

COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

— 47 —

**GIANDONATO CAGGIANO, GIANLUCA CONTALDI,
PIETRO MANZINI**
(a cura di)

**VERSO UNA LEGISLAZIONE EUROPEA
SU MERCATI E SERVIZI DIGITALI**



CACUCCI
EDITORE
2021

COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

Direzione

Ennio Triggiani Ugo Villani
Giandonato Caggiano

Comitato scientifico

Mads Andenas, Sergio M. Carbone, Marta Cartabia, Gianluca Contaldi, Carlo Curti Gialdino, Biagio De Giovanni, Angela Del Vecchio, Angela Di Stasi, Paolo Fois, Marc Jaeger, Diego J. Liñán Nogueras, Roberto Mastroianni, Paolo Mengozzi, Claudia Morviducci, Bruno Nascimbene, Lina Panella, Ornella Porchia, Guido Raimondi, Lucia Serena Rossi, Mario Sarcinelli, Silvana Sciarra, Giuseppe Tesaro, Christian Tomuschat, Gian Luigi Tosato, Claudio Zanghì

Comitato dei referees: Pia Acconci, Roberto Adam, Chiara Amalfitano, Amedeo Arena, Roberto Baratta, Maria Eugenia Bartoloni, Maria Caterina Baruffi, Francesco Bestagno, Franco Botta, Ruggiero Cafari Panico, Susana Cafaro, Cristina Campiglio, Andrea Cannone, Giovanni Cellamare, Bernardo Cortese, Antonella Damato, Carmela Decaro, Patrizia De Pasquale, Marcello Di Filippo, Giuseppe Di Gaspere, Davide Diverio, Ugo Draetta, Fabio Ferraro, Pietro Gargiulo, Italo Garzia, Edoardo Greppi, Massimo Iovane, Simone Marinai, Fabrizio Marongiu Buonaiuti, Gerardo Martino, Maria Rosaria Mauro, Francesco Moliterni, Luciano Monzali, Paola Mori, Francesco Munari, Lorenzo Federico Pace, Franca Papa, Nicoletta Parisi, Marco Pedrazzi, Piero Pennetta, Emanuela Pistoia, Francesco Rossi Dal Pozzo, Andrea Santini, Girolamo Strozzi, Marisa Tufano, Chiara Enrica Tuo, Michele Vellano, Gabriella Venturini, Gianfranco Viesti, Alessandra Zanobetti

I volumi pubblicati in questa Collana sono sottoposti a referaggio anonimo, con la sola eccezione di quelli caratterizzati dalla particolare autorevolezza scientifica o dalla specifica competenza dell'Autore nell'argomento trattato.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2021 Cacucci Editore - Bari

Via Nicolai, 39 - 70122 Bari – Tel. 080/5214220

<http://www.cacucci.it> e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

INDICE

SEZIONE PRIMA QUESTIONI GIURIDICHE CONNESSE AD UNA REGOLAMENTAZIONE DEI SERVIZI DIGITALI

GIANDONATO CAGGIANO, La proposta di <i>Digital Service Act</i> per la regolazione dei servizi e delle piattaforme <i>online</i> nel diritto dell'Unione europea	3
GIUSEPPE MORGESE, Proposta di <i>Digital Services Act</i> e rimozione dei contenuti illegali <i>online</i>	31
GIANPAOLO MARIA RUOTOLO, La disciplina europea della responsabilità dei fornitori di servizi online tra regime pregresso, proposte di riforma e un rischio di <i>bis in idem</i>	59
ROBERTO CISOTTA, L'accesso alle piattaforme come servizio: spunti di riflessione	71
FLAVIA CALOPRISCO, <i>Data Governance Act</i> , condivisione e "altruismo" dei dati	81

SEZIONE SECONDA QUESTIONI GIURIDICHE CONNESSE AD UNA REGOLAMENTAZIONE DEI MERCATI DIGITALI

PIETRO MANZINI, Equità e contendibilità dei mercati digitali: il <i>Digital Markets Act</i>	99
CRISTOFORO OSTI, Il <i>Digital Markets Act</i> tra regolazione e concorrenza	123
VALERIA FALCE e NICOLA FARAONE, <i>Digital Markets Act</i> : profili istituzionali	143
CRISTINA SCHEPISI, <i>Digital Markets Act</i> e <i>private enforcement</i>	155

SEZIONE TERZA
QUESTIONI GENERALI

FABRIZIO MARONGIU BUONAIUTI, L'ambito di applicazione territoriale del <i>Digital Markets Act</i> e del <i>Digital Services Act</i>	171
MARCO INGLESE, La protezione dei consumatori nel mercato unico digitale tra equilibri sedimentati e nuove esigenze	189
GIANLUCA CONTALDI, La proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale e la protezione dei dati personali	207
MICHELE MESSINA, Il mercato unico digitale e la pratica del geo-blocco nel settore dei servizi audiovisivi tra diritto <i>antitrust</i> e tutela dei diritti d'autore	231

GIUSEPPE MORGESE*

PROPOSTA DI *DIGITAL SERVICES ACT* E RIMOZIONE DEI CONTENUTI ILLEGALI *ONLINE*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il quadro normativo attualmente vigente. – 3. L'ambito di applicazione della proposta DSA e la regolamentazione di alcuni settori specifici. – 4. *Segue*: le rilevanti previsioni a carattere generale e gli obblighi di rimozione “a cerchi concentrici”. – 5. *Segue*: rimozione e controllo pubblico. – 6. Conclusioni.

1. Una delle questioni più sensibili affrontate dalla proposta di *Digital Services Act* (proposta DSA)¹ – e, più in generale, del mercato unico digitale dell'Unione europea² – concerne la predisposizione di norme efficaci sulla rimozione dei contenuti illegali *online* generati dagli utenti (*user-generated content*). Secondo l'art. 2, lett. g), della proposta DSA, un contenuto illegale è “qualsiasi informazione che, di per sé o in relazione ad un'attività, tra cui la vendita di prodotti o la prestazione di servizi, non è conforme alle disposizioni normative dell'Unione o di uno Stato membro, indipendentemente dalla natura o dall'oggetto specifico di tali disposizioni”. Rientrano in tale definizione contenuti *online* di diverso tipo,

* Associato di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Bari.

¹ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 dicembre 2020, relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE, COM(2020)825 final, sulla quale v. in generale G. CAGGIANO, *La proposta di Digital Service Act per la regolazione dei servizi e delle piattaforme online nel diritto dell'Unione europea*, in *I Post di AISDUE*, III (2021), aisdue.eu, *Focus* “Servizi e piattaforme digitali”, n. 1, 18 febbraio 2021, reperibile *online*, nonché in questo volume. La proposta DSA – assieme alle proposte di *Digital Markets Act* (sulla quale cfr. G. CONTALDI, *Il DMA (Digital Markets Act) tra tutela della concorrenza e protezione dei dati personali*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, p. 292 ss., e P. MANZINI, *Equità e contendibilità nei mercati digitali: la proposta di Digital Market Act*, in *I Post di AISDUE*, III (2021), aisdue.eu, *Focus* “Servizi e piattaforme digitali”, n. 2, 25 febbraio 2021, reperibile *online*, nonché in questo volume) e di *Data Governance Act* (v. F. CALOPRISCO, *Data Governance Act. Condivisione e “altruismo” dei dati*, *ivi*, n. 3, 5 maggio 2021, reperibile *online*, nonché in questo volume) – rappresenta una delle iniziative più recenti della “impetuosa” attività di regolamentazione del mercato unico digitale portata avanti dall'UE negli ultimi anni.

² Per una ricognizione del quadro generale, v. G. CAGGIANO, *Il quadro normativo del Mercato unico digitale*, in *Eurojus*, fascicolo speciale “Mercato Unico Digitale, dati personali e diritti fondamentali”, a cura di F. Rossi Dal Pozzo, 2020, p. 13 ss.

quali ad es. la vendita di merci pericolose o beni contraffatti, la diffusione di contenuti piratati, i discorsi d'odio (*hate speech*), i contenuti e materiali pedopornografici, terroristici, razzisti e xenofobi, nonché, sotto alcuni profili, i contenuti indesiderati di tipo disinformativo.

Nei confronti della rimozione di simili contenuti, si pone un problema di bilanciamento tra la necessità di proteggere i beni giuridici colpiti dalla loro diffusione, beni che spesso si ricollegano a diritti fondamentali (es. il principio di non discriminazione, la tutela dei minori, la tutela della sicurezza pubblica, la tutela della proprietà intellettuale), e quella di non comprimere oltre misura altri diritti fondamentali quali, *in primis*, la libera manifestazione del pensiero e la libera informazione. L'esigenza di un simile bilanciamento è tenuta in conto dalla proposta DSA che, all'art. 1, par. 2, si ripropone di "stabilire norme uniformi per un ambiente online sicuro, prevedibile e affidabile, in cui i diritti fondamentali sanciti dalla Carta siano tutelati in modo effettivo".

2. L'azione dell'UE contro la diffusione dei contenuti illegali *online* non è una novità della proposta DSA. Essa, al contrario, già ora consta di misure legislative, non legislative e volontarie di carattere sia generale (applicabili, cioè, a tutti i contenuti illegali) sia speciale (in ragione della particolarità di determinati contenuti).

Il quadro generale è dettato dalla direttiva 2000/31 sul commercio elettronico (*eCommerce*)³, che risulta particolarmente favorevole agli *Internet Service Providers* (ISP o prestatori intermediari) in quanto non prevede specifici obblighi ma solo un "onere" di rimozione (o disabilitazione) dei contenuti illegali *online* affinché quei prestatori possano avvalersi dell'esonero dalla responsabilità per le attività svolte dai propri utenti (responsabilità indiretta o *secondary liability*)⁴. La questione rileva in gran parte per gli *hosting providers*⁵ i quali, ai sensi dell'art. 14, godono dell'esonero alla duplice condizione che non siano effettivamente al corrente di attività o informazioni illecite e che, non appena ne vengano al corrente, agiscano immediatamente per rimuoverle o per disabilitarne l'accesso (sistema c.d. *notice-and-take-down*)⁶. Inoltre, l'art. 15, par. 1, della direttiva

³ 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. Cfr. di recente A. DE STREEL, M. HUSOVEC, *The E-commerce Directive as the Cornerstone of the Internal Market - Assessment and options for reform*, Study requested by the European Parliament's committee on Internal Market and Consumer Protection, maggio 2020, reperibile *online*.

⁴ Cfr. G. SARTOR, *Providers Liability: From the eCommerce Directive to the future*, In-Depth Analysis for the IMCO Committee of the European Parliament, 2017, pp. 8-9, reperibile *online*.

⁵ Si definiscono tali i prestatori di servizi di memorizzazione di informazioni fornite da terzi.

⁶ I *mere conduit providers*, ex art. 12, non hanno oneri di rimozione per usufruire dell'esonero dalla responsabilità per i contenuti trasmessi. Quanto ai *caching providers*, invece, l'art. 13 afferma che non possono essere ritenuti responsabili per la memorizzazione temporanea di contenuti illegali se, tra l'altro, agiscono prontamente per rimuoverli o per disabi-

eCommerce pone un divieto per gli Stati di imporre obblighi generali di sorveglianza sui contenuti memorizzati e di accertamento attivo di fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite (art. 15)⁷.

La circostanza per cui la direttiva è imperniata sulla regola del controllo *ex post* ha consentito, negli anni, di tutelare sia la libertà di manifestazione del pensiero su Internet sia la libera iniziativa economica dei *providers*, agevolando però anche una loro ampia “irresponsabilità” per i contenuti diffusi attraverso i servizi digitali. Infatti, se i prestatori non si limitano a un ruolo di ordine meramente tecnico, automatico e passivo (“intermediari passivi”) ma svolgono attività idonee a identificare contenuti illegali prima che siano memorizzati⁸ o segnalati⁹ (“intermediari attivi”), non incorrono in responsabilità solo qualora, rispettivamente, si astengano dal memorizzare quei contenuti oppure agiscano con celerità per rimuoverli o per disabilitarne l’accesso¹⁰. A maggior ragione, gli *hosting providers* non possono avvalersi della clausola di esonero dalla responsabilità se i contenuti illegali sono trasmessi o memorizzati sotto la loro autorità o il loro controllo (art. 14, par. 2, direttiva eCommerce)¹¹. Infine, gli Stati possono imporre a carico degli *hosting providers* l’obbligo di impedire o porre fine a specifiche violazioni, previa ingiunzione giurisdizionale o amministrativa (art. 14, par. 3), anche se soddisfano le condizioni per l’esenzione dalla responsabilità di cui all’art. 14,

litarne l’accesso non appena vengano a conoscenza di analoga rimozione o disabilitazione dal luogo dove si trovavano inizialmente oppure in base ad apposita inibitoria di un’autorità amministrativa o giurisdizionale.

⁷ Nella sentenza del 24 novembre 2011, causa C-70/10, *Scarlet Extended*, ECLI:EU:C:2011:771, la Corte di giustizia ha escluso la possibilità per i giudici nazionali di imporre a un ISP l’obbligo di predisporre un sistema di filtraggio generale per prevenire gli scaricamenti illegali di file. Analogamente, nella sentenza del 16 febbraio 2012, causa C-360/10, *SABAM c. Netlog*, ECLI:EU:C:2012:85, si è escluso che possa essere imposto a un *social network* l’obbligo di predisporre un sistema di filtraggio generale per prevenire l’utilizzo illecito di opere musicali e audiovisive.

⁸ Ad es. qualora svolgano volontariamente una sorveglianza generale dei contenuti caricati attraverso meccanismi automatizzati di riconoscimento preventivo.

⁹ Ad es. nel caso in cui gli *hosting providers* assistano gli utenti per l’ottimizzazione della presentazione dei contenuti caricati (cfr. G. RUOTOLO, *Digital Services Act e Digital Markets Act tra responsabilità dei fornitori e rischi di bis in idem*, in *SIDIBlog*, 29 marzo 2021, reperibile *online*, nonché il contributo in questo volume), oppure adottino misure c.d. “proattive” per individuare contenuti illegali simili ad altri già rimossi, o ancora si avvalgano del controllo dei c.d. *trusted flaggers* (segnalatori attendibili esterni indipendenti).

