

## **Introduzione al diritto d'autore nell'*information society***

### **NORMATIVA ESSENZIALE**

#### **Nazionale**

Data, G.U., Numero, Titolo

9/4/2003, 14/4/2003 – 87, D.lgs. 68, Attuazione della direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione.

11/07/2001, 22/8/2001 - 194, D.P.C.M. n. 338, Regolamento di esecuzione delle disposizioni relative al contrassegno della Società italiana degli autori e degli editori (S.I.A.E.) di cui all'articolo 181-bis della legge 22 aprile 1941, n. 633, come introdotto dall'articolo 10 della legge 18 agosto 2000, n. 248, recante nuove norme di tutela del diritto d'autore.

18/08/2000, 04/09/2000 - 206, l. 248, Nuove norme di tutela del diritto d'autore.

28/07/1999, 14/09/1999 – 216, D.P.R. 318, Regolamento recante norme per l'individuazione delle misure di sicurezza minime per il trattamento dei dati personali a norma dell'articolo 15, comma 2, della legge 31 dicembre 1996, n. 675.

06/05/1999, 15/6/1999 - 138, D.lgs. 169, Attuazione della direttiva 96/9/CE relativa alla tutela giuridica delle banche di dati.

29/12/1992, 31/12/1992 – 306, D.lgs. 518, Attuazione della Direttiva 91/250/CEE relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore.

22/04/1941, 16/07/1941, l. 633, Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio

#### **Comunità europea**

Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla brevettabilità delle invenzioni attuate per mezzo di elaboratori elettronici, presentata dalla Commissione, COM(2002) 92 definitivo 2002/0047 (COD), Bruxelles, 20 febbraio 2002.

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, in G.U.C.E. L 167/10 del 22 giugno 2001.

Direttiva 96/9/CE Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 marzo 1996 relativa alla tutela giuridica delle banche di dati, in G.U.C.E. L 77 del 27 marzo 1996.

Direttiva 91/250/CEE del 14 maggio 1991 Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, in G.U.C.E. L 122 del 17 maggio 1991.

## Indice sommario

<b>1. IL DIRITTO D'AUTORE</b> di Beatrice Cunegatti e Claudio Di Cocco	
1.1. Premessa .....	5
1.2. Le opere dell'ingegno e la loro disciplina. ....	5
1.3. I diritti di utilizzazione economica. ....	9
1.4. Eccezioni e limitazioni. ....	13
1.5. I diritti morali. ....	15
1.6. I diritti connessi. ....	17
<b>2. L'OPERA LETTERARIA QUALE ARCHETIPO DI OPERA DELL'INGEGNO</b>	
2.1. La definizione normativa.....	18
2.2. L'oggetto della tutela: l'unità minima tutelata. ....	18
2.3. Le citazioni. ....	19
<b>3. LA TUTELA GIURIDICA DEL SOFTWARE</b> di Guido Scorza	
3.1. Introduzione.....	20
3.2. Il software come opera letteraria. ....	21
3.3. L'ambito della tutela d'autore dei programmi per elaboratore.....	22
3.4. L'ampiezza delle privative del titolare dei diritti e le facoltà dell'utilizzatore.....	23
3.5. Le sanzioni penali a tutela dei programmi per elaboratore.....	26
3.6. La brevettabilità dei programmi per elaboratore. ....	31
<b>4. LA TUTELA GIURIDICA DELLA BANCA DI DATI</b>	
4.1. Il diritto d'autore sulle banche di dati.....	35
4.2. Il diritto del costituente. ....	37
4.3. Il regime delle deroghe. ....	40
4.4. Le azioni civili di difesa. ....	41
<b>5. IL DIRITTO D'AUTORE E INTERNET</b> di Beatrice Cunegatti e Claudio Di Cocco	
5.1. Il sito Internet come opera dell'ingegno.....	43
5.2. La riproduzione di informazioni e notizie .....	48
5.3. Linking, deep linking, framing. ....	49

**6. MISURE TECNOLOGICHE A DIFESA DEL DIRITTO D'AUTORE: L. 248/00, LA  
DIRETTIVA 2001/29/CE E IL D.LGS. 68/2003..... 58**

## 1. IL DIRITTO D'AUTORE

di Beatrice Cunegatti e Claudio Di Cocco

### 1.1. Premessa.

In via generale, si può preliminarmente rilevare come il tema della tutela del diritto d'autore sia tra quelli che maggiormente hanno risentito (e risentono tuttora) della 'rivoluzione digitale' e sul quale si è concentrata l'attenzione del legislatore nazionale e comunitario, come dimostrano i numerosi interventi normativi succedutisi negli ultimi anni.

L'esigenza di rivedere la disciplina posta a tutela del diritto d'autore nasce innanzitutto dalla constatazione di come le moderne tecnologie informatiche, quali *in primis* la rete telematica Internet, abbiano radicalmente mutato lo scenario in cui le norme giuridiche sono destinate ad essere applicate e ad esplicare i propri effetti: una realtà, quella digitale, che sfugge innanzitutto al tradizionale legame fra l'opera dell'ingegno e la sua fissazione (e successiva circolazione) attraverso un supporto materiale.

La rivoluzione informatica non ha però solo mutato il contesto di riferimento, ma ha altresì portato alla nascita dei cc.dd. beni informatici (programmi per elaboratore, banche di dati, opere multimediali) che, per le loro peculiari caratteristiche, hanno richiesto l'introduzione di una disciplina di tutela *ad hoc*.

La presente trattazione è dunque dedicata a delineare sinteticamente il contenuto della disciplina in materia di diritto d'autore e quindi a soffermarsi sugli aspetti ed argomenti più strettamente connessi con lo sviluppo e la diffusione delle nuove tecnologie informatiche e telematiche.

### 1.2. Le opere dell'ingegno e la loro disciplina.

Il frutto creativo e originale dell'attività intellettuale è tutelato come opera dell'ingegno.

La creazione di un'opera costituisce il presupposto per l'acquisizione della titolarità del diritto d'autore, avente un duplice contenuto:

- i diritti di utilizzazione economica (contenuto patrimoniale del diritto) e
- il diritto morale.

Le opere dell'ingegno appartengono al genere dei beni immateriali, ossia di quei beni suscettibili di formare oggetto di facoltà esclusive a prescindere dal supporto materiale nel quale sono incorporati.

Un libro, ad esempio, costituisce, quanto al contenuto (esposizione della narrazione) un'opera dell'ingegno, tutelata in quanto tale indipendentemente dal supporto (l'insieme di carta, inchiostro, colla o tessuto di rilegatura etc.) utilizzato dallo scrittore per estrarre concretamente il contenuto della narrazione.

Esso, quindi, sotto il profilo giuridico, è tutelato:

- come bene materiale (nella specie mobile) se considerato nella sua materialità (insieme di carta, inchiostro, colla etc.);
- come bene immateriale (nella specie opera dell'ingegno) se considerato nella sua immaterialità, quale esposizione della narrazione dello scrittore.

È importante distinguere tra l'opera dell'ingegno come bene immateriale e supporto che la incorpora (bene materiale): le norme vigenti sanciscono l'indipendenza delle privative d'autore dai diritti dei terzi sul supporto materiale: è questo il principio di indipendenza tra proprietà del supporto e titolarità del diritto d'autore.

