtraggio, seppur idoneo e necessario, determini una compressione della libertà di manifestazione del pensiero intollerabile, in quanto lesiva del suo nucleo fondamentale e totalmente sbilanciata in favore di un interesse di tipo economico (principio di proporzionalità in senso stretto).

Infine, occorre che la limitazione della libertà fondamentale trovi la propria fonte in norme chiare e precise, che ne disciplinino in maniera precisa l'ambito di applicazione e ne stabiliscano i presupposti, in modo che i cittadini siano equipaggiati con garanzie sufficienti che li ponga al riparo dal rischio di possibili abusi.

La necessità che la limitazione della libertà di manifestazione del pensiero sia accompagnata da garanzie, sostanziali e procedurali, risponde anche alle peculiarità dell'ambito di cui si tratta, ovverosia quello del trattamento automatizzato⁴¹, particolarmente insidioso a ragione dei meccanismi di funzionamento che lo contraddistinguono, i quali lo rendono potenzialmente idoneo a dar luogo a violazioni indiscriminate dei diritti degli utenti. Ciò specialmente in un settore, quello del diritto d'autore, in cui non sembra sempre possibile prescindere dalla valutazione umana nella distinzione tra ciò che costituisce un illecito (la riproduzione non autorizzata di un'opera coperta da diritti di privativa) e ciò che, all'opposto, costituisce la manifestazione di una libertà fondamentale (come ad es. la parodia o la satira).

Pertanto, sulla falsariga delle considerazioni che precedono, la Corte con la sentenza c-401/2019 ha potuto sostenere che gli obblighi imposti dall'articolo 17, paragrafo 4, della direttiva 2019/790/UE non limitano in modo sproporzionato il diritto alla libertà di espressione e d'informazione degli utenti di tali servizi, in quanto: a) sono escluse le misure che filtrano e bloccano i contenuti leciti caricati dagli utenti⁴²; b) i fornitori di servizi di condivisione di contenuti *online* sono tenuti

⁴¹ In questo senso, si v. Corte giust., 16 luglio 2020, c. 311/18, Data Protection Commissioner c. Facebook Ireland Limited e Maximilian Schrems, in www.curia.europa.eu, paragrafo 176.

⁴² In questo contesto, va ricordato che la Corte di giustizia ha già avuto modo di affermare che un sistema di filtraggio potrebbe non distinguere in maniera adeguata tra contenuti illeciti e

a informare i propri utenti della possibilità di utilizzare opere e altri materiali protetti ove sussistano eccezioni o limitazioni al diritto d'autore e ai diritti connessi previste dal diritto dell'Unione; c) nell'ipotesi in cui i titolari dei diritti di privativa non forniscano ai prestatori dei servizi di condivisione le informazioni pertinenti e necessarie, questi non saranno tenuti a rendere indisponibili i contenuti lesivi dei suddetti diritti; d) l'applicazione dell'art. 17 non implica alcun obbligo generale di monitoraggio, ma impone un'ulteriore garanzia per il rispetto della libertà di espressione e di informazione degli utenti dei servizi di condivisione di contenuti *online*, implicando che i fornitori di servizi non possano essere obbligati a impedire il caricamento e la messa a disposizione del pubblico di contenuti il cui eventuale carattere illecito potrebbe essere rilevato solo mediante una valutazione autonoma del loro contenuto alla luce delle informazioni fornite dai titolari dei diritti; e) l'obbligo per i fornitori di servizi di condivisione di contenuti *online* di istituire meccanismi di ricorso rapidi ed efficaci in caso di controversie in merito alla disabilitazione dell'accesso a, o alla rimozione di, specifiche opere o altri materiali da essi caricati⁴³.