¹⁰ In tal senso, quanto alla prestazione di un servizio di posizionamento su Internet, v. la sentenza della Corte di giustizia del 23 marzo 2010, cause riunite da C-236 a 238/08, *Google France e Google*, ECLI:EU:C:2010:159. Ciò è coerente con la rilevante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo: v. le sentenze del 10 ottobre 2013, *Delfi c. Estonia*, ECLI:CE:ECHR:2013:1010JUD006456909 (confermata dalla Grande Camera il 16 giugno 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0616JUD006456909), sulla responsabilità di un portale di notizie *online* per alcuni commenti chiaramente offensivi postati dagli utenti sotto un articolo da esso pubblicato.

¹¹ In questo caso si giungerebbe alla negazione della qualifica di “prestatore intermediario”: sentenza dell’11 settembre 2014, causa C-291/13, *Papasavvas*, ECLI:EU:C:2014:2209.

par. 1, e quindi per il solo fatto che si trovano nella posizione più idonea a porre fine alle attività illecite dei loro utenti¹².

Negli ultimi tempi, il carattere più maturo della Rete (c.d. “web 2.0”) e l’emergere di nuovi servizi di *hosting*, che non si limitano più alla semplice offerta di spazio per il caricamento dei contenuti¹³, hanno evidenziato alcuni limiti della direttiva 2000/31. Anzitutto, quest’ultima non definisce gli aspetti sostanziali e procedurali delle misure di rimozione e disabilitazione, così comportando un’inevitabile frammentazione della disciplina da Stato a Stato e la difficoltà di allontanarsi dalla regola, particolarmente vantaggiosa per gli *hosting providers*, dell’intervento *ex post* sui soli contenuti specificamente notificati¹⁴. In secondo luogo, la regola dell’esonero dalla responsabilità indiretta *ex art. 14* non solo ha affidato all’autoregolamentazione degli *hosting providers* le regole sulla moderazione dei contenuti, secondo quanto previsto nelle loro *community rules*, ma ha anche scoraggiato l’adozione volontaria di misure “proattive” per timore di perdere la qualifica di intermediario passivo, benché la Corte di giustizia abbia da tempo circoscritto l’ambito di detta “irresponsabilità” nelle pronunzie *L’Oréal SA e a. c. eBay*¹⁵, *UPC Telekabel Wien*¹⁶ e *Glawischnig-Piesczek*¹⁷. In

¹² Così le sentenze della Corte di giustizia del 3 ottobre 2019, causa C-18/18, *Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Ltd.*, ECLI:EU:C:2019:821, punto 25, e più recentemente del 22 giugno 2021, cause riunite C-682 e 683/18, *YouTube e Cyando*, ECLI:EU:C:2021:503, punto 143.

¹³ Cfr. G. M. RUOTOLO, *Scritti di diritto internazionale ed europeo dei dati*, Bari, 2021, spec. p. 256.

¹⁴ Al vantaggio per i prestatori corrisponde, ovviamente, la penalizzazione degli utenti interessati alla rimozione dei contenuti illegali, i quali debbono inviare una segnalazione per ogni singola violazione rilevata, anche se relativa allo stesso contenuto illegale reiteratamente caricato *online*.

¹⁵ Sentenza del 12 luglio 2011, causa C-324/09, *L’Oréal SA e a. c. eBay*, ECLI:EU:C:2011:474, punto 124, dove è stato chiarito, per un verso, che un *hosting provider* che gestisce un mercato *online* non può avvalersi dell’esonero dalla responsabilità qualora sia stato al corrente di fatti o circostanze in base ai quali un operatore economico diligente avrebbe dovuto constatare l’illiceità delle offerte in vendita e non abbia prontamente agito (punto 124), e per altro verso che le ingiunzioni a suo carico possono essere dirette non solo a far cessare le violazioni attuali, ma anche a prevenire quelle future della stessa natura (punto 144).

¹⁶ Sentenza del 27 marzo 2014, causa C-314/12, *UPC Telekabel Wien*, ECLI:EU:C:2014:192, secondo cui un’ingiunzione nei confronti di un fornitore di accesso a Internet (quindi, non un *hosting provider*) diretta a bloccare l’accesso di tutti i suoi abbonati a un sito web che violava il diritto d’autore è compatibile col diritto UE, anche se non specifica le misure concrete da assumere, purché permetta al fornitore di sottrarsi alla propria responsabilità indiretta dimostrando di avere adottato tutte le misure ragionevoli.

¹⁷ Sentenza *Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Ltd.*, punto 53, avente a oggetto un contenuto diffamatorio e d’odio diffuso su un *social network*, in cui la Corte ha ammesso la possibilità per i giudici nazionali di imporre misure di rimozione o blocco non solo delle informazioni dichiarate illecite (*take-down*), ma anche di tutte quelle successive aventi contenuto identico (*stay-down*) nonché persino di quelle con un contenuto equivalente, purché però quest’ultimo rimanga sostanzialmente invariato rispetto a quello già ritenuto illecito. In argomento O. POLLICINO, *L’“autunno caldo” della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri*

terzo luogo, la direttiva *eCommerce* non prevede obblighi di trasparenza e diligenza dei prestatori intermediari nei confronti dei destinatari dei servizi. Infine, non sono contemplati poteri di supervisione e controllo delle autorità nazionali (ed europee) sulla correttezza dell'attività di quegli intermediari.

Alle lacune qui evidenziate, riconosciute anche dalla Commissione¹⁸, si è anzitutto provato a rimediare con norme non vincolanti. Dando sèguito a precedenti orientamenti¹⁹, infatti, nel 2018 la Commissione ha adottato la raccomandazione 2018/334 sulle misure per contrastare efficacemente la generalità dei contenuti illegali *online*²⁰. Tale atto non vincolante, indirizzato prevalentemente agli *hosting providers*, non mette in discussione (né potrebbe farlo) il divieto di imporre obblighi generali di sorveglianza e di accertamento attivo dei contenuti illegali, ma invita quei prestatori a prendere ulteriori iniziative con riferimento a tutti i tipi di contenuti illegali²¹. È però vero che, in assenza di norme vincolanti, gli auspici della Commissione hanno sinora trovato solo parziale riscontro nelle condizioni generali di servizio cui gli utenti acconsentono al primo accesso ai servizi dei prestatori. La diversità di tali condizioni, legittima espressione della libertà di impresa²², non solo ha determinato un'ulteriore frammentazione delle regole

privati in ambito digitale, in *Federalismi.it*, n. 19/2019; F. CALOPRISCO, *La Corte di giustizia si esprime sulla portata territoriale dell'obbligo di deindicizzare i dati personali online*, in AA.VV., *Annali AISDUE*, vol. I, 2020, p. 357 ss.; C. RAUCHEGGER, A. KUCZERAWY, *Injunctions to Remove Illegal Online Content under the eCommerce Directive: Glawischnig-Piesczek*, in *Common Market Law Review*, 2020, p. 1495 ss.; e D. VAIRA, G. M. RUOTOLO, *Responsabilità dei social network per user generated content e applicazione extraterritoriale delle misure inibitorie di lesioni dei diritti della personalità alla luce della recente giurisprudenza UE*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, p. 187 ss.

¹⁸ Si veda la comunicazione del 6 maggio 2015, Strategia per il mercato unico digitale in Europa, COM(2015)192 final, la cui sezione 3.3.2 è dedicata al contrasto ai contenuti illeciti su Internet. V. anche le comunicazioni del 25 maggio 2016, Le piattaforme online e il mercato unico digitale - Opportunità e sfide per l'Europa, COM(2016)288 final, e del 10 maggio 2017, sulla revisione intermedia dell'attuazione della strategia per il mercato unico digitale - Un mercato unico digitale connesso per tutti, COM(2017)228 final.

¹⁹ V. la comunicazione della Commissione, del 28 settembre 2017, Lotta ai contenuti illeciti online - Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online, COM(2017)555 final.

²⁰ Raccomandazione (UE) 2018/334 della Commissione, del 1° marzo 2018.

²¹ I *providers* dovrebbero prevedere meccanismi di facile accesso e utilizzo per la presentazione di segnalazioni motivate e precise (paragrafi 5-8); informare rapidamente e in maniera motivata i fornitori di quei contenuti delle decisioni di rimozione o disabilitazione e dare loro diritto di replica, oltre che informare fornitori e segnalatori della decisione assunta (paragrafi 9-13); pubblicare descrizioni trasparenti della loro politica di rimozione nonché, almeno una volta l'anno, relazioni sull'attività in materia (paragrafi 16-17); adottare, se del caso, misure proattive al fine di individuare i contenuti illegali (par. 18); predisporre misure di salvaguardia per evitare la rimozione dei contenuti non illegali e, qualora vengano utilizzati strumenti automatizzati, prevedere verifiche e sorveglianza umane (paragrafi 19-20); adottare misure apposite per prevenire segnalazioni o repliche in malafede e altri comportamenti abusivi (par. 21); nonché, infine, migliorare la collaborazione tra di loro, con gli Stati membri e con i segnalatori attendibili (paragrafi 22-28).

²² Così anche G. CAGGIANO, *La proposta*, cit., p. 12.

da prestatore a prestatore (e da Stato a Stato), ma – per via della sproporzione esistente tra il potere contrattuale degli intermediari e quello degli utenti – non ha sinora dato garanzie che le attività di rimozione e disabilitazione dei contenuti illegali siano effettuate in maniera efficace e tempestiva, né che siano tenuti in conto i diritti di tutti gli utenti.

3. È in questo quadro che si inserisce la proposta DSA²³, pubblicata il 15 dicembre 2020 dopo un periodo di consultazione pubblica, numerosi contributi da diversi soggetti²⁴ nonché tre risoluzioni del Parlamento europeo²⁵.

La proposta mantiene i capisaldi della direttiva *eCommerce* ma ne approfondisce alcuni aspetti, facendo propria l'esperienza maturata nell'applicazione degli strumenti precedenti e stabilendo obblighi “a cerchi concentrici” che si fanno via via più intensi all'aumentare del tipo di attività e della dimensione degli ISP, oltre che un articolato sistema di controllo da parte delle autorità nazionali e della Commissione. Così facendo, la proposta di regolamento rappresenta – peraltro già dalla scelta del tipo di atto – un significativo passo in avanti dal *laissez-faire* proprio della direttiva 2000/31, “messo in crisi” da alcuni degli strumenti precedenti e dalle ricordate pronunzie della Corte di giustizia, verso un sistema maggiormente regolamentato (e co-regolamentato) ove gli ISP, e in particolare gli *hosting*

²³ Cfr. in generale G. M. RUOTOLO, *Le proposte di disciplina di digital services e digital markets della Commissione del 15 dicembre 2020*, in *DPCE on line*, 2020, p. 5419 ss.; L. WOODS, *Overview of Digital Services Act*, in *EU Law Analysis*, 16 dicembre 2020, reperibile *online*; BUREAU EUROPÉEN DES UNIONS DE CONSOMMATEURS, *The Digital Services Act Proposal - BEUC position paper*, 2021, reperibile *online*; G. CAGGIANO, *La proposta*, cit.; F. ERIXON, “*Too Big to Care*” or “*Too Big to Share*”: *The Digital Services Act and the Consequences of Reforming Intermediary Liability Rules*, ECIPE Policy Brief n. 5/2021, reperibile *online*; V. GOLUNOVA, *The Digital Services Act and Freedom of Expression: Triumph or Failure?*, 8 marzo 2021, reperibile *online*; e A. SAVIN, *The EU Digital Services Act: Towards a More Responsible Internet*, Copenhagen Business School Law Research Paper Series No. 21-04, reperibile *online*.

²⁴ La consultazione si è svolta dal 2 giugno all'8 settembre 2020. Tra le riflessioni che hanno preceduto la proposta, v. L. BELLULO, *Reflections in the Perspective of the European Digital Services Act*, marzo 2020, reperibile *online*; T. MADIEGA, *Reform of the EU liability regime for online intermediaries - Background on the forthcoming digital services act*, In-Depth Analysis drawn up by the Members' Research Service, within the Directorate-General for Parliamentary Research Services (EPRS) of the Secretariat of the European Parliament, maggio 2020, reperibile *online*; J. B. NORDEMANN, *The Functioning of the Internal Market for Digital Services: Responsibilities and Duties of Care of Providers of Digital Services - Challenges and Opportunities*, Paper requested by the European Parliament's committee on Internal Market and Consumer Protection, maggio 2020, reperibile *online*; e A. PONCE DEL CASTILLO, *The Digital Services Act Package: Reflections on the EU Commission's Policy Options*, ETUI Policy Brief n. 12/2020, reperibile *online*.

²⁵ V. la risoluzione del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione sulla legge sui servizi digitali: migliorare il funzionamento del mercato unico, P9_TA(2020)0272; la risoluzione del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione sulla legge sui servizi digitali: adeguare le norme di diritto commerciale e civile per i soggetti commerciali che operano online, P9_TA(2020)0273; e la risoluzione del 20 ottobre 2020, Atto sui servizi digitali e questioni sollevate in materia di diritti fondamentali, P9_TA(2020)0274.

providers comprese le piattaforme *online* anche di grandi dimensioni, saranno interessati da un regime complessivamente meno favorevole rispetto al passato.

Tra le principali questioni affrontate nella proposta DSA vi è, per l'appunto, quella della rimozione dei contenuti illegali, che si ricollega funzionalmente a quella della responsabilità dei prestatori intermediari e tiene conto degli sviluppi tecnologici e dei nuovi modelli di *business* dei servizi digitali, al fine di rafforzare le garanzie per i soggetti coinvolti²⁶.