Ciò significa, riprendendo l'esempio precedente del libro, che l'autore mantiene i diritti sull'opera letteraria creata anche se vende i singoli supporti nei quali la narrazione è fissata.

I riflessi dell'applicazione di questo principio sono evidenti: ad esempio, per riprodurre legittimamente un'opera non è sufficiente aver acquisito la proprietà del supporto che la incorpora, bensì anche il relativo diritto di riproduzione spettante all'origine all'autore.

In linea di principio, ogni atto al quale è sottoposta l'opera dovrà essere autorizzato dal suo autore.

Sotto il profilo pratico occorre perciò che il soggetto che intende utilizzare l'opera o una sua porzione:

- analizzi specificatamente l'uso che intende farne (esempio: l'opera è destinata ad essere riprodotta, digitalizzata, accostata ad altre opere, tradotta in altra lingua, trasmessa via rete telematica etc.);
- acquisisca l'autorizzazione dell'autore in ordine a ciascuna modalità di utilizzazione dell'opera.

La disciplina normativa del diritto d'autore, pur enunciata nei suoi caratteri fondamentali nelle norme del codice civile, è sostanzialmente contenuta nella L. 22 aprile 1941, n. 633 di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (in seguito: L. 633/41), il cui testo originario è stato più volte oggetto di modifiche o di integrazioni da parte del legislatore.

L'art. 1, L. 633/41 definisce l'oggetto della disciplina stabilendo: "Sono protette ai sensi di questa legge le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro ed alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione.

Sono altresì protetti i programmi per elaboratore come opere letterarie ai sensi della Convenzione di Berna sulla protezione delle opere letterarie ed artistiche ratificata e resa esecutiva con legge 20 giugno 1978, n. 399, nonché le banche di dati che per la scelta o la disposizione del materiale costituiscono una creazione intellettuale dell'autore".

Ai sensi del successivo art. 2, appartengono a questi generi:

- le opere letterarie, drammatiche, scientifiche, didattiche, religiose;
- le opere e le composizioni musicali, con o senza parole, le opere drammatico-musicali e le variazioni musicali costituenti di per sé opera originale;
- le opere coreografiche e pantomimiche, di cui esista una trascrizione scritta;
- le opere della scultura, della pittura, del disegno, dell'incisione e delle arti figurative similari, compresa la scenografia, anche se applicata all'industria;
- i disegni e le opere dell'architettura;
- le opere dell'arte cinematografica, muta o sonora;
- le opere fotografiche, sempre che non si tratti di semplice fotografie;
- i programmi per elaboratore;

- le banche di dati, intese come raccolte di opere, dati o altri elementi indipendenti sistematicamente o metodicamente disposti e individualmente accessibili mediante mezzi elettronici o in altro modo;
- le opere del disegno industriale che presentino di per sé carattere creativo e valore artistico.

La maggioranza della giurisprudenza e della dottrina ritengono che questa indicazione non abbia carattere tassativo: un contenuto che non faccia parte di questo elenco non deve ritenersi a priori escluso dalla tutela. Per questo motivo, come meglio avremo modo di analizzare in seguito, le norme sulle opere dell'ingegno sono idonee a proteggere anche le opere multimediali (tra le quali, se del caso, il sito Web) sebbene non compaiano tra le tipologie espressamente contemplate dalle citate norme<sup>1</sup>.

Oltre alle opere create dal nulla (espressioni della massima creatività e originalità dell'autore), la normativa protegge anche le opere cc.dd. derivate.

L'opera derivata è caratterizzata da un contenuto parzialmente non originale: ai fini della sua tutela come opera dell'ingegno, al contenuto preesistente deve essere affiancata una porzione, seppure minima, originale, ovvero il contenuto nel suo complesso deve essere strutturato in modo originale.

Nelle opere derivate il carattere creativo è insito nell'elaborazione successiva, che può ad esempio consistere: nella trasformazione dell'opera originaria in altra forma letteraria o artistica, nella traduzione in altra lingua, nelle modifiche e aggiunte che determinano un rifacimento sostanziale dell'opera originaria, nell'adattamento, nella riduzione, nella trasformazione in compendi dell'opera originaria.

Come è facile intuire, il sito Web, frutto dell'accostamento originale di opere preesistenti ed elementi originali, rappresenta nella maggior parte dei casi proprio un'opera derivata.

Affinché la creazione intellettuale sia riconosciuta e tutelata dal diritto è necessaria la sua estrinsecazione nel mondo materiale: l'idea creativa fin tanto che rimane astratta non è protetta come bene giuridico.

La forma e il modo di esteriorizzazione della creazione possono per altro essere i più diversi: l'art. 2575 c.c., infatti, stabilisce che le opere dell'ingegno siano tutelate qualunque ne sia il modo o la forma di espressione.

Prendendo quale esempio un'opera pittorica, quindi, secondo la normativa vigente:

- l'idea del pittore, prima della realizzazione del quadro, non è protetta come opera dell'ingegno;
- l'estrinsecazione dell'idea del pittore, il cui risultato è il dipinto, è protetta come opera dell'ingegno.

L'esteriorizzazione può però avvenire in qualsiasi modo e forma, anche a prescindere dalla sua fissazione su un supporto materiale:

- una musica originale suonata dal suo autore, anche se non è registrata su alcun supporto o fissata su alcuno spartito, costituisce un'opera dell'ingegno tutelata dal diritto d'autore;

---

<sup>1</sup> È stato affermato che l'art. 1, L. 633/41, elenca le opere protette con disposizione esemplificativa e non tassativa, sicché la protezione può estendersi anche ad opere diverse da quelle indicate (Cass. Pen., sez. III, 5 maggio 1995, n. 6469; Cass., 2 dicembre 1993, n. 11953; Cass. Pen., sez. III, 2 giugno 1995; Corte di Appello di Milano, 10 novembre 1995; Tribunale di Torino, 4 dicembre 1995).

Sul punto esistono però anche pronunce contrarie: "l'elenco delle tipologie di opere protette dalla disciplina in materia di diritto d'autore, contenuto nell'art. 1, L. 633/41, ha carattere tassativo" (Cass. Pen., sez. III, 4 luglio 1997, n. 8236; Tribunale di Monza, 18 gennaio 1985; Tribunale di Monza, 12 dicembre 1984).

- una declamazione originale è un'opera dell'ingegno anche se l'oratore-autore non ha provveduto a trascriverne il testo.

Per questo motivo è illecita sotto il profilo del diritto d'autore (salve le ipotesi di libera utilizzazione) la registrazione non autorizzata di un discorso o di una musica originali.

Non qualunque espressione intellettuale è ritenuta meritevole di tutela come opera dell'ingegno, bensì solo quelle creative e originali.

Il concetto giuridico di creatività, così come adottato in ambito di opere d'ingegno, non coincide con quelli estetici o anche etici di creazione, originalità e novità assoluta, essendo sufficiente che sussista un'individuale e personale espressione dell'idea.

Il requisito dell'originalità è richiesto al fine di tutelare la prima creazione, escludendo dalla tutela tutte quelle successivamente realizzate sfruttando in modo parassitario la precedente opera intellettuale.