Pertanto, tra le pieghe della motivazione posta dalla Corte a supporto della propria decisione emerge come la questione dell'ammissibilità dei sistemi preventivi di riconoscimento e filtraggio sia in sostanza una questione di esigibilità tecnica. Difatti, per poter considerare legittima e proporzionata la limitazione della libertà fondamentale di espressione causata dall'operatività dei suddetti strumenti, diviene dirimente il fatto che questi siano effettivamente in grado di riconoscere e distinguere i contenuti illeciti e siano congegnati in modo tale da escludere la

leciti, cosicché il suo impiego potrebbe avere l'effetto di causare il blocco delle comunicazioni con contenuto lecito, risultando il suo impiego incompatibile con il diritto alla libertà di espressione e di informazione garantito dall'articolo 11 della Carta (cfr., in tal senso, la sopra citata sentenza Corte. giust., 16 febbraio 2012, c. 360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) c. Netlog NV*, in www.curia.europa.eu, punti 50 e 51, e la giurisprudenza ivi citata).

⁴³ Si v. i paragrafi 85-96 della sentenza in questione.

possibilità di dar luogo al filtraggio e al blocco di un contenuto che non viola il diritto d'autore⁴⁴. Proprio questo è l'aspetto che offre le maggiori incertezze.

Difatti, pur avendo ricevuto le informazioni pertinenti e necessarie da parte dei titolari dei diritti, si fatica a comprendere come un meccanismo automatizzato sia in grado di compiere una valutazione estremamente delicata, che non sembra poter prescindere dal contributo umano. Una macchina può raccogliere, comparare, analizzare ed elaborare una enorme quantità di dati in maniera quasi immediata, in tal modo potendo rilevare la totale o parziale coincidenza tra gli elementi identificativi di un'opera protetta dal diritto d'autore e le caratteristiche del contenuto caricato *online* dall'utente, ma difficilmente potrà discernere quei casi in cui, ad es., il suddetto contenuto richiama le caratteristiche di un'opera nota per renderla oggetto di satira o parodia⁴⁵. Difatti, e probabilmente è questo il nucleo della questione, ciò che uno strumento automatizzato, per quanto sofisticato e intelligente, non riesce sempre o, comunque, correttamente a rilevare è il contesto in cui vengono riprodotti gli elementi caratteristici dell'opera e la finalità della citazione, soprattutto nel momento in cui si riconosca che il principale discrimine tra una parodia e l'opera dell'ingegno da cui questa trae ispirazione è precisamente il modo in cui la prima viene «percepita» dal pubblico (umano), ossia come un qualcosa di diverso dall'opera parodiata⁴⁶.

⁴⁴ Si v. al riguardo Corte giust., 22 giugno 2021, c. 682/18 Frank Peterson c. Google LLC e c. 683/18 Elsevier Inc. c. Cyando AG, in *www.curia.europa.eu*, Opinione dell'AG Saugmandsgaard, paragrafo 243; M. MONTAGNANI, *A New Liability Regime for Illegal Content in the Digital Single Market Strategy*, in *The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, 2020, p. 304; G. FROSIO, *To Filter or Not to Filter? That is the Question in EU Copyright Reform*, in *Cardozo Arts & Entertainment*, 36(2), 2018, p. 101 ss.; E. ENGSTROM, N. FEAMSTER, *The Limits of Filtering: A Look at the Functionality and Shortcomings of Content Detection Tools*, in *Engine*, 2017, p. 18 ss.

⁴⁵ Se ne avvede lo stesso legislatore europeo nel momento in cui si premura di specificare al paragrafo 7 dell'art. 17 che "Gli Stati membri provvedono affinché gli utenti in ogni Stato membro possano avvalersi delle seguenti eccezioni o limitazioni esistenti quando caricano e mettono a disposizione contenuti generati dagli utenti tramite i servizi di condivisione di contenuti online: a) citazione, critica, rassegna; b) utilizzi a scopo di caricatura, parodia o pastiche".

⁴⁶ «[...] la parodia ha come caratteristiche essenziali, da un lato, quella di evocare un'opera esistente, pur presentando percettibili differenze rispetto a quest'ultima, e, dall'altro, quella di costituire un atto umoristico o canzonatorio. La nozione di «parodia», ai sensi di detta disposizione, non è soggetta a condizioni in base alle quali la parodia dovrebbe mostrare un proprio carattere originale, diverso dalla presenza di percettibili differenze rispetto all'opera

Ragion per cui, l'ammissibilità dei sistemi automatizzati di filtraggio, in definitiva, sembrerebbe in gran parte rimessa alla capacità dell'*internet service provider* di adempiere l'obbligo di predisporre un meccanismo di reclamo e ricorso celere ed efficace in caso di controversie in merito alla disabilitazione dell'accesso o alla rimozione di specifiche opere o altri materiali da essi caricati. Difatti, è su questo controllo di secondo livello che inevitabilmente finirà per spostarsi la valutazione circa la proporzionalità della limitazione della libertà di espressione degli utenti, sulla quale non potrà non incidere quella elevata diligenza professionale di settore richiamata dall'art. 17, paragrafo 4, lett. b), avuto particolare riguardo alle dimensioni e all'organizzazione del prestatore di servizi.