Anzitutto, come si è già detto, l'art. 2, lett. g), della proposta contiene una definizione di "contenuto illegale", inteso come "qualsiasi informazione che, di per sé o in relazione ad un'attività, tra cui la vendita di prodotti o la prestazione di servizi, non è conforme alle disposizioni normative dell'Unione o di uno Stato membro, indipendentemente dalla natura o dall'oggetto specifico di tali disposizioni". A questa definizione va ricollegata quella di "moderazione dei contenuti" (lett. p), attività degli ISP che consiste nell'individuazione, identificazione e contrasto ai contenuti illegali e alle informazioni contrarie alle *community rules* diffusi dagli utenti. L'attività di moderazione, per espressa previsione della norma, può comprendere l'adozione di misure relative sia alla disponibilità, visibilità e accessibilità di quei contenuti o informazioni (in specie, rimozione e disabilitazione dell'accesso), sia alla capacità dei destinatari di fornire tali informazioni (cessazione o sospensione degli account).

In secondo luogo, l'art. 1 della proposta non incide sulla regolamentazione di alcuni settori specifici, interessati negli ultimi anni da norme particolari sulla rimozione dei contenuti illegali, che vengono quindi considerate *lex specialis* in relazione alla disciplina generale e che conviene esaminare per cenni.

Un primo settore è quello dei *contenuti terroristici*, in ragione della estrema gravità degli atti perpetrabili con la loro diffusione *online*²⁷. Già la direttiva 2017/541/UE sulla lotta contro il terrorismo²⁸ ha previsto l'obbligo per gli Stati membri di adottare misure per contrastare i contenuti *online* riconducibili alla pubblica provocazione a commettere reati di terrorismo (art. 21)²⁹. A questi obblighi si aggiungono le prescrizioni non vincolanti della citata raccomandazione

²⁶ V. anche G. CAGGIANO, *La proposta*, cit., p. 4.

²⁷ Sull'utilizzo di Internet a fini terroristici e sul fenomeno della radicalizzazione *online* cfr. N. KLOMPMAKER, *Censor Them at Any Cost? A Social and Legal Assessment of Enhanced Action Against Terrorist Content Online*, in *Amsterdam Law Forum*, 2019, n 3, p. 3 ss., spec. p. 5 ss.

²⁸ Direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2017, sulla lotta contro il terrorismo e che sostituisce la decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio e che modifica la decisione 2005/671/GAI del Consiglio.

²⁹ Gli Stati devono assicurarsi che i contenuti propagandistici siano tempestivamente rimossi da Internet qualora ospitati sul loro territorio, nonché adoperarsi per ottenerne la rimozione se presenti al di fuori del loro territorio. In caso di impossibilità di rimozione alla fonte, gli Stati possono prendere misure di blocco dell'accesso a quei contenuti da parte degli utenti localizzati sul loro territorio. A garanzia dei diritti degli utenti, le misure di rimozione e disabilitazione dovevano essere trasparenti, limitate allo stretto necessario, proporzionate, motivate e soggette a eventuale controllo giurisdizionale.

2018/334, in specie quelle rivolte ai contenuti terroristici³⁰. Con riguardo ai fornitori di piattaforme per la condivisione di video, la direttiva (UE) 2018/1808³¹ ha apportato alcune modifiche alla direttiva 2010/13/UE sui servizi di media audiovisivi³² che si applicheranno quali *lex specialis* in base all'art. 1, par. 5, lett. b), proposta DSA: il nuovo art. 28-ter, par. 1, lett. c) della direttiva del 2010 richiede agli Stati di fare in modo che i fornitori posti sotto la loro giurisdizione prendano misure adeguate per tutelare il grande pubblico dalla visione, tra l'altro, di contenuti terroristici. Di recente, la necessità di introdurre disposizioni più efficaci nei confronti degli *hosting providers* ha portato all'adozione del regolamento (UE) 2021/784³³, applicabile dal 7 giugno 2022. Questo regolamento – fatto espressamente salvo dall'art. 1, par. 5, lett. d), proposta DSA – mantiene l'impostazione della direttiva 2017/541 e le nuove norme della direttiva 2010/13, prevede una definizione di “contenuti terroristici” (art. 2, par. 7) e approfondisce gli aspetti procedurali e sanzionatori conseguenti alle decisioni di rimozione, cercando di bilanciare la rapidità delle misure inibitorie e la tutela dei diritti dei soggetti coinvolti³⁴. Si ricorda che, nella relativa proposta del settembre 2018, la Commissione aveva previsto la possibilità di incentivare e, in alcuni casi, im-

³⁰ Esse concernono le indicazioni da inserire nelle condizioni di servizio, la presentazione e il trattamento delle segnalazioni qualificate, le misure proattive anche automatizzate e la cooperazione degli *hosting providers* tra di loro e con le autorità nazionali.

³¹ Direttiva (UE) 2018/1808 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, recante modifica della direttiva 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi), in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato. Sulla relativa proposta v. M. L. MONTAGNANI, A. Y. TRAPOVA, *Safe Harbours in Deep Waters: a New Emerging Liability Regime for Internet Intermediaries in the Digital Single Market*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 2018, p. 294 ss., spec. p. 306 ss.

³² Direttiva 2010/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 marzo 2010, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi.

³³ Regolamento (UE) 2021/784 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2021, relativo al contrasto della diffusione di contenuti terroristici online. Sulla genesi e il contenuto della proposta COM(2018)640 final, del 12 settembre 2018, v. N. KLOMPMAKER, *op. cit.*, p. 13 ss.

³⁴ Il regolamento stabilisce due procedure, a seconda che l'*hosting provider* destinatario di un ordine di rimozione sia o meno localizzato nello Stato membro di emissione. Ai sensi dell'art. 3, le autorità nazionali competenti possono emettere ordini di rimozione a carico degli *hosting providers* presenti nel loro territorio, che dovranno essere eseguiti al massimo entro un'ora dal loro ricevimento. In caso di procedura transfrontaliera ex art. 4, invece, l'ordine andrà trasmesso anche all'autorità nazionale competente per territorio la quale, di propria iniziativa, potrà esaminarlo entro 72 ore per stabilire se viola in modo grave o manifesto il regolamento o la Carta di Nizza. Per gli stessi motivi, gli *hosting providers* colpiti dall'ordine di rimozione e i fornitori dei contenuti considerati terroristici hanno facoltà di ricorrere all'autorità competente per territorio entro 48 ore, la quale adotta una decisione entro le successive 72 ore. L'accertamento della contrarietà dell'ordine di rimozione transfrontaliero con il regolamento 2021/784 o la Carta di Nizza comporta la cessazione dei suoi effetti giuridici e il ripristino dei contenuti precedentemente rimossi o disabilitati.

porre l'adozione di misure "proattive" di riconoscimento preventivo dei contenuti terroristici: tuttavia, nella versione finale del regolamento tali misure sono state espunte.

Altro settore caratterizzato da esigenze specifiche di rimozione è quello dei *contenuti pedopornografici*, data la particolare gravità del fenomeno degli abusi sessuali di minori *online*³⁵. La direttiva 2011/93 relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile³⁶ stabilisce all'art. 25 l'obbligo degli Stati membri di procedere alla tempestiva rimozione (non dei contenuti bensì) delle pagine web ospitate nel loro territorio che contengono o diffondono materiale pedopornografico, dovendosi anche adoperare per la loro rimozione qualora ospitate al di fuori del territorio nazionale (par. 1)³⁷. Misure specifiche sono stabilite anche nel nuovo art. 28-ter, par. 1, lett. c), della direttiva 2010/13, secondo cui gli Stati si debbono assicurare che i fornitori di piattaforme per la condivisione di video soggetti alla loro giurisdizione adottino misure adeguate per tutelare il grande pubblico dalla visione, tra l'altro, di video che incitino a commettere reati di pedopornografia. Infine, la specifica esigenza di consentire ai fornitori dei servizi di comunicazione interpersonale (servizi di webmail, chat, messaggistica istantanea, ecc.) di continuare a svolgere attività di contrasto e segnalazione degli abusi sessuali *online* sui minori che si verificano tramite i loro servizi è alla base dell'adozione del recente regolamento 2021/1232³⁸: esso introduce una deroga temporanea (fino al 3 agosto 2024)³⁹ e limitata agli articoli 5, par. 1 (riservatezza delle comunicazioni) e 6 (dati sul traffico) della direttiva *ePrivacy*⁴⁰, in modo da permettere a quei fornitori di continuare a utilizzare tecnologie proattive per l'individuazione degli abusi sessuali *online* sui minori perpetrati sui propri servizi, la segnalazione alle autorità competenti e la rimozione del materiale pedopornografico⁴¹.

³⁵ Come le estorsioni a sfondo sessuale e il c.d. *cyber-grooming*, consistente nel fingere un legame di amicizia con un minore allo scopo di commettere abusi sessuali.

³⁶ Direttiva 2011/93/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011.

³⁷ Se ciò non è possibile – ad es. perché lo Stato ospitante non coopera oppure perché il processo di rimozione si rivela particolarmente lungo – gli Stati possono adottare misure di blocco dell'accesso degli utenti localizzati sul proprio territorio alle pagine web "incriminate": tali misure però debbono essere prese con procedure trasparenti, limitate allo stretto necessario, proporzionate, motivate e soggette a ricorso per via giudiziaria (par. 2).

³⁸ Regolamento (UE) 2021/1232 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 luglio 2021, relativo a una deroga temporanea a talune disposizioni della direttiva 2002/58/CE.

³⁹ In attesa che venga adottato – come si propone la Commissione – un quadro giuridico a più lungo termine per contrastare gli abusi sessuali sui minori a livello di Unione.

⁴⁰ Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche. Si noti che la direttiva *ePrivacy* è a sua volta fatta salva dall'art. 1, par. 5, lett. i), proposta DSA.

⁴¹ Ai sensi dell'art. 3, il trattamento deve essere strettamente necessario alle finalità previste, proporzionato e limitato alle tecnologie utilizzate nonché circoscritto ai dati sul contenuto e ai relativi dati sul traffico strettamente necessari. Le tecnologie utilizzabili, preventivamente esaminate dalle autorità nazionali (par. 1, lettere c) e d), debbono essere conformi allo stato dell'arte (lett. b) e limitare il più possibile il tasso di errori relativi all'accer-

Per quanto riguarda la rimozione dei *contenuti protetti dal diritto d'autore* – la cui normativa rimane impregiudicata ai sensi dell'art. 1, par. 5, lett. c), proposta DSA – si ricorda che la direttiva 2001/29⁴² prevede alcuni diritti che gli Stati membri debbono riconoscere ad autori e altri soggetti, in particolare affermando all'art. 3 che i titolari hanno “il diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi comunicazione al pubblico, su filo o senza filo, delle loro opere, compresa la messa a disposizione del pubblico delle loro opere in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente”. La Corte di giustizia si è occupata di verificare se le attività degli *hosting providers* possano qualificarsi come “atti di comunicazione al pubblico” non autorizzati (in ragione dell'esistenza di contenuti protetti caricati illegalmente dagli utenti), escludendo la responsabilità diretta di quei prestatori ogni qualvolta si limitino a svolgere un ruolo passivo⁴³ e, in taluni casi, attività senza fini di lucro⁴⁴; in senso conforme anche la recente sentenza *YouTube e Cyando*⁴⁵. Quanto alla *secondary liability*, anche di recente è stato ritenuto pienamente applicabile il regime generale della direttiva 2000/31⁴⁶. Resta ferma anche la possibilità per le autorità nazionali di adottare misure di rimozione e blocco a carico dei prestatori intermediari, in specie alla luce dell'art. 8, par. 3, direttiva 2001/29 che sancisce il diritto dei titolari di chiedere un provvedimento inibitorio nei confronti degli intermediari i cui servizi siano utilizzati da terzi per violare i propri diritti d'autore⁴⁷.

tamento di contenuti pedopornografici (lett. e). Si richiede, inoltre, la garanzia del controllo e dell'intervento umano sulle tecnologie in parola (lett. g), *sub ii*); la previsione di procedure e meccanismi per la presentazione dei reclami da parte degli utenti (*sub iv*); l'informazione a questi ultimi dell'uso e delle conseguenze di siffatti mezzi tecnologici (*sub v*); e, in caso di rimozione di specifici contenuti, la comunicazione agli utenti circa le modalità di presentazione dei ricorsi, la possibilità di presentare un reclamo all'autorità di controllo e il diritto al ricorso giurisdizionale (*sub vi*).

⁴² Direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione.

⁴³ *A contrario* v. la sentenza del 14 luglio 2017, causa C-610/15, *Stichting Brein*, ECLI:EU:C:2017:456.

⁴⁴ V. la sentenza dell'8 settembre 2016, causa C-160/15, *GS Media*, ECLI:EU:C:2016:644.

⁴⁵ Sentenza *YouTube e Cyando*, punto 102, ove si ribadisce che gli *hosting providers* non sono responsabili diretti per la diffusione di contenuti protetti dal diritto d'autore se si limitano a mettere a disposizione le loro piattaforme e non contribuiscono a dare accesso ai contenuti che i loro utenti mettono illecitamente in rete.

⁴⁶ Sentenza *YouTube e Cyando*, punto 118, che conferma l'applicabilità del beneficio dell'esenzione dalla responsabilità indiretta qualora gli intermediari svolgano un ruolo tecnico, automatico e passivo, senza avere conoscenza o controllo dei contenuti ospitati sulle loro piattaforme e, in specie, senza essere al corrente di atti illeciti concreti compiuti dai loro utenti.

⁴⁷ Nella sentenza *YouTube e Cyando*, la Corte ha sottolineato che provvedimenti nazionali di rimozione e blocco possono essere ottenuti nei confronti degli *hosting providers*, anche se non responsabili, purché la violazione lamentata sia stata previamente notificata e i *providers* non siano intervenuti immediatamente sia per rimuovere o bloccare l'accesso ai contenuti protetti segnalati (*take-down*), sia per garantire il ripetersi di analoghe violazioni in futuro (*stay-down*) (punto 143).