Come si è poc'anzi detto, ciò non significa che un'opera derivata da una creazione precedente non sia tutelabile, bensì che per esserlo deve anch'essa possedere un grado seppure minimo di originalità.

Il principio del requisito dell'originalità, in sostanza, nega dignità giuridica al mero plagio dell'opera originale.

L'elemento che accomuna tutte le opere dell'ingegno è che esse sono il risultato dell'attività creativa della persona: "Il titolo originario dell'acquisto dei diritti di autore è costituito dalla creazione dell'opera, quale particolare espressione del lavoro intellettuale" (art. 2576 c.c. e art. 6 L. 633/41).

In alcuni casi (art. 11, L. 633/41), tuttavia, il diritto d'autore è attribuito fin dall'origine a particolari persone giuridiche: le amministrazioni dello Stato, le province e i comuni. Ad essi si affiancano, per comune interpretazione, le regioni, non nominate nel testo normativo in quanto la loro costituzione è successiva all'emanazione della L. 633/41.

I citati enti divengono titolari dei diritti d'autore delle opere create e pubblicate sotto il loro nome e a loro conto e spese.

Lo stesso diritto spetta agli enti privati che non perseguano scopo di lucro, salvo diverso accordo con gli autori, nonché alle accademie e agli altri enti pubblici culturali limitatamente alla raccolta dei loro atti e sulle loro pubblicazioni<sup>2</sup>.

Una persona giuridica può in alcuni casi essere titolare esclusivamente dei diritti patrimoniali sull'opera.

I diritti di utilizzazione economica sui programmi per elaboratore, sulle banche di dati e sulle opere del disegno industriale creati dal lavoratore dipendente (e, per interpretazione costante, dall'appaltatore) in esecuzione delle sue mansioni o su istruzioni impartite dal datore di lavoro, sulle riviste o giornali, nonché sulle opere cinematografiche spettano, infatti, a un soggetto, rispettivamente il datore di lavoro, l'editore e il produttore, che può ben essere (come in effetti accade nella maggioranza dei casi) una persona giuridica.

---

<sup>2</sup> La dottrina e la giurisprudenza ritengono che il diritto d'autore attribuito alle amministrazioni dello Stato, alle province, ai comuni, alle regioni, agli enti privati che non perseguano scopo di lucro, alle accademie e agli altri enti pubblici culturali comprenda tanto i diritti di utilizzazione economica, che quelli morali (Tribunale di Milano, 17 ottobre 1994).

Nell'ambito delle banche di dati, inoltre, la titolarità del diritto del costituente (ossia del soggetto che investe in modo rilevante per la realizzazione dell'opera) è fisiologicamente attribuita a una persona giuridica.

Queste disposizioni sono finalizzate a proteggere l'investimento economico di alcuni soggetti che operano nella c.d. impresa culturale.

La titolarità dell'opera può essere attribuita a uno o più soggetti: alla categoria delle opere attribuite a un unico autore appartengono le creazioni di un'unica mente creativa.

Un'opera d'ingegno può essere altresì il frutto dell'apporto intellettuale originale di più soggetti, definendosi in comunione o collettiva a seconda delle dinamiche sottese alla sua realizzazione.

L'attività creativa posta in essere da diversi autori può dare origine a un'opera in comunione qualora i singoli contributi siano inscindibili e indistinguibili.

I contributi dei singoli autori si intendono indistinguibili ove si pongano su un piano di parità: nessuno dei singoli contributi prevale, nella logica dell'opera finale, sull'altro. Essi debbono inoltre essere inscindibili, ossia destinati a fondersi nell'opera finale, la quale, per la sua stessa esistenza, necessita di tutti i contributi.

Nell'opera in comunione il diritto d'autore appartiene a tutti i coautori secondo parti che si presumono uguali, salvo l'esistenza di una prova scritta che deponga diversamente.

A questa categoria di opere sono applicabili le norme generali sulla comunione, mentre le azioni di difesa del diritto morale sull'opera sono esercitabili individualmente da ciascun coautore.

In deroga alle disposizioni generali in materia di comunione, sono previste alcune ipotesi nelle quali è necessario il consenso di tutti i coautori.

L'attività prestata dai singoli autori può, viceversa, diversificarsi a seconda dell'importanza delle singole porzioni rispetto al progetto finale, o al ruolo assunto da determinati soggetti nella fase di direzione e organizzazione del lavoro creativo, dando origine a un'opera collettiva.

Nell'opera collettiva è considerato autore della stessa chi ne organizza e dirige la creazione.

Le opere collettive, costituite dalla riunione di opere o da parti di opere, hanno carattere di creazioni autonome come risultato della scelta e del coordinamento delle porzioni di opere preesistenti a un determinato fine letterario, scientifico, didattico, religioso, politico o artistico. Esse godono della protezione prevista per le opere originali, indipendentemente e senza pregiudizio dei diritti d'autore sulle opere o sulle parti di opere di cui sono composte.

L'organizzatore vanta perciò il diritto d'autore relativamente all'idea e alla realizzazione di tale attività organizzatrice, mentre i creatori dei singoli contributi conservano i propri diritti sugli stessi.

Il problema dell'esatta configurazione del titolare del diritto d'autore è niente affatto privo di effetti pratici. Oltre a quello espressamente previsto (la creazione), non vi sono altri modi di acquisto del diritto a titolo originario: il diritto d'autore non si può acquistare da altri che dal reale autore, il che significa che l'atto di trasferimento del diritto da parte di un soggetto non legittimato a disporre è giuridicamente nullo.

Così il contratto per il trasferimento di una privativa d'autore stipulato con un soggetto che non ne è titolare è nullo.

Poniamo che Caio stipuli un accordo per il trasferimento dei diritti insistenti su un brano musicale con Tizio che "si dice", ma in realtà non "è", l'autore dello stesso e che, in base alla supposta legittima acquisizione degli stessi, Caio inserisca il brano nel proprio sito Web.

Considerata la nullità del contratto con il "falso" autore:

- il vero autore potrà in ogni momento chiedere a Caio di porre fine all'utilizzo del brano musicale;

- Caio non potrà far altro che rivalersi nei confronti del proprio contraente (Tizio).

Vi è inoltre il rischio che Caio, qualora non abbia diligentemente verificato la titolarità del diritto in capo al proprio contraente (il "falso" autore), sia chiamato a rispondere solidalmente con questo dei danni arrecati al vero autore.

### **1.3. I diritti di utilizzazione economica.**

I diritti di utilizzazione economica si articolano in una serie di privative che hanno in comune i caratteri della esclusività, in quanto spettanti solo all'autore, e della reciproca autonomia.

Essi si risolvono nel diritto esclusivo dell'autore di trarre dall'opera ogni possibile utilità economica: l'autore gode del diritto esclusivo di utilizzare economicamente l'opera in ogni forma e modo originale, o derivato, nei limiti fissati da questa legge, ed in particolare con l'esercizio dei diritti esclusivi indicati negli articoli seguenti.

La cessione di una delle privative economiche dell'autore non comporta la cessione di un'altra: "I diritti esclusivi [...] sono fra loro indipendenti. L'esercizio di uno di essi non esclude l'esercizio esclusivo di ciascuno degli altri diritti" (art. 19, L. 633/41).