5. Conclusioni

Non resta che dedicare qualche cenno alle ripercussioni della decisione della Corte sulla normativa italiana di recepimento, le quali inoltre offrono l'occasione per delle rapide considerazioni conclusive.

In particolare, si accennava come la Corte, con la sentenza c-401/2019 abbia precisato che gli Stati membri sono tenuti, in occasione della trasposizione dell'articolo 17 della direttiva 2019/790 nel loro ordinamento interno, a fondarsi su un'interpretazione di tale disposizione atta a garantire un giusto equilibrio tra i diversi diritti fondamentali tutelati dalla Carta. Inoltre, in sede di attuazione delle misure di recepimento di tale disposizione, le autorità e i giudici degli Stati membri devono non solo interpretare il loro diritto nazionale in modo conforme a detta disposizione, ma anche provvedere a non fondarsi su un'interpretazione di essa che entri in conflitto con i summenzionati diritti fondamentali o con gli altri principi generali del diritto dell'Unione, come il principio di proporzionalità.

originale parodiata, dovrebbe poter essere ragionevolmente attribuita ad una persona diversa dall'autore stesso dell'opera originale, dovrebbe essere incentrata proprio sull'opera originale o dovrebbe indicare la fonte dell'opera parodiata». Così Corte. Giust., 3 settembre 2014, c. 201/13, Johan Deckmyn e Vrijheidsfonds VZW c. Helena Vandersteen in www.curia.europa.eu; Cfr. Trib. Milano, Sez. Proprietà Industriale e Intellettuale, 14 luglio 2011; Trib. Venezia Sez. spec. Impresa, 07 novembre 2015.

A tal riguardo, l'Italia ha recepito la direttiva in parola con il D.Lgs. n. 177 dell'8 novembre 2021, il quale ha modificato molteplici (e rilevanti) disposizioni della Legge sul Diritto d'Autore (Legge n. 633 del 22 aprile 1941), in particolare, per quel che qui interessa, l'art. 102-septies della legge n. 633/1941, il quale ora riproduce pedissequamente il dettato dell'art. 17 della direttiva sul diritto d'autore.

Ragion per cui, considerata la perfetta coincidenza tra la disciplina italiana di recepimento e il suddetto art. 17, il gravoso compito di individuare un giusto equilibrio tra la libertà di iniziativa economica dei prestatori di servizi, la libertà di manifestazione di pensiero degli utenti e i diritti dei titolari di diritti di privativa ricadrà quasi interamente sul giudice chiamato a interpretare e applicare tale normativa.

Trattasi di una soluzione, in realtà, affatto deprecabile. Difatti, in un settore caratterizzato dalla continua e rapida evoluzione tecnologica, una disciplina eccessivamente dettagliata posta mediante fonti primarie non appare idonea, in quanto rischia di non tenere il passo delle trasformazioni delle attività disciplinate e, pertanto, di nascere già obsoleta. Ben più adeguato si presenta un approccio che privilegi i principi e i diritti fondamentali che devono trovare attuazione (e un equilibrio) rispetto alle peculiari caratteristiche del caso concreto, da un lato, e la valorizzazione della diligenza professionale, dall'altro.

Solo seguendo tali percorsi sarà possibile individuare una soluzione al complesso triangolo formato dagli utenti, i fornitori di servizi della società dell'informazione e i titolari di diritti di privativa industriale o intellettuale, prendendo atto dell'impossibilità di garantire tutti i diritti allo stesso tempo e assumendo la responsabilità di individuare volta per volta il «giusto equilibrio» tra di essi rispetto a ogni singolo caso concreto.