Il regime sin qui descritto ha subito una deviazione più restrittiva nella direttiva 2019/790 sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale⁴⁸ per quanto riguarda i *providers* che si occupano di memorizzare e dare accesso al pubblico a grandi quantità di opere protette dal diritto d'autore o altri materiali protetti caricati dai loro utenti, a scopo di lucro⁴⁹. L'art. 17 di questo atto prevede che l'attività di concessione dell'accesso al pubblico a grandi quantità di opere o materiali protetti caricati dagli utenti integri, per ciò stesso, un atto di comunicazione al pubblico ai sensi dell'art. 3 direttiva 2001/29 e che, di conseguenza, i prestatori interessati debbano ottenere un'autorizzazione dai titolari dei diritti per poterli diffondere (par. 1)⁵⁰. La differenza rispetto al regime applicabile ad altri *hosting providers* si apprezza qualora i prestatori interessati non ottengano l'autorizzazione: in questo caso, l'art. 17, par. 4, stabilisce a loro carico una responsabilità diretta *sui generis* per la diffusione illecita di contenuti e materiali protetti, alla quale possono sottrarsi solo dimostrando di aver compiuto i massimi sforzi per ottenere l'autorizzazione e per assicurarsi che, sulle loro piattaforme, non siano disponibili specifici contenuti illeciti in merito ai quali abbiano ricevuto informazioni pertinenti e necessarie⁵¹. La versione finale dell'art. 17 risulta comunque meno onerosa per i prestatori dei servizi di condivisione rispetto alla corrispondente previsione dell'art. 13 della proposta del 2016⁵², che li avrebbe obbligati a svolgere controlli obbligatori preventivi attraverso l'uso generalizzato di tecnologie per il riconoscimento di tutti i contenuti illecitamente caricati (c.d. *upload filters*)⁵³. Ciò nonostante, la conformità dell'art. 17, par. 4 rispetto al

⁴⁸ 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. In generale v. V. BOCCHETTI, *La direttiva dell'Unione europea sul diritto d'autore*, in *DUE online*, Osservatorio europeo, 19 giugno 2019, reperibile online; e G. M. RUOTOLO, *Scritti*, cit., p. 179 ss. Deviazione che però, in virtù della recente giurisprudenza *YouTube* e *Cyando*, è oggi meno rilevante di quando la direttiva 2019/790 è stata approvata.

⁴⁹ Si tratta, in breve, dei "grandi" prestatori di servizi di *streaming* video e/o audio, i cui contenuti sono caricati direttamente dagli utenti (es. YouTube, Soundcloud, Pinterest) e ove la remunerazione proviene dalla vendita di spazi pubblicitari. La questione, viceversa, non rileva per i servizi di *streaming* che diffondono contenuti ottenuti lecitamente in base a licenze dei titolari dei diritti e messi *online* dal *provider* stesso (es. Spotify, Apple Music, ecc.).

⁵⁰ In questa maniera, il legislatore UE ha chiarito, seppur ai soli fini dell'applicazione dell'art. 17, che la nozione di "comunicazione al pubblico" va estesa *ex lege* alle attività di quei prestatori e che essi, in base a questa *lex specialis*, non possono avvalersi dell'esonero dalla responsabilità indiretta di cui all'art. 14 direttiva 2000/31 (par. 3).

⁵¹ Inoltre, essi debbono in ogni caso dimostrare di aver agito con tempestività per disabilitare l'accesso o rimuovere opere o altri materiali oggetto di segnalazione (*take-down*) nonché di aver compiuto i massimi sforzi per impedire il loro caricamento in futuro (*stay-down*).

⁵² Proposta del 14 settembre 2016, COM(2016)593 final, sulla quale v. G. COLANGELO, M. MAGGIOLINO, *ISPs' Copyright Liability in the EU Digital Single Market Strategy*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 2018, p. 142 ss.

⁵³ In argomento v. G. SARTOR, A. LOREGGIA, *The Impact of Algorithms for Online Content Filtering or Moderation. "Upload filters"*, Study requested by the European Parliament's Committee on Citizens' Rights and Constitutional Affairs, settembre 2020, reperibile

diritto alla libertà di espressione e di informazione⁵⁴ è attualmente oggetto di valutazione da parte della Corte di giustizia, in una causa di annullamento proposta dalla Polonia sulla quale si è di recente espresso l'Avvocato generale⁵⁵.

Sotto il profilo degli impegni volontariamente accettati, invece, si segnala il *Memorandum d'intesa sulla pubblicità online e sui diritti di proprietà intellettuale* del 25 giugno 2018, promosso dalla Commissione europea e sottoscritto (al 7 luglio 2021) da 29 parti coinvolte a vario titolo nelle attività di collocamento, acquisto, vendita e/o facilitazione della pubblicità *online*⁵⁶.

Misure di rimozione e disabilitazione possono essere adottate anche con riferimento a *contenuti che violano altri diritti di proprietà intellettuale*, in base alle pertinenti norme della direttiva 2004/48⁵⁷ che contempla agli articoli da 9 a 11 la possibilità di emettere misure provvisorie e cautelari, misure correttive e

online. La disposizione della proposta non solo è stata vigorosamente osteggiata dai prestatori interessati e da una parte della società civile durante l'*iter* legislativo (M. L. MONTAGNANI, A. Y. TRAPOVA, *op. cit.*, p. 300 ss.), ma avrebbe anche comportato un deciso cambiamento di prospettiva rispetto alla situazione attuale rendendo inutili le misure di rimozione o disabilitazione assunte *ex post*.

⁵⁴ In ragione del rischio che gli *upload filters* blocchino anche contenuti che possono legittimamente essere diffusi *online*, ad es. perché non coperti da diritto d'autore o perché rientranti nelle eccezioni a quel diritto.

⁵⁵ Conclusioni del 15 luglio 2021, causa C-401/19, *Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio*, ECLI:EU:C:2021:613, in cui il sistema dell'art. 17 è stato ritenuto conforme all'art. 11, par. 1, della Carta di Nizza. Sulla vicenda v. il commento di B. J. JÜTTE, C. GEIGER, *Regulating Freedom of Expression on Online Platforms? Poland's Action to Annul Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market Directive*, in *European Law Blog*, 3 febbraio 2021, reperibile *online*.

⁵⁶ *Memorandum of Understanding on Online Advertising and IPR*, reperibile *online*. Il Memorandum prende in considerazione una delle forme più diffuse di violazione *online* dei diritti di proprietà intellettuale, consistente nell'attività di siti web e applicazioni che offrono scientemente e gratuitamente ai consumatori contenuti illegali *online* (libri, film, musica, ogni tipo di merce contraffatta) e che capitalizzano l'alto volume di traffico di utenti così generato attraverso la vendita dei loro spazi pubblicitari. Il Memorandum si ripropone di limitare la pubblicità su tali siti e applicazioni mediante l'accordo volontario di singoli inserzionisti, intermediari pubblicitari e associazioni del settore. Si tratta, quindi, di una forma di rimozione "indiretta" dei contenuti protetti, sulla base dell'approccio *follow-the-money* (diretto, cioè, a rendere economicamente svantaggiosa per i gestori di quei siti web e applicazioni la prosecuzione del modello di *business* intrapreso) che si sta dimostrando particolarmente efficace. La questione interessa, com'è noto, anche le trasmissioni sportive in diretta diffuse illegalmente *online*, data l'attività di numerosi siti web che diffondono simili contenuti in cambio di sottoscrizioni a pagamento e/o vendita di spazi pubblicitari: il Parlamento europeo ha chiesto di avanzare una proposta legislativa sul tema (risoluzione del 19 maggio 2021, P9_TA(2021)0236), invitando la Commissione a valutare la possibilità di introdurre procedure di ingiunzione dirette a consentire il blocco in tempo reale o la rimozione dei contenuti sportivi di cui si tratta (par. 20) nonché a garantire che esse si rivolgano esclusivamente ai contenuti illegali senza comportare blocchi eccessivi e arbitrari di quelli legali (par. 21).

⁵⁷ Direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale.

ingiunzioni⁵⁸. Vi sono inoltre disposizioni specifiche relative a singoli diritti di proprietà intellettuale⁵⁹ così come le misure di co-regolamentazione del già citato *Memorandum sulla pubblicità online* e del *Memorandum d'intesa sulla vendita delle merci contraffatte via internet*. Quest'ultimo, firmato sotto gli auspici della Commissione nel 2011 e, dopo una sua revisione, nel 2016, riunisce (al 28 aprile 2021) 30 parti tra titolari di diritti, grandi *marketplaces online* e associazioni di imprese e contiene alcuni impegni relativi ai beni dei quali vengono vendute *online* versioni contraffatte e piratate, assegnando un ruolo importante alle procedure di *notice-and-take-down*.

L'art. 1, par. 5, lett. h), della proposta DSA lascia impregiudicate anche le normative che prevedono la possibilità esplicita o implicita di disporre misure di rimozione dei *prodotti non sicuri* venduti *online*. Il quadro regolatorio si compone essenzialmente di due parti, quella relativa alla sicurezza generale dei prodotti e quella sulla vigilanza del mercato, che prevedono entrambe la possibilità di disporre la rimozione di quei prodotti⁶⁰. In specie, il regolamento 2019/1020 consacra nella normativa europea sulla vigilanza di mercato la procedura c.d. di

⁵⁸ Come evidenziato, con riferimento all'art. 11, nella sentenza *L'Oréal SA e a. c. eBay*, punto 144.

⁵⁹ Si vedano gli articoli 130 e 131 del regolamento (UE) 2017/1001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2017, sul marchio dell'Unione europea, e gli articoli 89 e 90 del regolamento (CE) n. 6/2002 del Consiglio, del 12 dicembre 2001, su disegni e modelli comunitari.

⁶⁰ Per approfondimenti, v. C. ULLRICH, *New Approach Meets New Economy: Enforcing EU Product Safety in E-commerce*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2019, p. 558 ss. Per un verso, la direttiva 2001/95 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 dicembre 2001, relativa alla sicurezza generale dei prodotti (che si applica ai prodotti non oggetto di misure di armonizzazione a livello dell'UE) stabilisce un generale obbligo di ritiro dei prodotti non sicuri se necessario per evitare rischi per i consumatori, obbligo che grava sicuramente sui produttori (art. 5, par. 1) e sui distributori (paragrafi 2 e 3). A loro volta, le autorità competenti degli Stati dispongono tra l'altro del potere di rimuovere dai circuiti commerciali i prodotti non sicuri. Per altro verso, quanto alla vigilanza del mercato, le rilevanti disposizioni del regolamento (CE) n. 765/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 luglio 2008, sono state sostituite, dal 16 luglio 2021, dalle corrispondenti previsioni del regolamento (UE) 2019/1020 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, sulla vigilanza del mercato e sulla conformità dei prodotti. Quest'ultimo atto, che si applica ai prodotti c.d. "armonizzati", assegna alle autorità di vigilanza degli Stati membri, tra gli altri, il potere di imporre il ritiro dei prodotti non conformi o rischiosi dal mercato (art. 14, par. 4, lett. h), peraltro prendendo in considerazione anche la posizione dei *providers* che gestiscono un'interfaccia *online* per la vendita dei prodotti (in specie, i *marketplaces*): questi debbono cooperare con le autorità di vigilanza, in casi specifici, per agevolare l'eliminazione o l'attenuazione dei rischi presentati da un prodotto messo in vendita *online* attraverso i loro servizi (art. 7, par. 2); inoltre, in assenza di altri mezzi efficaci, le autorità possono imporre la rimozione dei contenuti dall'interfaccia *online*, ordinare la visualizzazione esplicita di un'avvertenza per gli utenti finali che accedono a quell'interfaccia, o ancora, in caso di mancata ottemperanza, disporre la limitazione dell'accesso all'interfaccia *online* anche chiedendo la collaborazione di terzi (art. 14, par. 4, lett. k).

“*notice-and-action*”⁶¹, già nella disponibilità di alcune autorità nazionali in base alle disposizioni interne, poi accolta nel regolamento (UE) 2017/2394⁶² in termini quasi sovrapponibili a quelli del regolamento 2019/1020, e che ora – come vedremo – viene generalizzata dall’art. 14 della proposta DSA. D’altro canto, la possibilità per i *marketplaces* di limitare, sospendere o cessare la fornitura dei servizi agli utenti commerciali in base alla propria politica di rimozione (come esplicitata nelle condizioni generali di servizio) deve soddisfare le prescrizioni dell’art. 4 del regolamento 2019/1150⁶³, fatto salvo dall’art. 1, par. 5, lett. g) della proposta DSA. Il regime qui descritto è completato da un’iniziativa volontaria, denominata *Product Safety Pledge*⁶⁴, stipulata il 25 giugno 2018 dalla Commissione e da quattro grandi intermediari che gestiscono *marketplaces online*, ai quali se ne sono aggiunti altri negli anni successivi⁶⁵. Infine, si segnala la recente proposta di modifica della direttiva 2001/95⁶⁶ che, all’art. 20, stabilisce nuove norme nei confronti dei *marketplaces online*.

4. Secondo l’art. 1, par. 5, lett. a), la proposta DSA lascia impregiudicate soprattutto le regole di base della direttiva *eCommerce*. Benché l’art. 71 della proposta proceda alla soppressione di alcuni articoli di quest’ultimo atto, va detto che, da un lato, gli articoli 12, 13 e 14 sull’esonero dalla responsabilità indiretta rispettivamente dei *mere conduit*, *caching* e *hosting providers* (incluso l’onere di rimozione o disabilitazione che grava su questi ultimi prestatori per godere di siffatto esonero) vengono riformulati in maniera quasi integrale negli articoli 3,

⁶¹ In tal senso A. BERTOLINI, F. EPISCOPO, N.-A. CHERCIU, *Liability of Online Platforms*, Study at the request of the Panel for the Future of Science and Technology (STOA) and managed by the Scientific Foresight Unit within the Directorate-General for Parliamentary Research Services (EPRS) of the Secretariat of the European Parliament, febbraio 2021, reperibile *online*, pp. 60-61. La procedura si inserisce nel quadro dell’esonero dalla responsabilità indiretta di cui all’art. 14 direttiva *eCommerce*, nella misura in cui la notifica effettuata dalle autorità nazionali di vigilanza ai *marketplaces* che trattano sulla loro interfaccia *online* prodotti non sicuri integra la “conoscenza dei fatti” propedeutica alle misure di rimozione e disabilitazione ivi previste.