L'autonomia dei diritti patrimoniali dell'autore si traduce, dal punto di vista pratico, nella necessità di adottare clausole contrattuali di disciplina della cessione o concessione dei diritti di utilizzazione economica estremamente analitiche.

Il principio guida per la redazione e l'interpretazione di ogni contratto avente per oggetto la cessione o concessione di diritti d'autore è, infatti, che tutto quanto non sia espressamente ceduto o concesso con il contratto resta nell'esclusiva disponibilità dell'autore.

Le facoltà di utilizzazione economica, autonome ed esclusive, in cui espressamente si articola il diritto patrimoniale d'autore sono indicate negli articoli da 12 a 19 della L. 633/41 e consistono:

- nel diritto di pubblicazione;
- nel diritto di riproduzione, cioè la moltiplicazione in copie diretta o indiretta, temporanea o permanente, in tutto o in parte dell'opera, in qualunque modo o forma, come la copiatura a mano, la stampa, la litografia, l'incisione, la fotografia, la fonografia, la cinematografia ed ogni altro procedimento di riproduzione;
- nel diritto di trascrivere, che ha per oggetto l'uso dei mezzi atti a trasformare l'opera orale in opera scritta o riprodurla con uno dei mezzi indicati nel punto precedente;
- nel diritto di rappresentazione, recitazione ed esecuzione in pubblico, comunque effettuate, gratuitamente o a pagamento;
- nel diritto di comunicazione al pubblico su filo o senza filo dell'opera attraverso l'impiego di uno dei mezzi di diffusione a distanza, quali il telegrafo, il telefono, la radio, la televisione ed altri mezzi analoghi e comprende la comunicazione al pubblico via satellite, la ritrasmissione via cavo, nonché le comunicazioni al pubblico codificate con condizioni particolari di accesso; comprende, altresì, la messa a disposizione del pubblico dell'opera in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente. Tale diritto non si

esaurisce con alcun atto di comunicazione al pubblico, ivi compresi gli atti di messa a disposizione del pubblico;

- nel diritto di distribuzione, cioè nella messa in commercio o in circolazione, o comunque a disposizione, del pubblico, con qualsiasi mezzo ed a qualsiasi titolo, dell'originale dell'opera o degli esemplari di essa e comprende, altresì, il diritto esclusivo di introdurre nel territorio degli Stati della Comunità europea, a fini di distribuzione, le riproduzioni fatte negli Stati extracomunitari. Il diritto di distribuzione dell'originale o di copie dell'opera non si esaurisce nella Comunità europea, se non nel caso in cui la prima vendita o il primo atto di trasferimento della proprietà nella Comunità sia effettuato dal titolare del diritto o con il suo consenso. Il diritto di esaurimento non si applica alla messa a disposizione del pubblico di opere in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente, anche nel caso in cui sia consentita la realizzazione di copie dell'opera. Sempre ai fini dell'esaurimento non costituisce esercizio del diritto esclusivo di distribuzione la consegna gratuita di esemplari delle opere, effettuata o consentita dal titolare a fini promozionali, ovvero di insegnamento o di ricerca scientifica;
- nel diritto di traduzione di un'opera, avente per oggetto qualsiasi forma di modificazione, di elaborazione e di trasformazione dell'opera;
- nel diritto di elaborazione, cioè di procedere alla trasformazione dell'opera in un'altra forma letteraria o artistica, ovvero a rifacimenti sostanziali, compendi, variazioni musicali etc.;
- nel diritto di concedere in noleggio o prestito, che consistono nel cedere in uso per un periodo di tempo limitato il supporto in cui l'opera è incorporata, sia che si tratti di originale, sia che si tratti di copia;

Sui diritti di utilizzazione economica è intervenuta la Direttiva europea 2001/29/CE avente ad oggetto il diritto d'autore e i diritti connessi nella Società dell'Informazione: l'attuazione della direttiva è avvenuta con la recente emanazione del D.lgs. 68/2003. Le disposizioni contenute in quest'ultimo provvedimento sono particolarmente rilevanti nell'ambito della presente indagine e vi si farà perciò frequente riferimento.

Il primo dei settori nei quali è intervenuta la normativa comunitaria ed il relativo decreto di attuazione è il diritto di riproduzione in ambiente digitale.

Il legislatore è intervenuto sancendo che il diritto di riproduzione ha per oggetto, come detto, la moltiplicazione in copie diretta o indiretta, temporanea o permanente, in tutto o in parte dell'opera, in qualunque modo o forma, come la copiatura a mano, la stampa, la litografia, l'incisione, la fotografia, la fonografia, la cinematografia ed ogni altro procedimento di riproduzione.

Salvo quanto disposto in ordine alla responsabilità dei prestatori intermediari dalla normativa in materia di commercio elettronico, sono tuttavia esentati dal diritto di riproduzione gli atti di riproduzione temporanea privi di rilievo economico proprio che sono transitori o accessori e parte integrante ed essenziale di un procedimento tecnologico, eseguiti all'unico scopo di consentire:

- la trasmissione in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario,
- o un utilizzo legittimo di un'opera o di altri materiali.

Gli atti di riproduzione in questione, affinché non operi il diritto di privativa, non debbono perciò avere un proprio valore economico e includono gli atti che facilitano la navigazione in rete e la realizzazione di copie cache, nonché l'effettivo funzionamento dei sistemi di trasmissione.

La normativa stabilisce altresì, a favore degli autori, il diritto di autorizzare o meno la comunicazione al pubblico, compresa quella on demand (ossia su richiesta dell'utente, come avviene tipicamente in Internet).

Le trasmissioni in Internet sono caratterizzate dal fatto che i componenti del pubblico (gli utenti) possono accedere all'informazione dal luogo e nel momento da essi individualmente scelti (dal computer di casa o di ufficio, dal portatile etc., in qualsiasi momento del giorno o della notte).

La determinazione della natura giuridica del riconoscimento di queste facoltà non è esercizio squisitamente di classificazione, incidendo significativamente sugli effetti dei contratti conclusi anteriormente all'entrata in vigore delle disposizioni normative in oggetto: affinché un contenuto (ad esempio: un testo) possa essere legittimamente immesso in un sito Web occorre che l'accordo sottostante stipulato con l'autore preveda espressamente l'autorizzazione sia alla riproduzione digitale sia alla comunicazione al pubblico on demand.

Ovviamente, ciò che rileva non è tanto l'uso di una determinata locuzione, quanto la circostanza che dal significato complessivo dei termini utilizzati si possa evincere inequivocabilmente il riferimento all'ambiente telematico su rete pubblica aperta.

Tutti i diritti esclusivi facenti capo all'autore (sopra citati) hanno per oggetto l'opera nel suo insieme e in ciascuna delle sue parti.

Salvi i casi di libera utilizzazione (di cui si dirà oltre), anche l'uso di solo alcune parti di un'opera, ad esempio musicale, deve essere autorizzata dall'autore. Lo stesso vale per qualsiasi genere di opera: un testo letterario, una banca di dati, un'opera fotografica etc.