⁶² Regolamento (UE) 2017/2394 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2017, sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell’esecuzione della normativa che tutela i consumatori.

⁶³ Regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online.

⁶⁴ V. il *Product Safety Pledge. Voluntary Commitment of Online Marketplaces with Respect to the Safety of Non-food Consumer Products Sold Online by Third Party Sellers*, reperibile *online*, sul quale v. C. ULLRICH, *op. cit.*, pp. 578-579, e A. BERTOLINI, F. EPISCOPO, N.-A. CHERCIU, *op. cit.*, pp. 61-62.

⁶⁵ I primi quattro firmatari sono Alibaba, Amazon, eBay e Rakuten. Nel 2020 si sono aggiunti Allegro, Cdiscount, Wish.com, Bol.com, eMAG; nel 2021, Joom ed Etsy. L’iniziativa contiene impegni riguardanti i prodotti non sicuri venduti *online* da terzi sui servizi dei firmatari che, in alcuni casi, vanno oltre quanto previsto nella legislazione vigente.

⁶⁶ Proposta del 30 giugno 2021, COM(2021)346 final.

4 e 5 della proposta⁶⁷; e dall'altro lato, l'art. 7 della proposta riproduce la regola dell'assenza di obblighi generali di sorveglianza o di accertamento attivo dei fatti già prevista dall'art. 15, par. 1, direttiva *eCommerce*. Se ne ricava come la Commissione, anche su sollecitazione del Parlamento europeo⁶⁸, abbia abbandonato almeno per il momento l'intenzione di imporre obblighi di controllo *ex ante* dei contenuti illegali caricati da terzi sui servizi di *hosting*, intenzione che, come detto, è stata respinta nel recente passato per i contenuti terroristici e quelli coperti dal diritto d'autore.

Piuttosto, l'Esecutivo dell'UE si è mosso con maggiore decisione sulla strada degli incentivi all'adozione di misure proattive assunte su base volontaria, prevedendo all'art. 6 una versione "temperata" del c.d. "principio del buon samaritano". La disposizione, formalizzando quanto già sostenuto in passato⁶⁹, intende porre rimedio al "paradosso" secondo cui gli ISP sono restii ad adottare siffatte misure, evitando se possibile di svolgere attività di moderazione, per timore di perdere la qualifica di intermediari "passivi" e, di conseguenza, essere considerati responsabili indiretti per i contenuti illegali caricati dagli utenti, da loro individuati prima di apposita segnalazione o di un'ingiunzione nazionale⁷⁰. Per questo motivo, l'art. 6 stabilisce una protezione *prima facie* per i prestatori intermediari: la semplice circostanza dello svolgimento di indagini volontarie o di altre attività dirette all'individuazione, identificazione e rimozione/disabilitazione dei contenuti illegali, così come l'adozione delle misure necessarie per conformarsi alle prescrizioni del diritto UE per quanto riguarda l'attuazione delle loro condizioni generali⁷¹, non sarà sufficiente a escludere la possibilità per i *providers* di avvalersi dell'esonero da quella responsabilità.

Si tratta, come detto, di una versione "temperata" del principio già previsto negli Stati Uniti⁷², dato che l'esonero opererà solo se i prestatori eseguiranno le misure proattive "in buona fede e in modo diligente"⁷³: ciò significa che si applicherà anche in questo caso il precedente art. 5 che, come sappiamo, esclude la possibilità per gli *hosting providers* di avvalersi dell'esonero qualora vengano

⁶⁷ A proposito degli *hosting providers*, l'art. 5 della proposta aggiunge che l'esonero dalla responsabilità indiretta non opera in tema di contratti conclusi dai consumatori, qualora la piattaforma *online* induca un consumatore medio e ragionevolmente informato a ritenere che le informazioni, o il prodotto o il servizio oggetto delle operazioni siano forniti dalla piattaforma stessa o da un destinatario del servizio che agisce sotto la sua autorità o il suo controllo (cioè, quando la piattaforma di cui si tratta non si palesi come un autentico *hosting provider*).

⁶⁸ Si veda la risoluzione P9_TA(2020)0272, par. 6.

⁶⁹ Si vedano la comunicazione COM(2017)555, p. 14, e il 26° 'considerando' della raccomandazione 2018/334.

⁷⁰ In argomento A. BERTOLINI, F. EPISCOPO, N.-A. CHERCIU, *op. cit.*, p. 32.

⁷¹ Tale ultima precisazione si ritrova nel 25° 'considerando'.

⁷² Ove invece è in vigore nella sua forma "piena": in base alla *Section 230 del Communications Act* del 1934, come modificato dal *Communications Decency Act* del 1996, i prestatori stabiliti negli Stati Uniti sono ritenuti immuni da responsabilità anche se vengono a conoscenza di contenuti illegali diffusi tramite i loro servizi.

⁷³ 25° 'considerando'.

a conoscenza della presenza di contenuti illegali – qui, tramite misure proattive – e non agiscono subito per rimuoverli o disabilitarne l’accesso. Così formulato, però, l’art. 6 dovrebbe svolgere un ruolo abbastanza limitato⁷⁴. Stabilendo che gli ISP non saranno inammissibili all’esonero dalla responsabilità indiretta “per il solo fatto” di adottare misure proattive, infatti, la protezione dell’art. 6 viene circoscritta ai soli casi in cui gli ISP si limiteranno strettamente a svolgere le azioni indicate. Ragionando *a contrario*, essi però potranno risultare responsabili in tutti gli altri casi di conoscenza di contenuti illegali⁷⁵ e, addirittura, anche nel caso in cui rimangano nell’alveo delle attività indicate⁷⁶. Detto altrimenti, le misure proattive volontarie né precluderanno né garantiranno l’esonero dalla responsabilità.

Se ciò è vero, è probabile che gli *hosting providers* di dimensione più ridotta faranno a meno di avvalersi di simili misure per non fornire prova di conoscenza effettiva dell’esistenza di presunti contenuti illegali diffusi sui loro servizi, la qual cosa pone un problema di effettività del principio qui esaminato. Al contrario, le piattaforme *online* specie se molto grandi⁷⁷ saranno più propense rispetto al passato a rimuovere i contenuti generati dagli utenti, non limitandosi a quelli chiaramente illegali ma intervenendo anche su quelli “dubbi” per non risultare in qualche modo inadempienti⁷⁸. Tale ultima considerazione, però, solleva un diverso problema di rispetto del principio di proporzionalità: se è vero, infatti, che l’art. 6 tenta di conciliare la necessità di un intervento anticipato con il confermato regime di esenzione dalla responsabilità indiretta e con il divieto di obblighi generali di sorveglianza o ricerca attiva dei contenuti illegali, in un certo senso “invogliando” i *providers* a svolgere indagini volontarie, è altrettanto vero che la libertà di espressione degli utenti, che la proposta DSA pure si ripropone di tutelare, ne potrà risultare più facilmente lesa⁷⁹. È dunque auspicabile, a fronte di una disposizione che rischia di rivelarsi non solo inutile ma anche dannosa, che l’esatto bilanciamento tra esonero dalla responsabilità e tutela della libertà

⁷⁴ Per alcune considerazioni sull’effettiva utilità di questa norma, v. G. CAGGIANO, *La proposta*, cit., pp. 18-19.

⁷⁵ Ad es., quando assumeranno informazioni specifiche per trasmetterle alle autorità competenti in base all’art. 9, oppure nel momento in cui riceveranno notifiche anche non dettagliate da parte degli utenti ex art. 14. *Amplius* J. BARATA, *The Digital Services Act and the Reproduction of Old Confusions: Obligations, Liabilities and Safeguards in Content Moderation*, in *Verfassungsblog*, 2 marzo 2021, reperibile *online*.

⁷⁶ Ad es. qualora le misure proattive non si rivelino efficaci, oppure se vengano svolte in maniera non diligente. Ciò viene esplicitato nel 25° ‘considerando’, il quale, con formulazione abbastanza vaga e forse anche “ipocrita”, afferma che le attività volontarie non dovrebbero essere prese in considerazione ai fini della responsabilità indiretta, “senza che tale norma implichi tuttavia che il prestatore possa necessariamente avvalersene”. Cfr. A. KUCZERAWY, *The Good Samaritan that wasn’t: Voluntary Monitoring under the (Draft) Digital Services Act*, *ivi*, 12 gennaio 2021, reperibile *online*.

⁷⁷ Le quali, spesso, sono già oggi dotate di strumenti automatizzati sofisticati, sono già impegnate in attività di moderazione e sono soggette a vincoli più incisivi nella proposta DSA.

⁷⁸ Così anche J. BARATA, *The Digital Services Act*, cit.

⁷⁹ *Ibidem*.

di espressione sia al più presto individuato in un'apposita comunicazione interpretativa della Commissione, in attesa di una (non improbabile) pronunzia della Corte di giustizia.

Carattere di novità rispetto alla direttiva *eCommerce* assume anche l'art. 8 della proposta, che detta le disposizioni procedurali conseguenti agli ordini di contrastare i contenuti illegali emessi dalle autorità amministrative o giurisdizionali nazionali⁸⁰. Questi andranno redatti nella lingua dichiarata dall'ISP e inviati al punto di contatto nominato dai prestatori⁸¹, oltre che al coordinatore nazionale dei servizi digitali⁸² il quale li trasmetterà alla rete dei coordinatori nazionali⁸³. Gli ordini dovranno recare la motivazione per cui i contenuti sono ritenuti illegali (con indicazione della specifica disposizione UE o nazionale violata), gli elementi idonei alla loro identificazione (compreso uno o più indirizzi URL) e appropriate informazioni sui mezzi di ricorso. Inoltre, il loro ambito di applicazione territoriale non dovrà eccedere quanto strettamente necessario per il conseguimento dell'obiettivo. Ricevuti tali ordini, gli ISP avranno l'obbligo di informare quanto prima l'autorità emittente in merito alle misure adottate e al momento in cui sono state eseguite.

Ciò posto, la proposta DSA stabilisce obblighi via via più penetranti – definibili “a cerchi concentrici” – in ragione delle differenti attività svolte dagli ISP e della loro dimensione economica. Mentre gli articoli da 10 a 13 riguardano tutti gli ISP, i successivi articoli 14 e 15 si rivolgono solo agli *hosting providers*; a loro volta, gli articoli da 16 a 24 interessano i soli *hosting providers* che gestiscono piattaforme *online*; e infine gli articoli da 25 a 33 contengono obblighi per le sole piattaforme *online* di dimensioni molto grandi.

Con riguardo alla rimozione dei contenuti illegali per tutti i prestatori intermediari, rilevano gli obblighi di trasparenza degli articoli 12 e 13.

La prima norma imporrà agli ISP di includere, nelle condizioni generali, appropriate informazioni sulle restrizioni applicabili alle informazioni diffuse tramite i loro servizi. Simili informazioni – che andranno redatte in maniera chiara e comprensibile nonché rese disponibili in formato facilmente accessibile – comprendono, in particolare, le modalità con cui gli ISP procedono alla moderazione dei contenuti, compresi gli eventuali processi algoritmici utilizzati e la loro verifica umana (par. 1). La necessità di adottare misure di rimozione “trasparenti” emerge anche dall'obbligo a carico dei prestatori di agire in modo diligente, obiettivo e proporzionato, tenendo in debito conto i diritti e gli interessi legittimi di tutte le parti interessate, compresi i diritti fondamentali sanciti dalla Carta di Nizza (par. 2).

⁸⁰ A questa norma si affianca quella dell'art. 9 sulle disposizioni procedurali conseguenti agli ordini di fornire informazioni, qui sinteticamente richiamata.

⁸¹ L'art. 10 della proposta DSA specifica che tutti gli ISP debbono istituire un punto di contatto unico per le comunicazioni con le autorità nazionali, la Commissione e il Comitato europeo per i servizi digitali dell'art. 47.

⁸² Si tratta di una figura istituita dall'art. 38 della proposta, che ha la responsabilità di tutte le questioni relative all'applicazione e all'esecuzione del DSA a livello nazionale.

⁸³ Prevista dall'art. 67.

A sua volta, l'art. 13 prevede un obbligo di trasparenza a più ampio raggio, imponendo agli ISP (tranne le micro e le piccole imprese) di pubblicare, almeno una volta l'anno, relazioni chiare, facilmente comprensibili e dettagliate sulle attività di moderazione dei contenuti svolte nel periodo di riferimento. La relazione dovrà distinguere tra numero di ordini ricevuti dalle autorità nazionali e attività di moderazione svolta autonomamente (per tutti gli ISP), notifiche presentate dagli utenti (per tutti gli *hosting providers*) e reclami ricevuti (per tutte le piattaforme *online*, anche molto grandi). In questa maniera, a seconda del prestatore considerato, si dovrebbe assicurare non solo un controllo *ex post* a carattere diffuso, ma anche la possibilità di correggere gli aspetti problematici da parte dei coordinatori nazionali dei servizi digitali⁸⁴ e, per le piattaforme molto grandi, anche della Commissione⁸⁵.

Gli *hosting providers* supporteranno, come detto, obblighi maggiori rispetto alla generalità degli ISP anche in merito alla rimozione dei contenuti illegali.

In primo luogo, l'art. 14 proposta DSA afferma che essi dovranno predisporre meccanismi di *notice-and-action*, consentendo così a persone o enti di presentare, facilmente e in via elettronica, notifiche sufficientemente precise e adeguatamente motivate concernenti la presenza di presunti contenuti illegali sui loro servizi⁸⁶. Questa previsione si ricollega funzionalmente alla regola dell'esonero dalla responsabilità indiretta dell'art. 5, nel senso che le notifiche "complete" (cioè, che soddisferanno tutte le condizioni previste)⁸⁷ costituiranno *ex art. 14, par. 3*, la presunzione *juris et de jure* dell'acquisizione della conoscenza o consapevolezza effettiva dell'esistenza di contenuti da verificare⁸⁸. Quindi, se vorranno avvalersi dell'esonero, gli *hosting providers* non avranno altra scelta che esaminare quelle notifiche e prendere decisioni sulla rimozione o la disabilitazione dell'accesso dei presunti contenuti illegali in modo tempestivo, diligente e obiettivo, comunicandone l'esito al notificante assieme alle informazioni sui mezzi di ricorso esperibili. Dubbi residuano, invece, in caso di notifiche "non complete": a nostro avviso, qui la presunzione assoluta di conoscenza non dovrebbe operare, dovendosi invece valutare con prove e controprove la diligenza dell'operatore economico ai sensi della giurisprudenza *L'Oréal SA e a. c. eBay*⁸⁹.

⁸⁴ In base all'art. 41.

⁸⁵ *Ex art.* 51 ss.

⁸⁶ Sulla generalizzazione del ruolo degli utenti come "*platform prosecutors*", cfr. Q. WEINZIERL, *Institutionalizing Parallel Governance: The Digital Services Act, Platform Laws, Prosecutors, and Courts*, in *Verfassungsblog*, 18 dicembre 2020, reperibile *online*.

⁸⁷ Le notifiche dovranno contenere la spiegazione dei motivi dell'illegalità dei contenuti, la chiara indicazione della loro ubicazione elettronica, le generalità del notificante e la dichiarazione della sua "buona fede".

⁸⁸ Il 22° 'considerando' è chiaro a riguardo, affermando che "[i] prestatore può effettivamente acquisire [la] conoscenza o consapevolezza [di cui all'art. 5, par. 1] in particolare mediante (...) notifiche inviategli da persone o enti conformemente al presente regolamento, nella misura in cui tali notifiche sono sufficientemente precise e dimostrate da consentire a un operatore economico diligente di individuare ragionevolmente, valutare e, se del caso, contrastare i presunti contenuti illegali" (corsivo nostro).

⁸⁹ *Supra*, nota 15.

L'art. 15 della proposta prevede invece un obbligo di trasparenza degli *hosting providers* nei confronti, questa volta, di coloro che hanno fornito i contenuti considerati illegali. La decisione di rimozione o disabilitazione andrà infatti comunicata, al più tardi al momento della sua esecuzione, all'utente che ha fornito i relativi contenuti, motivandola in maniera chiara e precisa secondo quanto previsto dal par. 2. L'importanza di questa disposizione è di palmare evidenza, atteso che dovrebbe porre fine alla prassi "da far west" di numerosi prestatori (in specie, i grandi *social network*) di rimuovere contenuti senza fornire motivazione alcuna, nonché permettere agli utenti di accedere in maniera effettiva, a seconda della tipologia di *hosting provider*, ai meccanismi interni di gestione dei reclami, ai mezzi di risoluzione extragiudiziale delle controversie e ai ricorsi per via giudiziaria.

Ulteriori obblighi anche relativi alla rimozione e disabilitazione interesseranno, invece, le piattaforme *online*. Queste ultime sono definite all'art. 2, lett. h) – in maniera forse troppo riduttiva – come *hosting providers* che, su richiesta degli utenti, memorizzano e diffondono al pubblico informazioni, a meno che tali attività siano minori e puramente accessorie ad altri servizi.

Tranne le microimprese o le piccole imprese (art. 16), tutte le piattaforme *online* dovranno anzitutto fornire agli utenti l'accesso a un sistema interno di gestione dei reclami, per almeno sei mesi dalle decisioni di rimozione o di disabilitazione dei contenuti forniti (art. 17)⁹⁰. Per quanto di nostro interesse, il reclamo permetterà agli utenti di sottoporre le motivazioni della liceità (e della compatibilità con le *community rules*) dei contenuti rimossi o disabilitati; se ritenute sufficienti, le decisioni di rimozione o disabilitazione dovranno essere annullate senza indebito ritardo.

Ciò non toglie, tuttavia, che i destinatari di quelle decisioni potranno anche rivolgersi a organismi (esterni) di risoluzione extragiudiziale delle controversie, la cui attività sarà svolta previa certificazione del coordinatore dei servizi digitali dello Stato membro di stabilimento (art. 18). In caso di rimozione o disabilitazione di presunti contenuti illegali, la norma risulterà particolarmente favorevole agli utenti per tre ragioni: in primo luogo, vincolerà *ex lege* le piattaforme *online* alle decisioni assunte dagli organismi; in secondo luogo, non escluderà il ricorso per via giudiziaria; infine, in caso di decisione favorevole alle piattaforme, non imporrà agli utenti il pagamento di diritti e altre spese sostenute da queste ultime mentre, nel caso contrario, le piattaforme *online* saranno invece obbligate al rimborso della controparte⁹¹.

Le piattaforme *online* dovranno anche prendere misure tecniche e organizzative per permettere il trattamento in via prioritaria delle notifiche presentate dai segnalatori attendibili (art. 19), che nei fatti svolgono una funzione di "pre-filtro" – basato sulla loro qualificata attendibilità – per le successive decisioni di rimozione o disabilitazione. In maniera opportuna, l'art. 20 stabilisce misure

⁹⁰ L'accesso a questi sistemi interni opera anche nel caso di decisioni di sospensione o cessazione totale o parziale sia della prestazione del servizio sia dell'account degli utenti.

⁹¹ Per una critica all'art. 18, v. D. HOLZNAGEL, *The Digital Services Act wants You to "sue" Facebook over Content Decisions in Private De Facto Courts*, in *Verfassungsblog*, 24 giugno 2021, reperibile *online*.

contro gli abusi: per un verso, i fornitori frequenti di contenuti manifestamente illegali dovranno essere sospesi dal servizio, per un periodo di tempo ragionevole, dopo aver ricevuto un avviso preventivo; per altro verso, la sospensione opererà anche nei confronti del trattamento di notifiche e reclami presentati da persone o enti che, in passato, hanno dimostrato di presentare con frequenza notifiche o reclami manifestamente infondati. Uno obbligo di trasparenza è poi contenuto nell'art. 23, secondo cui le piattaforme *online* dovranno includere nella relazione di cui all'art. 13 anche le informazioni sul numero delle sospensioni effettuate (evidenziando, tra le altre, quelle relative alla fornitura di contenuti illegali) e su qualsiasi uso di strumenti automatizzati per la moderazione dei contenuti.

Infine, le piattaforme *online* di dimensioni molto grandi dovranno adempiere ad alcuni obblighi supplementari, diretti tra l'altro a limitare il più possibile la loro discrezionalità in merito alla diffusione di contenuti illegali sui loro servizi. Tali obblighi si applicheranno ai c.d. "giganti tecnologici", cioè alle piattaforme che, in base all'art. 25, par. 1, della proposta DSA, prestano i loro servizi a un numero medio mensile di destinatari attivi del servizio nell'UE pari o superiore a 45 milioni.

Sempre limitandoci alla questione di nostro interesse, l'art. 26 della proposta afferma anzitutto l'obbligo per le piattaforme molto grandi di compiere annualmente una valutazione degli eventuali rischi sistemici, ivi compresa la diffusione dei contenuti illegali, gli eventuali effetti negativi per l'esercizio dei diritti fondamentali e, con riguardo in specie ai contenuti disinformativi, l'eventuale manipolazione intenzionale del servizio⁹². Tale valutazione dovrà tener conto delle modalità con cui il sistema di moderazione dei contenuti è capace di influenzare, tra l'altro, la diffusione potenzialmente rapida e ampia di contenuti illegali e di informazioni incompatibili con le condizioni generali di servizio. In presenza di un rischio di diffusione di tali contenuti, l'art. 27 obbligherà quelle piattaforme ad adottare misure di attenuazione, in specie l'adeguamento del sistema di moderazione dei contenuti, con possibilità per il Comitato europeo per i servizi digitali di individuare annualmente i rischi sistemici più rilevanti e le migliori pratiche per attenuarli, e per la Commissione di predisporre orientamenti generali in materia.

Le piattaforme molto grandi sopporteranno, in base all'art. 28, anche l'obbligo di sottoporsi, una volta l'anno, ad audit esterni indipendenti diretti a valutare, in particolare, il rispetto di tutti gli obblighi prima esaminati relativi alla rimozione e disabilitazione dei contenuti illegali nonché degli impegni volontariamente assunti in materia attraverso i codici di condotta. In caso di audit non positivo, le piattaforme di cui si tratta dovranno adottare le misure correttive conseguenti.

Tra gli altri obblighi di diligenza rilevanti ai nostri fini, si segnalano infine gli articoli 34 e 35 dedicati rispettivamente alle norme settoriali volontarie e ai codici di condotta. Quanto alle prime, la Commissione sosterrà e promuoverà lo sviluppo e l'attuazione di tali norme relative a questioni connesse anche alla rimozione dei

⁹² Sul trattamento dei contenuti disinformativi da parte delle piattaforme *online* di dimensioni molto grandi, v. J. BRATTA, *The Digital Services Act: a Silver Bullet to Fight Disinformation?*, 8 febbraio 2021, reperibile *online*, e P. CESARINI, *Regulating Big Tech to Counter Online Disinformation: Avoiding Pitfalls while Moving Forward*, in *MediaLaws*, 2021, n. 1, p. 288 ss.

contenuti illegali: esse, infatti, riguarderanno almeno la presentazione elettronica delle notifiche degli utenti (art. 14) e dei segnalatori attendibili (art. 19), nonché gli audit indipendenti per le piattaforme molto grandi (art. 28). Con riguardo ai codici di condotta, invece, si conferma la tendenza degli ultimi anni diretta ad affiancare alla regolazione pubblica gli strumenti di co-regolazione, al fine di affrontare in particolare le sfide specifiche connesse alla lotta ai diversi tipi di contenuti illegali e ai rischi sistemici: infatti, in presenza di questi ultimi, la Commissione potrà invitare tutte le parti interessate all'elaborazione di quei codici⁹³ e valuterà, assieme al Comitato europeo per i servizi digitali, la loro efficacia.

Complessivamente considerate, le disposizioni della proposta DSA rivolte alle piattaforme *online* molto grandi dovrebbero permettere di trattare in maniera più incisiva la “delicata” questione della rimozione dei contenuti d'odio (*hate speech*) e dei contenuti disinformativi, che merita qui esaminare brevemente.

La nozione di *hate speech* fa riferimento a tutte quelle forme di manifestazione del pensiero che diffondono, incitano, promuovono o giustificano l'odio razziale, la xenofobia, l'antisemitismo o altre forme di odio basate sull'intolleranza⁹⁴. Nei confronti di simili contenuti, si pone la necessità di contemperare il diritto alla libertà di espressione⁹⁵ con il divieto di incitamento all'odio e alla discriminazione⁹⁶, nella consapevolezza che la prima libertà non può arrivare al punto di ammettere forme di espressione basate sull'odio e sull'intolleranza. Il problema si è fatto ancor più pressante negli ultimi anni, non a caso, in ragione della capillare diffusione degli *hate speech* proprio attraverso alcune grandi piattaforme *online* (i *social network*).

In materia, il regime normativo dell'UE⁹⁷ è meno dettagliato rispetto a quelli relativi ad altri contenuti illegali: il rispetto della regola dell'esonero dalla re-

⁹³ Che dovranno definire in maniera chiara gli obiettivi da raggiungere e gli indicatori chiave per la misurazione dei risultati, tenendo in debito conto le esigenze e gli interessi di tutte le parti interessate.

⁹⁴ Così si esprime la raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, del 30 ottobre 1997, sull'*hate speech*, n. 97/20.

⁹⁵ Sancito, tra gli altri, dall'art. 19 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, dall'art. 19 del Patto sui diritti civili e politici, dall'art. 10 della CEDU e dall'art. 11 della Carta di Nizza.

⁹⁶ Si vedano, ad es., l'art. 7 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, l'art. 4 della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, l'art. 20 del Patto sui diritti civili e politici e l'art. 21 della Carta di Nizza. La CEDU, invece, non contiene una norma *ad hoc*, ma la Corte europea dei diritti dell'uomo ha avuto modo di limitare il diritto alla libertà di espressione dell'art. 10 applicando altri articoli della Convenzione (tra cui l'art. 17 sull'abuso del diritto): in argomento, v. M. SPATTI, *Hate speech e negazionismo tra restrizioni alla libertà d'espressione e abuso del diritto*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, p. 341 ss.; M. CASTELLANETA, P. DE SENA, *La libertà di espressione e le norme internazionali, ed europee, prese sul serio: sempre su CasaPound c. Facebook*, in *SIDIBlog*, 20 gennaio 2020, reperibile *online*; E. NALIN, *Libertà di espressione tramite facebook e hate speech*, in *Sud in Europa*, febbraio 2020, p. 13 s.; e A. KUCZERAWY, *Does Twitter trump Trump? A European perspective*, in *Verfassungsblog*, 29 gennaio 2021, reperibile *online*.