Il principio generale in ordine alla durata delle protezioni delle privative economiche ne sancisce la sussistenza per tutta la vita dell'autore e sino al termine del settantesimo anno solare dopo la sua morte.

Il suddetto termine è soggetto però a numerose eccezioni:

- per le opere in comunione (opere alla cui realizzazione hanno partecipato più autori con contributi indistinguibili e inscindibili) il computo dei settant'anni decorre dal momento della morte dell'ultimo dei coautori;
- la regola adottata per le opere in comunione vale per le opere drammatico-musicali, coreografiche e pantomimiche;
- nelle opere collettive (realizzate con il contributo, distinto e distinguibile, di più collaboratori e di cui è titolare l'organizzatore) la durata dei diritti spettanti a ciascun collaboratore si determina sulla vita di ognuno di essi, mentre la durata dei diritti relativi all'opera nel suo complesso è di settant'anni dalla prima pubblicazione;
- per le opere anonime e pseudonime (salvo che lo pseudonimo sia riconducibile notoriamente al nome vero dell'autore: in questo caso si applica la regola generale) i settant'anni di durata dei diritti decorrono dalla prima pubblicazione. Nell'ipotesi in cui entro questo termine l'identità dell'autore dovesse essere rivelata, troverebbe applicazione il principio generale (settant'anni dalla morte dell'autore);
- per le amministrazioni pubbliche dello Stato, gli enti pubblici, le regioni, le province, i comuni, le accademie, gli enti pubblici culturali e gli enti privati che non perseguono scopo di lucro i diritti di utilizzazione economica si prescrivono in vent'anni dalla prima pubblicazione dell'opera. Decorso tale termine, l'opera cade in pubblico dominio. Questa norma è speciale e

non può pertanto essere oggetto di applicazione analogica. Ogni qual volta si sia in presenza di opere diverse da quelle specificatamente regolate, così come per le opere i cui diritti sono stati acquisiti a titolo derivativo, la norma speciale in ordine al termine di durata della protezione non trova applicazione, con la conseguenza che al di fuori dei casi espressamente previsti il diritto d'autore si prescrive nel termine ordinario;

- per le comunicazioni e le memorie pubblicate dalle accademie e dagli altri enti pubblici culturali, la durata dei diritti esclusivi di utilizzazione economica dell'opera è di soli due anni, trascorsi i quali gli autori delle memorie e delle comunicazioni riacquisiscono la piena titolarità del loro diritto per il termine ordinario di durata. Nel caso in cui i diritti di utilizzazione economica sulle comunicazioni e sulle memorie pubblicate dalle accademie e dagli altri enti pubblici culturali spettino alle persone giuridiche indicate dall'art. 11, L. 633/41 (amministrazioni pubbliche dello Stato, enti pubblici, regioni, province, comuni, accademie, enti pubblici culturali ed enti privati che non perseguono scopo di lucro), al termine dei due anni essi tornano in capo a tali persone giuridiche e saranno protetti per la durata di venti anni;
- per le opere pubblicate in parti o volumi in epoche diverse, la durata dei diritti di utilizzazione, ove sia fissata in anni, decorre per ciascuna parte dell'opera a partire dall'anno della relativa pubblicazione;
- analogamente avviene per le opere collettive periodiche (giornali o riviste), per le quali la durata dei diritti decorre dall'anno di pubblicazione dei singoli fascicoli o numeri;
- per le opere cinematografiche la protezione è riconosciuta fino a settant'anni dopo la morte dell'ultimo sopravvissuto fra il direttore artistico e gli autori della sceneggiatura, del dialogo e della musica specificamente creata per costituire la colonna sonora dell'opera cinematografica;
- non fa invece eccezione alla regola generale l'opera c.d. postuma, ossia pubblicata per la prima volta solo dopo la morte dell'autore, per la quale la durata dei diritti è comunque di settant'anni dalla morte dell'autore, salvo che sia pubblicata o comunicata al pubblico per la prima volta solo successivamente alla prescrizione del termine di tutela ordinario. In quest'ultima ipotesi (c.d. edizioni critiche o scientifiche), il termine di durata della privativa – che in tal caso spetta a un soggetto diverso dall'autore, il c.d. ricercatore, e ha natura di diritto connesso - è di venticinque anni a partire dalla prima lecita pubblicazione o comunicazione al pubblico.

In ogni caso, il termine per il computo della durata dei diritti di utilizzazione economica decorre a partire dal 1° gennaio dell'anno successivo al fatto giuridicamente rilevante, con la conseguenza che le frazioni di anno giovano all'autore.

I diritti di utilizzazione spettanti agli autori delle opere dell'ingegno nonché i diritti connessi aventi carattere patrimoniale, possono essere acquistati, alienati o trasmessi in tutti i modi e forme consentiti dalla legge, salva l'applicazione delle norme speciali indicate dalla L. 633/41.

È di fondamentale importanza in materia ricordare che la cessione di uno o più esemplari dell'opera non importa, salvo patto contrario, la trasmissione dei diritti di utilizzazione spettanti agli autori o ai titolari di diritti connessi.

Un'eccezione a questo principio è posta dalla legge unicamente in riferimento alle fotografie.

Sotto il profilo probatorio, la normativa impone che la trasmissione dei diritti di utilizzazione sia provata per iscritto.

Ciò significa che:

- il trasferimento della privativa può avvenire anche con atto avente forma orale;

- in caso di contestazione è l'avente causa (colui che afferma di aver acquisito la relativa privativa) a doverne provare l'avvenuto trasferimento;
  - la prova dell'avvenuto trasferimento può essere data solo con atto avente forma scritta.
- Il diritto patrimoniale facente capo all'autore può trasferirsi, oltre che per atto tra vivi, *mortis causa*.

#### 1.4. Eccezioni e limitazioni.

Come si è precedentemente detto, nell'ambito delle opere dell'ingegno vige il principio del necessario consenso dell'autore allo sfruttamento o godimento della sua opera.

In alcuni casi, tuttavia, l'utilizzazione dell'opera non soggiace al consenso dell'autore.

Sono libere, in quanto non necessitano del previo consenso dell'autore:

- a) la riproduzione o comunicazione al pubblico in riviste o giornali, anche radiotelevisivi degli articoli di attualità di carattere economico, politico o religioso, pubblicati nelle riviste o nei giornali, oppure radiodiffusi o messi a disposizione del pubblico, e gli altri materiali dello stesso carattere, se la riproduzione o l'utilizzazione non è stata espressamente riservata, purché si indichino la fonte da cui sono tratti, la data e il nome dell'autore, se riportato (in proposito si veda *infra*);
- b) la riproduzione o comunicazione al pubblico di opere o materiali protetti utilizzati in occasione di avvenimenti di attualità ai fini dell'esercizio del diritto di cronaca e nei limiti dello scopo informativo, sempre che si indichi, salvo caso di impossibilità, la fonte, incluso il nome dell'autore, se riportato;
- c) la riproduzione o comunicazione al pubblico dei discorsi su argomenti di interesse politico o amministrativo tenuti in pubbliche assemblee o comunque in pubblico, nonché gli estratti di conferenze aperte al pubblico, nei limiti giustificati dallo scopo informativo, nelle riviste o nei giornali anche radiotelevisivi o telematici, purché indichino la fonte, il nome dell'autore, la data e il luogo in cui il discorso fu tenuto;
- d) la riproduzione di opere o brani di opere a fini di pubblica sicurezza, nelle procedure parlamentari, giudiziarie o amministrative, purché si indichino la fonte e, ove possibile, il nome dell'autore;
- e) la riproduzione di singole opere o brani di opere per uso personale dei lettori, fatta a mano o con mezzi di riproduzione non idonei a spaccio o diffusione dell'opera nel pubblico;
- f) la fotocopia di opere esistenti nelle biblioteche accessibili al pubblico o in quelle scolastiche, nei musei pubblici o negli archivi pubblici, effettuata dai predetti organismi per i propri servizi, senza alcun vantaggio economico o commerciale diretto o indiretto;
- g) fermo restando il divieto di riproduzione di spartiti e partiture musicali, la riproduzione per uso personale, nei limiti del quindici per cento di ciascun volume o fascicolo di periodico, escluse le pagine di pubblicità, di opere dell'ingegno effettuata mediante fotocopia, xerocopia o sistema analogo;
- h) salvo quanto disposto in ordine alla responsabilità dei prestatori intermediari dalla normativa in materia di commercio elettronico, come già riportato, gli atti di riproduzione temporanea privi di rilievo economico proprio che sono transitori o accessori e parte integrante ed essenziale di un

procedimento tecnologico, eseguiti all'unico scopo di consentire la trasmissione in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario, o un utilizzo legittimo di un'opera o di altri materiali;

- i) il prestito eseguito dalle biblioteche e discoteche dello Stato e degli enti pubblici, ai fini esclusivi di promozione culturale e studio personale. Tale eccezione ha ad oggetto esclusivamente:
  - gli esemplari a stampa delle opere, eccettuati gli spartiti e le partiture musicali;
  - i fonogrammi ed i videogrammi contenenti opere cinematografiche o audiovisive o sequenze d'immagini in movimento, siano esse sonore o meno, decorsi almeno diciotto mesi dal primo atto di esercizio del diritto di distribuzione, ovvero, non essendo stato esercitato il diritto di distribuzione, decorsi almeno ventiquattro mesi dalla realizzazione delle dette opere e sequenze di immagini;
- j) la riproduzione in un unico esemplare, per i servizi delle biblioteche, discoteche e cineteche dello Stato e degli enti pubblici, senza alcun vantaggio economico o commerciale diretto o indiretto, dei fonogrammi e dei videogrammi contenenti opere cinematografiche o audiovisive o sequenze di immagini in movimento, siano esse sonore o meno, esistenti presso le medesime biblioteche, cineteche e discoteche dello Stato e degli enti pubblici;
- k) il riassunto, la citazione o la riproduzione di brani o di parti di opera e la loro comunicazione al pubblico, se effettuati per uso di critica o di discussione, nei limiti giustificati da tali fini e purché non costituiscano concorrenza all'utilizzazione economica dell'opera; se effettuati a fini di insegnamento o di ricerca scientifica l'utilizzo deve inoltre avvenire per finalità illustrative e per fini non commerciali. Nelle antologie ad uso scolastico la riproduzione non può superare la misura determinata dal regolamento, il quale fissa la modalità per la determinazione dell'equo compenso. Il riassunto, la citazione o la riproduzione debbono essere sempre accompagnati dalla menzione del titolo dell'opera, dei nomi dell'autore, dell'editore e, se si tratti di traduzione, del traduttore, qualora tali indicazioni figurino sull'opera riprodotta;
- l) ai portatori di particolari handicap, per uso personale, la riproduzione di opere e materiali protetti o l'utilizzazione della comunicazione al pubblico degli stessi, purché siano direttamente collegate all'handicap, non abbiano carattere commerciale e si limitino a quanto richiesto dall'handicap;
- m) la comunicazione o la messa a disposizione destinata a singoli individui, a scopo di ricerca o di attività privata di studio, su terminali aventi tale unica funzione situati nei locali delle biblioteche accessibili al pubblico, degli istituti di istruzione, nei musei e negli archivi, limitatamente alle opere o ad altri materiali contenuti nelle loro collezioni e non soggetti a vincoli derivanti da atti di cessione o da licenza;
- n) la riproduzione privata di fonogrammi e videogrammi su qualsiasi supporto, effettuata da una persona fisica per uso esclusivamente personale, purché senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali, nel rispetto delle misure tecnologiche poste a tutela dell'opera dal legittimo titolare dei diritti di sfruttamento.

I titolari dei diritti sono allora tenuti a consentire che, nonostante l'eventuale applicazione delle misure tecnologiche, la persona fisica che abbia acquisito il possesso legittimo di esemplari dell'opera o del materiale protetto, ovvero vi abbia avuto accesso legittimo, possa effettuare una copia privata, anche solo analogica, per uso personale, a condizione che tale possibilità non sia in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechi ingiustificato pregiudizio ai titolari dei diritti. Ai titolari dei diritti sull'opera riprodotta spetterà comunque un equo compenso per tale riproduzione privata.

La riproduzione non può essere effettuata da terzi.

La libera riproduzione di cui alla presente lettera non si applica alle opere o ai materiali protetti messi a disposizione del pubblico in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente, quando l'opera è protetta dalle misure tecnologiche ovvero quando l'accesso è consentito sulla base di accordi contrattuali.

Resta comunque vietato lo spaccio al pubblico delle copie di cui ai punti e), f), g) e, in genere, ogni utilizzazione in concorrenza con i diritti di utilizzazione economica spettanti all'autore.

Le eccezioni e limitazioni sopra citate si applicano non solo al diritto d'autore, ma anche ai diritti connessi e al diritto del costituente (si veda nel proseguo).

Una specifica disposizione precisa poi che le eccezioni e limitazioni ai diritti d'autore, quando sono applicate ad opere o ad altri materiali protetti messi a disposizione del pubblico in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelto individualmente, non devono essere in contrasto con lo sfruttamento normale delle opere o degli altri materiali, né arrecare un ingiustificato pregiudizio agli interessi dei titolari.

Tale principio costituisce dunque un limite di ordine generale per qualunque utilizzazione libera dell'opera dell'ingegno nell'ambito di Internet.

Ponendosi quale confine ai diritti di sfruttamento economico dell'opera da parte dell'autore, le norme in materia di libera utilizzazione hanno, quindi, natura speciale e non possono trovare applicazione se non nei casi tassativamente indicati dalla legge.

Tali limitazioni attengono poi esclusivamente alla sfera patrimoniale del diritto d'autore: la tutela dei diritti a difesa della personalità (diritto morale) può esercitarsi in ogni tempo, anche se è scaduto il termine di protezione stabilito dalla legge, sono intervenute altre cause di decadenza dei diritti economici o l'opera è stata impiegata nei modi consentiti dalle norme in materia di libera utilizzazione.

Qualora sussistano ipotesi di libera utilizzazione occorre ricordare che la normativa e la prassi hanno determinato l'obbligo di corretta e completa indicazione della fonte.