⁹⁷ In dottrina v. tra gli altri E. PSAILA, K. ADAMIS-CSÁSZÁR, M. VERBARI, V. LEIGH, V. DALLA POZZA, *The European Legal Framework on Hate Speech, Blasphemy and Its Inte-*

sponsabilità indiretta dell'art. 14 direttiva *eCommerce* viene, infatti, affiancata solo da misure di diritto penale (decisione quadro 2008/913/GAI)⁹⁸, da obblighi particolari a carico di alcuni *providers* (direttiva 2010/13, modificata dalla direttiva 2018/1808)⁹⁹ e da misure volontarie. A tale ultimo proposito, si segnala l'adozione, nel 2016, di uno specifico *Codice di condotta per contrastare l'illecito incitamento all'odio online*¹⁰⁰, sottoscritto dalla Commissione e da alcuni grandi fornitori di piattaforme *online*¹⁰¹, in cui questi ultimi si sono, in specie, impegnati a istituire procedure trasparenti ed efficaci per esaminare le segnalazioni e a esaminare, alla luce delle proprie *community rules* e delle norme nazionali rilevanti, la maggior parte delle segnalazioni in meno di 24 ore, procedendo alla loro eventuale rimozione o disabilitazione. Nonostante si stia dimostrando efficace¹⁰², soprattutto in virtù della previsione di un breve termine per agire, il Codice non è però esente da problematiche¹⁰³.

raction with Freedom of Expression, Study at the request of the LIBE committee, settembre 2015, reperibile *online*; F. CASAROSA, *L'approccio normativo europeo verso il discorso dell'odio online: l'equilibrio fra un sistema di "enforcement" efficiente ed efficace e la tutela della libertà di espressione*, in *Questione giustizia*, 8 luglio 2020, reperibile *online*; e G. RUOTOLO, *Scritti*, cit., p. 229 ss.

⁹⁸ Decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale. Questo atto si limita a stabilire l'obbligo per gli Stati di prendere le misure necessarie per punire, tra l'altro, "l'istigazione pubblica alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo di persone, o di un suo membro, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica" (art. 1, lett. a) e "la perpetrazione di uno degli atti di cui alla lettera a) mediante la diffusione e la distribuzione pubblica di scritti, immagini o altro materiale" (lett. b). Quanto alle misure di contrasto, l'art. 3 stabilisce l'obbligo di introdurre negli ordinamenti interni sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive che prevedano la reclusione per una durata massima da uno e tre anni.

⁹⁹ Il ricordato art. 28-ter chiede agli Stati di assicurarsi che i fornitori di piattaforme per la condivisione di video prendano misure adeguate per tutelare il grande pubblico da programmi, video generati dagli utenti e comunicazioni commerciali audiovisive che, da un lato, istighino alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo di persone o un membro di un gruppo per motivi discriminatori (par. 1, lett. b) e, dall'altro, includano contenuti la cui diffusione costituisce reato di stampo razzista o xenofobo ai sensi della decisione quadro 2008/913 (lett. c).

¹⁰⁰ *Code of Conduct on Countering Illegal Hate Speech Online*, del 30 maggio 2016, reperibile *online*. Cfr. K. PODSTAWA, *Hybrid Governance or... Nothing? The EU Code of Conduct on Combatting Illegal Hate Speech Online*, in E. CARPANELLI, N. LAZZERINI (eds.), *Use and Misuse of New Technologies*, Cham (Switzerland), 2019, p. 167 ss.

¹⁰¹ Sinora hanno firmato Facebook, Google, Microsoft, Twitter, Instagram, Google+, Snapchat, Dailymotion, Jeuxvideo.com e ByteDance (TikTok).

¹⁰² Secondo la *Fifth Evaluation of the Code of Conduct*, giugno 2020, reperibile *online*, le compagnie firmatarie valutano il 90% dei contenuti segnalati entro 24 ore e il 71% dei contenuti giudicati di *hate speech* viene rimosso.

¹⁰³ A parte il fatto di scontare i limiti tipici di uno strumento volontario, esso ha spinto le piattaforme *online* a dotarsi di strumenti automatizzati mirati per il riconoscimento degli *hate speech* che, però, non riescono sempre a distinguere tra veri discorsi d'odio e altre manifestazioni del pensiero. Inoltre, la mancanza di espressi riferimenti alla possibilità di ricorrere a mezzi giudiziali e stragiudiziali per la risoluzione delle controversie sull'illiceità

I contenuti *disinformativi*¹⁰⁴, invece, non sono intrinsecamente illegali. Tenendo a mente la già ricordata definizione di “contenuto illegale” accolta nella proposta DSA, infatti, la disinformazione non rientra a stretto rigore tra le informazioni non conformi alla normativa UE o degli Stati membri¹⁰⁵ soprattutto in ragione del fatto che il confine tra libertà di espressione, cattiva informazione e disinformazione è molto sottile e che si potrebbe facilmente giungere alla compressione ingiustificata della prima libertà¹⁰⁶. Ciò nonostante, la presenza di quei contenuti *online* pone uno specifico problema di rimozione, nella misura in cui

o meno dei contenuti rimossi perché ritenuti *hate speech*, ha sinora lasciato agli utenti solo la facoltà di rivolgersi ai sistemi di revisione istituiti dalle piattaforme, se esistenti. Proprio in materia di discorsi d’odio si sono avute, peraltro, le prime decisioni del *Facebook Oversight Board* (FOB), organo di autoregolamentazione esterno con la finalità di assicurare un controllo ulteriore e indipendente sulle attività di rimozione e blocco degli account effettuate dal *social network* per violazioni delle proprie *community rules*. Il 28 gennaio 2021, il FOB ha pubblicato le prime sei decisioni, affermando in quattro di esse che i contenuti rimossi perché ritenuti *hate speech* avrebbero dovuto ricevere una valutazione differente (in argomento v. O. POLLICINO, G. DE GREGORIO, *Shedding Light on the Darkness of Content Moderation: The First Decisions of the Facebook Oversight Board*, in *Verfassungsblog*, 5 febbraio 2021).

¹⁰⁴ Nella comunicazione del 26 aprile 2018, *Contrastare la disinformazione online: un approccio europeo*, COM(2018)236 final, p. 4, la disinformazione viene definita come “un’informazione rivelatasi falsa o fuorviante concepita, presentata e diffusa a scopo di lucro o per ingannare intenzionalmente il pubblico, e che può arrecare un pregiudizio pubblico”. Il pregiudizio pubblico, in specie, comprende le minacce ai processi politici democratici, ai processi di elaborazione delle politiche e ai beni pubblici (tutela della salute dei cittadini, dell’ambiente e della sicurezza dell’Unione). Così definita, la disinformazione va distinta altri fenomeni talvolta a essa ricondotti, quali la cattiva informazione (o *misinformation*, ove i contenuti falsi o fuorvianti, seppur dannosi, vengono diffusi senza intenzione fraudolenta), le operazioni di influenza delle informazioni (in genere attuate da soggetti nazionali o esteri per influenzare il pubblico con una serie di mezzi ingannevoli) e le vere e proprie ingerenze straniere (misure coercitive e ingannevoli poste in essere da soggetti statali stranieri al fine di ostacolare la libertà di informazione e di espressione degli individui). In argomento v. G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, *Disinformation and Hate Speech - A European Constitutional Perspective*, Milano, 2020, spec. p. 97 ss., e G. CAGGIANO, *Il contrasto alla disinformazione tra nuovi obblighi delle piattaforme online e tutela dei diritti fondamentali nel quadro del Digital Service Act e della co-regolamentazione*, in *Papers di diritto europeo - Riflessioni e ricerche*, 2021, n. 1, pp. 45 ss.

¹⁰⁵ Anche il Piano d’azione contro la disinformazione del 2018 (comunicazione congiunta della Commissione e dell’Alto rappresentante dell’Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, del 5 dicembre 2018, JOIN(2018)36 final) riconosce che le azioni di contrasto in materia “riguardano esclusivamente i contenuti di disinformazione che sono legali a norma del diritto dell’Unione o nazionale” (p. 1).

¹⁰⁶ V. ad es. la sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, del 25 luglio 2019, *Brzeziński c. Polonia*, ECLI:CE:ECHR:2019:0725JUD004754207, in cui è stata riscontrata la violazione dell’art. 10 CEDU sulla libertà di espressione nei confronti dello Stato polacco, i cui giudici avevano censurato (perché ritenuti disinformativi) i commenti fatti dal ricorrente, candidato sindaco, in un volantino diffuso nella comunità locale prima delle elezioni. Sulla possibilità di utilizzare l’art. 17 CEDU quale limite della libertà di espressione nei casi di disinformazione v. E. SHATTOCK, *Should the ECtHR Invoke Article 17 for Disinformation Cases?*, in *EJIL:Talk!*, 26 marzo 2021, reperibile *online*.

risulta elevata la loro capacità di trarre in inganno un pubblico numeroso e arrecare un serio pregiudizio alla collettività¹⁰⁷. Nonostante l'azione UE si sia fatta più intensa negli ultimi anni¹⁰⁸, essa non ha sinora portato all'approvazione di disposizioni efficaci sulla rimozione dei contenuti disinformativi, lasciando nelle mani delle piattaforme *online* un potere pressoché assoluto nel decidere, in base alle loro *community rules*, cosa è disinformazione e cosa non lo è¹⁰⁹ (fenomeno della c.d. “privatizzazione della censura”)¹¹⁰. A ciò non si è riuscito a porre rimedio neanche con l'adozione del *Codice di buone pratiche dell'UE sulla disinformazione* del 20 settembre 2018¹¹¹, strumento di co-regolamentazione firmato dalla Commissione e da alcune grandi piattaforme *online* (Facebook, Google, Microsoft, Mozilla, Twitter, ByteDance (TikTok)) e associazioni europee del settore¹¹².

¹⁰⁷ Si pensi ad es. alla disinformazione sui processi elettorali che, grazie all'utilizzo delle nuove tecnologie, giunge alla manipolazione intenzionale del discorso politico sui *social network*: tale manipolazione, pur se non necessariamente originata da campagne di influenza o ingerenza straniere, è idonea a pregiudicare la qualità del dibattito pubblico soprattutto in periodo preelettorale (cfr. l'*obiter dictum* della citata sentenza *Brzeziński c. Polonia*, par. 55, ove la Corte europea “admet qu'il est nécessaire de lutter contre la dissémination d'informations fallacieuses à propos des candidats aux élections afin de préserver la qualité du débat public en période préélectorale”). Ma si pensi anche alla c.d. “infodemia” da coronavirus, espressione che fa riferimento alla sovrabbondanza di contenuti informativi su siti web e *social network* in merito alle cause e alle conseguenze della pandemia, tra i quali è difficile discernere quelli veri, quelli inaccurati, quelli disinformativi e quelli creati da campagne di ingerenza straniera (cfr. per tutti N. BENTZEN, T. SMITH, *Countering the Health 'Infodemic'*, aprile 2020, reperibile *online*). Si ricordano anche le campagne di disinformazione contro i migranti e altre minoranze nonché quelle contro le persone LGBTI+.

¹⁰⁸ Cfr. N. BENTZEN, *Online Disinformation and the EU's Response*, febbraio 2019, reperibile *online*, e M. LASTILLA, *Il virus della disinformazione online nell'UE*, in *Sud in Europa*, dicembre 2020, p. 17 s. Si segnala anche la decisione del Parlamento europeo di costituire, nell'attuale legislatura, una “Commissione speciale sulle ingerenze straniere in tutti i processi democratici nell'Unione europea, inclusa la disinformazione” (decisione del 18 giugno 2020, P9_TA(2020)0161).

¹⁰⁹ Ne deriva la concreta possibilità che vengano rimossi contenuti non disinformativi (o addirittura la cancellazione degli *account*) oppure, al contrario, che non si proceda alla rimozione di quelli volutamente falsi, spesso in base all'applicazione di algoritmi automatizzati senza successiva verifica umana, senza inoltre che gli utenti ricevano una motivazione e dispongano di efficaci mezzi di ricorso oltre quelli interni, ove previsti. Conforme G. CAGGIANO, *Il contrasto alla disinformazione*, cit., p. 53.

¹¹⁰ *Amplius* M. MONTI, *La disinformazione online, la crisi del rapporto pubblico-esperti e il rischio della privatizzazione della censura nelle azioni dell'Unione Europea* (Code of practice on disinformation), in *Federalismi.it*, n. 11/2020, p. 282 ss.

¹¹¹ Reperibile *online*.

¹¹² Cfr. M. MONTI, *Il Code of Practice on Disinformation dell'UE: tentativi in fieri di contrasto alle fake news*, in *Media Laws*, 2019, n. 1, p. 320 ss.; G. PAGANO, *Il Code of Practice on Disinformation. Note sulla natura giuridica di un atto misto di autoregolazione*, in *Federalismi.it*, n. 11/2019; M. MONTI, *La disinformazione online*, cit.; e G. CAGGIANO, *Il contrasto alla disinformazione*, cit., p. 60 ss. Nel Codice, i firmatari si sono infatti limitati a riconoscere l'importanza di aumentare gli sforzi per chiudere i profili falsi e garantire l'integrità dei servizi riguardo ai profili il cui scopo e intento consistono nel diffondere la disinfor-

5. La proposta DSA reca una disciplina dei poteri di controllo e intervento delle autorità nazionali e della Commissione relativamente al rispetto di tutte le previsioni dell'articolato¹¹³.

I poteri dei coordinatori nazionali dei servizi digitali sono regolati dall'art. 41. Quanto alla questione della rimozione dei contenuti illegali, rilevano anzitutto i poteri di ordinare agli ISP la cessazione delle violazioni e imporre misure correttive (par. 2, lett. b)¹¹⁴, nonché di adottare misure provvisorie per evitare il rischio di danno grave (lett. e). Qualora queste misure non diano risultati soddisfacenti, la violazione causi un danno grave e integri un reato grave che comporta una minaccia per la vita o la sicurezza delle persone, i coordinatori avranno il potere specifico di chiedere alle autorità giudiziarie competenti di ordinare la restrizione temporanea dell'accesso degli utenti interessati dalla violazione oppure, se tecnicamente non praticabile, la più ampia restrizione dell'accesso all'interfaccia *online* dell'ISP sui cui servizi ha luogo la violazione (par. 3, lett. b). Tali restrizioni, che dovranno rispettare le misure di salvaguardia del par. 3 e le garanzie indicate al par. 6, potranno essere disposte per un periodo di quattro settimane, ulteriormente prorogabili.