Così, sotto il profilo pratico, nella citazione di un testo o nella riproduzione di parte del contenuto di una banca di dati, ad esempio, andranno indicati:

- il nome dell'autore;
- il titolo dell'opera dalla quale la porzione è tratta;
- il luogo e la data di edizione dell'opera o di pubblicazione della banca di dati;
- l'editore o il produttore della banca di dati.

### **1.5. I diritti morali.**

Accanto e indipendentemente dalla titolarità dei diritti di utilizzazione economica, l'autore gode del diritto morale sull'opera realizzata.

Il diritto morale è posto a presidio della personalità dell'autore ed è irrinunciabile, inalienabile e imprescrittibile.

All'autore, in particolare, sono riconosciuti:

- il diritto alla paternità dell'opera;

- il diritto all'integrità dell'opera;
- il diritto di inedito;
- il diritto di ripensamento o di ritrattazione (questo, tuttavia, è esercitabile solo a determinate condizioni).

Il diritto alla paternità dell'opera obbliga l'utilizzatore dell'opera a riportare sempre, qualunque sia l'uso che dell'opera si faccia, il nome del relativo autore, la sua qualità professionale e il contributo nell'opera, ossia a riferire i cc.dd. *credits*.

I *credits* debbono essere riportati su ogni esemplare dell'opera. Essi riguardano tutti gli autori e i titolari dei diritti sui contenuti che hanno concorso alla realizzazione dell'opera (ossia ai collaboratori dell'opera collettiva).

Il diritto all'integrità dell'opera consiste nel diritto dell'autore di opporsi a ogni deformazione, mutilazione o modificazione dell'opera e ogni altro atto a danno della stessa che rechi pregiudizio al suo onore o alla sua reputazione.

La sussistenza della lesione del diritto morale dell'autore richiede l'accertamento del pregiudizio all'onore o alla reputazione dell'autore, ossia dell'avvenuto detrimento del suo patrimonio morale.

Nell'ipotesi in cui l'utilizzatore si proponesse di accostare una sinfonia classica di rilevante rinomanza a una narrazione dai toni umoristici, l'autore della sinfonia potrebbe ritenere lesivo del suo onore o della sua reputazione l'accostamento stesso e quindi opporsi alla modifica della sua opera (rappresentata dal diverso utilizzo che se ne intende fare rispetto a quello per il quale fu originariamente creata).

Anche l'uso di determinati terminali di fruizione può indurre a una modifica dell'opera.

Si pensi, per esempio, a un'opera che contenga la riproduzione digitale di alcune fotografie. Potrebbe accadere che gli standard tecnologici utilizzati determinino una fruizione scadente delle immagini, con la conseguenza che il fotografo potrebbe lamentare una lesione al proprio diritto morale.

Su un caso simile si è espressa la giurisprudenza, ritenendo che la registrazione, senza il consenso degli aventi diritto, di esecuzioni musicali effettuata in modo difettoso e la successiva produzione di CD possono pregiudicare il diritto morale dell'autore e dell'artista esecutore, da cui l'esperibilità dei mezzi di tutela, inibitori e risarcitori.

In senso generale, quindi, anche la scelta degli standard tecnici per la fruizione può divenire rilevante ai fini della valutazione della modificazione dell'opera.

È perciò consigliabile che l'utilizzatore comunichi sempre agli utenti gli standard tecnologici minimi per una buona fruizione dell'opera.

Il diritto di inedito, ulteriore espressione del diritto morale d'autore, si traduce in un rafforzamento del principio generale di esclusiva disponibilità dell'opera in capo al creatore.

Il diritto di ripensamento o ritrattazione consente all'autore, qualora concorrano gravi ragioni morali, il ritiro dell'opera dal commercio, salvo l'obbligo di corrispondere un indennizzo a coloro che hanno acquistato i diritti sull'opera medesima.

In base alle disposizioni vigenti in ambito nazionale, il diritto morale sussiste in capo all'autore per l'intera durata della sua vita ed è esercitabile senza limite di tempo, dal coniuge e dai figli, e, in loro mancanza, dai genitori e dagli altri ascendenti e dai discendenti diretti: mancando gli ascendenti ed i discendenti, dai fratelli e dalle sorelle e dai loro discendenti (art. 23, comma 1, L. 633/41).

Il secondo comma dello stesso articolo prevede la titolarità dell'azione di protezione del diritto morale, "qualora finalità pubbliche lo esigano", in capo ai competenti organi dello Stato (oggi il Ministero per i beni e le attività culturali).

La disposizione in parola acquisisce rilevanza quando siano utilizzate opere o porzioni di opere cadute in pubblico dominio di particolare valore storico, artistico o culturale per lo Stato, come potrebbero essere, per esempio, il testo o la musica dell'inno nazionale, le immagini di pinacoteche nazionali etc.

### **1.6. I diritti connessi.**

Accanto ai diritti di utilizzazione economica spettanti all'autore, su alcuni generi di opere la legge riconosce un'ulteriore serie di facoltà aventi un contenuto patrimoniale: i diritti connessi.

Essi, contrariamente al diritto d'autore, non spettano al creatore dell'opera dell'ingegno, bensì ad altri soggetti della c.d. impresa culturale (artisti, esecutori, interpreti, fotografi, produttori etc.).

I diritti connessi sono estremamente eterogenei. Essi sono costituiti da privative sull'opera che, pur avendo ciascuna una diversa natura giuridica e un diverso contenuto, sono accomunate dal fatto di presentare una connessione, diretta o indiretta, con l'esercizio o con l'oggetto del diritto d'autore.

Fra i diritti connessi, si ricordano qui i diritti sulle edizioni critiche e scientifiche.

Il soggetto che pubblica edizioni critiche e scientifiche di opere in pubblico dominio (ossia di opere sulle quali non insistono più, per decorrenza dei termini di protezione, i diritti di utilizzazione economica e di opere non protette) spettano i diritti esclusivi di utilizzazione economica dell'opera, quale risulta dall'attività di revisione critica e scientifica.

La durata dei diritti è di vent'anni a partire dalla prima lecita pubblicazione.

Sono titolari, fra gli altri, di alcuni diritti connessi o assimilati:

- il fotografo;
- il costituente di una banca di dati (vedi oltre).

## 2. L'OPERA LETTERARIA QUALE ARCHETIPO DI OPERA DELL'INGEGNO

### 2.1. La definizione normativa.

L'opera letteraria scritta costituisce l'opera intellettuale per antonomasia: intorno ad essa è nata ed è stata disegnata la disciplina a tutela del diritto d'autore, i cui primi dettami furono elaborati proprio in relazione allo sviluppo ed alla diffusione della stampa a caratteri mobili nel XV secolo.

Il testo rappresenta, quindi, la modalità espressiva più tipica delle opere letterarie (alla quale è stata solo successivamente affiancata la forma orale) e costituisce lo strumento caratteristico di rappresentazione del *corpus mechanicum* (il supporto materiale) dell'opera dell'ingegno atta ad essere divulgata e riprodotta. In esso trova una materializzazione definitiva e compiuta l'idea dell'autore, che cristallizza in tale elaborazione il proprio pensiero.

L'opera letteraria trova riconoscimento quale oggetto del diritto d'autore nell'art. 2575 del codice civile e, in termini analoghi, nell'art. 1 della L. 633/41.