Va infine ricordato che poteri analoghi – che peraltro ricordano quelli in materia *antitrust* – sono esercitabili anche dalla Commissione, sebbene solo nei confronti delle piattaforme *online* di dimensioni molto grandi (articoli 50-66).

6. In questo contributo, abbiamo tentato di mettere in luce le diverse sfaccettature giuridiche della rimozione dei contenuti illegali *online* nella proposta DSA, nella consapevolezza che si tratta di un problema oggi sempre più avvertito. I cambiamenti che stanno interessando la regolamentazione della Rete, il ruolo sempre più incisivo delle piattaforme *online*, la banale circostanza per cui molti di noi passano un periodo di tempo significativo su Internet, tutto ciò sta determinando un cambiamento di approccio nei confronti della presenza di tali contenuti e, conseguentemente, della responsabilità degli ISP.

Si sta passando, infatti, da una fase in cui la diffusione di tali contenuti, anche se illegali, è stata in qualche modo “tollerata” al fine di intralciare il meno possibile la libertà di espressione su Internet e lo sviluppo dei servizi dei prestatori intermediari, a una fase di maggiore “maturità” (e rigore) non solo in

mazione (par. I, numeri v) e vi), senza prendere impegni precisi in merito. Anzi, si prevede che i firmatari non dovrebbero essere obbligati a cancellare o inibire l'accesso a contenuti o messaggi leciti per il solo fatto che siano ritenuti falsi, né ad adottare politiche volontarie in questa direzione (n. vii), così rendendo palese – e forse addirittura rafforzando – la tendenza alla “privatizzazione della censura” di cui si parlava prima. Non è un caso, quindi, che la Commissione abbia recentemente rilevato la necessità di procedere al rafforzamento del Codice (cfr. la comunicazione del 26 maggio 2021, COM(2021)262 final).

¹¹³ In argomento v. B. WAGNER, H. JANSSEN, *A First Impression of Regulatory Powers in the Digital Services Act*, in *Verfassungsblog*, 4 gennaio 2021, reperibile *online*.

¹¹⁴ Per alcune problematiche concernenti il controllo delle piattaforme molto grandi da parte delle (sole) autorità nazionali dello Stato di stabilimento, v. D. HOLZNAGEL, *All Member States should contribute to the Supervision of Very Large Online Platforms under the Digital Services Act*, *ivi*, 27 aprile 2021, reperibile *online*.

considerazione di particolari esigenze (la repressione del fenomeno terroristico, la lotta contro l'abuso sessuale dei minori, la limitazione della diffusione degli *hate speech*) ma anche a livello generale, grazie anche alla giurisprudenza della Corte di giustizia che, negli ultimi anni, ha limitato sempre più la tradizionale "irresponsabilità" di quei prestatori come ricavabile dalla direttiva *eCommerce*.

Non stupisce, pertanto, che l'UE stia affrontando questo problema da diversi punti di vista, cercando di operare un bilanciamento tra la libertà d'impresa dei prestatori intermediari, il sostegno allo sviluppo tecnologico e la tutela dei diritti fondamentali dei soggetti interessati in vario modo alla diffusione dei contenuti *online*. La complessità della questione è testimoniata anche dalla diversità dei tipi di contenuti illegali da rimuovere e, quindi, dalla necessità di utilizzare strumenti *ad hoc* in ragione delle diverse situazioni. Ecco perché, pur non mettendo in discussione (almeno formalmente) il regime della direttiva *eCommerce*, la normativa si è in qualche modo "stratificata", diventando sempre più complessa e diramandosi in diversi rivioli.

Sotto questo profilo, come si è visto, la proposta di *Digital Services Act* tenta di "mettere ordine", prevedendo nuovi obblighi in capo ai prestatori e sottoponendoli a un controllo pubblico sempre più intenso in ragione delle loro attività e della loro dimensione, in modo da tutelare in maniera più precisa i diritti degli utenti (e l'interesse pubblico) rispetto al passato, pur tenendo in conto le esigenze particolari di alcuni settori specifici.

Al momento in cui si scrive, la procedura legislativa per l'approvazione della proposta DSA è in fase di prima lettura. Per il Parlamento europeo, la relatrice Christel Schaldemose della commissione IMCO, responsabile per il procedimento, ha presentato il 28 maggio 2021 un progetto di relazione in cui si chiede l'introduzione di regole più stringenti sui mercati *online* per proteggere meglio i consumatori, ulteriori misure di trasparenza e requisiti per garantire la protezione degli utenti nonché rafforzare le disposizioni di attuazione e applicazione al fine di garantire che nessuno Stato diventi un "porto sicuro" per le piattaforme *online*¹¹⁵. Tra le altre novità, si segnalano l'aggiunta di un par. 1-*bis* all'art. 5 sugli *hosting providers*, secondo cui questi ultimi sarebbero tenuti a rimuovere o disabilitare l'accesso a contenuti illegali entro 24 ore se possono danneggiare gravemente l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica o la salute pubblica o danneggiare gravemente la salute o la sicurezza dei consumatori, oppure entro 7 giorni in qualsiasi altro caso; di un co. 1-*bis* all'art. 6 su alcune garanzie aggiuntive per l'applicazione del principio del buon samaritano; nonché di un par. 6-*ter* all'art. 14 concernente l'obbligo di adottare misure di *stay-down* in relazione ai prodotti già dichiarati illegali e posti nuovamente in vendita sui *marketplaces*. Si segnalano anche i progetti di relazione delle commissioni LIBE e ITRE, associate alla procedura¹¹⁶.

¹¹⁵ V. il progetto di relazione del 28 maggio 2021, PE693.594v01-00, reperibile *online*.

¹¹⁶ V. il progetto di relazione LIBE del 19 maggio 2021 (relatore Patrick Breyer), PE692.898v02-00, e il progetto di relazione ITRE del 27 maggio 2021 (relatore Henna Virkkunen), PE693.552v01-00, entrambi reperibili *online*.

In Consiglio, invece, si sono svolte numerose discussioni sulla proposta DSA. Dal *progress report* del 12 maggio¹¹⁷, si ricava come gli Stati siano generalmente favorevoli all'impianto complessivo della proposta, ivi compreso il meccanismo di *notice-and-action* dell'art. 14. Su alcuni punti "sensibili" si registra, invece, la necessità di approfondimenti¹¹⁸. Il 4 e il 16 giugno, la presidenza portoghese dell'UE ha fatto circolare due bozze di compromesso¹¹⁹. Per i profili di nostro interesse, in quella del 4 giugno si segnala una specificazione relativa alla presunzione assoluta di conoscenza effettiva di contenuti illegali di cui all'art. 14: la bozza propone di far discendere tale presunzione non da tutte le notifiche "complete", ma solo da quelle in base alle quali un *hosting provider* diligente è in grado di riconoscere l'illegalità di tali contenuti. Se venisse accolta nel testo finale, questa precisazione andrebbe a circoscrivere l'ambito di applicazione della presunzione di cui si tratta e, per l'effetto, ampliare le possibilità per i prestatori di usufruire dell'esenzione dalla responsabilità di cui all'art. 5. Di interesse è anche l'introduzione di una nuova sezione 3A del capitolo III dedicata alle sole piattaforme di *marketplace*. Quanto alla bozza del 16 giugno, nell'art. 8 sulle disposizioni procedurali conseguenti agli ordini delle autorità nazionali si dispone un opportuno obbligo per gli ISP di informare della ricezione di tali ordini il fornitore del contenuto ritenuto illegale, analogamente a quanto previsto nell'art. 15 in caso di rimozione disposta autonomamente.

Con tutta probabilità, il contemperamento dei diversi emendamenti proposti dalle due Istituzioni legislative renderà necessaria la convocazione di un informale "trilogo", all'esito del quale non saranno improbabili nuove disposizioni di compromesso. Quel che è certo, però, è che difficilmente si potrà tornare indietro dalla strada aperta dalla proposta DSA, la qual cosa lascia intendere che, alla fine della procedura, la rimozione e disabilitazione dei contenuti illegali sarà disciplinata in maniera più rigorosa e attenta ai diritti di tutte le parti interessate.

¹¹⁷ Doc. 8570/21.

¹¹⁸ Ad es., alcune delegazioni hanno chiesto di chiarire i poteri delle autorità nazionali di emettere ordini transfrontalieri e la possibilità di emettere misure di *stay-down*, nonché di valutare meglio il principio temperato del buon samaritano e l'efficacia delle misure proposte per contrastare la diffusione dei contenuti disinformativi sulle piattaforme di grandi dimensioni.

¹¹⁹ Documenti del 4 giugno 2021, 9288/21, e del 16 giugno 2021, 9288/1/21, non reperibili *online*, che abbiamo ottenuto previa richiesta di accesso agli atti presentata al Segretario generale del Consiglio.

COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

diretta da
Ennio Triggiani Ugo Villani
Giandonato Caggiano

1. Ugo VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*⁶, 2020.
2. Piero PENNETTA (a cura di), *L'evoluzione dei sistemi giurisdizionali regionali ed influenze comunitarie*, 2010.
3. Ennio TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*³, 2021.
4. Elena FALLETTI, Valeria PICCONE (a cura di), *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo*, 2012.
5. Rossana PALLADINO, *Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo*, 2012.
6. Francesco CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al Diritto dell'Unione europea*, 2012.
7. Marina CASTELLANETA, *La libertà di stampa nel diritto internazionale ed europeo*, 2012.
8. Rosita DEL COCO, Emanuela PISTOIA (a cura di), *Stranieri e giustizia penale. Problemi di perseguibilità e di garanzie nella normativa nazionale ed europea*, 2014.
9. Andrea CANNONE (a cura di), *La protezione internazionale ed europea dei beni culturali*, 2014.
10. Angela Maria ROMITO, *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, 2015.
11. Giovanni CELLAMARE, *Le operazioni di peacekeeping delle organizzazioni regionali*, 2015.
12. Ennio TRIGGIANI, *Spunti e riflessioni sull'Europa*³, 2021.
13. Ilaria OTTAVIANO, *Gli accordi di cooperazione territoriale nell'Unione europea*, 2017.

14. Gianpaolo Maria RUOTOLO, *La tutela dei privati negli accordi commerciali*, 2017.
15. Sara PUGLIESE, *Il rischio nel diritto dell'Unione europea tra principi di precauzione, proporzionalità e standardizzazione*, 2017.
16. Ivan INGRAVALLO, *L'effetto utile nell'interpretazione del diritto dell'Unione europea*, 2017.
17. Luca PALADINI, *Il Servizio europeo per l'azione esterna – Aspetti giuridici e prospettive di sviluppo*, 2017.
18. Anna IERMANO, *La nozione di pena tra forma e sostanza nel sistema di tutela europeo*, 2018.
19. Andrea CANNONE, *Violazioni di carattere sistemico e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 2018.
20. Teresa Maria MOSCHETTA, *Il ravvicinamento delle normative nazionali per il mercato interno. Riflessioni sul sistema delle fonti alla luce dell'art. 114 TFUE*, 2018.
21. Ennio TRIGGIANI, Anna Maria NICO, Maria Grazia NACCI (a cura di), *Unione europea e governi territoriali: risorse, vincoli e controlli*, 2018.
22. Antonietta DAMATO, *La tutela degli interessi finanziari tra competenze dell'Unione e obblighi degli Stati membri*, 2018.
23. Giandonato CAGGIANO (a cura di), *Integrazione europea e sovranazionalità*, 2018.
24. Emanuela PISTOIA, *Limiti all'integrazione differenziata dell'Unione europea*, 2018.
25. Nicola RUCCIA, *Caratteri, limiti e prospettive dell'Unione bancaria*, 2018.
26. Francesco CHERUBINI, *Le decisioni nel sistema delle fonti dell'ordinamento europeo*, 2018.
27. Claudia MORINI, *La tutela dei diritti dei gruppi religiosi nel contesto regionale europeo*, 2018.
28. Giuseppe MORGESE, *La solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, 2018.
29. Valeria DI COMITE, *La dimensione europea dell'istruzione superiore*, 2018.

30. Lorenzo Federico PACE, *Il regime giuridico dell'euro*, 2018.
31. Maria Caterina BARUFFI, Matteo ORTINO (a cura di), *Dai Trattati di Roma a Brexit e oltre*, 2018.
32. Davide DIVERIO, *Limiti all'accesso al mercato dei servizi. Prospettive interne ed europee*, 2019.
33. Caterina FRATEA (a cura di), *Stato dell'arte e nuove sfide nel diritto europeo della concorrenza*, 2019.
34. Francesco BATTAGLIA, *Il Mediatore europeo*, 2020.
35. Pierre DE GIOIA CARABELLESE, *Crisi bancaria e diritti dei creditori*, 2020.
36. Mario CARTA, *Unione europea e tutela dello stato di diritto negli Stati membri*, 2020.
37. Claudia MORINI, *Dialogo e partecipazione nella governance dell'Unione europea*, 2020.
38. Angela Maria ROMITO, *Ruolo e funzioni dell'European Competition Network. Dal regolamento (CE) n. 1/2003 alla direttiva ECN+*, 2020.
39. Denise MILIZIA (a cura di), *The new European Union. Different perspectives from different Member States*, 2020.
40. Alessandro NATO, *La cittadinanza sociale europea al tempo della crisi economica*, 2020.
41. Ilaria OTTAVIANO, *Profili di tutela giurisdizionale nell'Unione bancaria*, 2020.
42. Daniela VITIELLO, *Le frontiere esterne dell'Unione europea*, 2020.
43. Gianpaolo Maria RUOTOLO, *Scritti di diritto internazionale ed europeo dei dati*, 2021.
44. Maria Luisa TUFANO, Sara PUGLIESE, Mariaconcetta D'ARIENZO (a cura di), *Sovranazionalità e sovranismo in tempo di COVID-19*, 2021.
45. Lorenzo Federico PACE, *La natura giuridica dell'Unione europea: teorie a confronto. L'Unione ai tempi della pandemia*, 2021.
46. Claudio SCIANCALEPORE, *Le risorse proprie nella finanza pubblica europea*, 2021.