Il successivo articolo 2 della L. 633/41 prevede poi che: "In particolare sono comprese nella protezione: 1) le opere letterarie, drammatiche, scientifiche, didattiche, religiose, tanto se in forma scritta quanto se orale [*Omissis*]".

### 2.2. L'oggetto della tutela: l'unità minima tutelata.

Anche per quanto riguarda le opere letterarie scritte, l'oggetto della tutela non è costituito dall'idea o dal pensiero dell'autore, ma dalla sua forma espressiva, cioè il testo: il susseguirsi specifico di vocaboli e parole scelte dall'autore per estrinsecare e formalizzare il proprio pensiero. Questo costituisce dunque l'oggetto della tutela, sempre che presenti i requisiti di originalità e creatività richiesti.

Perché un testo sia tutelato quale opera letteraria è dunque necessario che esso rappresenti il frutto di un'attività creativa ed originale del suo autore, secondo i generali principi in materia di diritto d'autore.

Sulle caratteristiche e sui requisiti per accedere alla tutela del diritto d'autore si rinvia a quanto già detto.

In merito all'opera letteraria, così come per le altre opere dell'ingegno, si pone la questione relativa alla determinazione dell'unità minima tutelabile, cioè della porzione minima tale per cui questa possa formare oggetto di tutela in base alla normativa sul diritto d'autore.

L'art. 19, II comma, L. 633/41 stabilisce che i diritti patrimoniali riconosciuti sulle opere tutelate dal diritto d'autore "hanno per oggetto l'opera nel suo insieme ed in ciascuna delle sue parti".

Perché, allora, una sequenza di vocaboli possa essere riferita ad una determinata opera letteraria scritta, e quindi essere tutelata in quanto tale dal diritto d'autore, non occorre che abbia una data lunghezza, ma bensì che consenta di identificare univocamente l'opera nel suo complesso. In altre parole, la singola parte sulla quale insiste la tutela dovrà essere costituita da un insieme di termini tra loro correlati che possano essere univocamente ricondotti allo specifico testo dal quale sono stati estratti.

L'utilizzo di un certo numero di vocaboli, singolarmente considerati, potrebbe anche non identificare alcuna opera preesistente, mentre il confronto complessivo tra le due opere, in considerazione del ripetersi dell'estrazione effettuata, di per sé insignificante, potrebbe far identificare l'opera dalla quale le singole parti sono state estratte, con il risultato di rendere applicabile la disciplina in materia di opere d'ingegno ad ognuna delle singole parti che siano state riutilizzate.

Quest'ultimo principio, come si avrà modo di verificare nel proseguo, riveste una rilevante importanza sia in tema di banche di dati, sia in materia di citazioni, entrambi oggetto di analisi nei successivi paragrafi.

In merito al contenuto ed alla durata del diritto d'autore sui testi letterari, così come sulle loro caratteristiche e limitazioni, si rinvia, in quanto applicabile, a quanto descritto in merito al diritto d'autore in generale nel cap. 1.

### **2.3. Le citazioni.**

Si è detto come l'opera letteraria scritta sia tutelata quale opera dell'ingegno creativa ed originale "nel suo insieme ed in ciascuna delle sue parti" (art. 19, II comma, L. 633/41).

Tuttavia, è tipico ritrovare all'interno dei testi letterari richiami ad altre opere letterarie, sotto forma di cenni riassuntivi dell'opera altrui o di un suo brano, oppure, molto spesso, una vera e propria trascrizione letterale di parti di un'opera di un terzo. Del pari è assai diffusa la pratica di utilizzare porzioni particolarmente significative di un'opera letteraria in vario modo, ad esempio per commentare un determinato evento o ricorrenza, oppure per accompagnare una data immagine o raffigurazione.

Si pensi, a titolo esemplificativo, alle frasi tratte da opere letterarie di famosi autori utilizzate come *incipit* ad altre pubblicazioni o, ancora, quale contenuto di biglietti di auguri di vario genere.

Tale esigenza, da sempre sentita dagli autori ed ammessa dalla dottrina, ha trovato un'espressa disciplina nel già citato art. 70 della L. 633/41: "Il riassunto, la citazione o la riproduzione di brani o di parti di opera e la loro comunicazione al pubblico sono liberi se effettuati per uso di critica o di discussione, nei limiti giustificati da tali fini e purché non costituiscano concorrenza all'utilizzazione economica dell'opera; se effettuati a fini di insegnamento o di ricerca scientifica l'utilizzo deve inoltre avvenire per finalità illustrative e per fini non commerciali".

La dottrina ritiene che il limite a tale pratica sia costituito, oltre che dall'interferenza nel godimento economico dell'opera a danno dell'autore, dalla necessità letteraria, scientifica o artistica della citazione, che deve dunque limitarsi a quanto autorizzato dallo scopo perseguito.

In tutti gli altri casi, se l'opera dalla quale si estrae la citazione è tutelata dal diritto d'autore e salvo quanto sopra riportato, sarà necessario richiedere l'autorizzazione all'utilizzo della determinata frase o brano all'autore ed eventualmente, se soggetto diverso da questi, acquisire il diritto di utilizzazione dal titolare dei diritti patrimoniali sull'opera.

Caso diverso è quello delle antologie, opere che per loro stessa natura vivono dell'essere composte da brani ed estratti di altre opere.

Il legislatore ha riconosciuto la loro legittimità esclusivamente in relazione a finalità didattiche (ad uso scolastico), prevedendo altresì una misura massima della riproduzione delle opere e imponendo un equo compenso ai rispettivi autori.

In ogni caso, poi, il comma 3 del richiamato art. 70, L. 633/41, prescrive che, qualora le indicazioni siano riportate nelle opere originarie, tanto il riassunto quanto la citazione o la riproduzione debbano essere sempre accompagnati:

- dall'indicazione del titolo dell'opera citata o riprodotta;
- dai nomi dei rispettivi autori;
- dal nome dell'editore;
- in caso si tratti di traduzione, dal nome del traduttore.

### 3. LA TUTELA GIURIDICA DEL SOFTWARE

di Guido Scorza

#### 3.1. Introduzione.

Il mercato del software nasce sul finire degli anni '60 a seguito di un provvedimento con il quale l'Autorità Antitrust americana impose all'IBM – colosso dell'industria informatica del tempo – di interrompere la vendita congiunta di hardware e software consentendo così la circolazione autonoma dei due beni e trasformando i programmi per elaboratore da bene accessorio all'hardware ad autonomo bene giuridico.

Negli anni seguenti, poi, il progresso tecnologico ha consentito di produrre hardware a costi sempre inferiori diminuendo sensibilmente – sino quasi ad annullarle – le differenze qualitative tra le macchine realizzate da produttori diversi.

E' accaduto così che il software, da 'cenerentola' dell'industria informatica è oggi divenuto il 'motore' di un settore industriale che apporta contributi sempre più significativi all'economia mondiale generando occupazione e gettiti fiscali e aumentando la produttività, la capacità e la competitività dei più diversi settori.

A tale argomento che, già da solo vale a rendere evidente l'esigenza di garantire al mercato ed all'industria del software una disciplina chiara ed efficace deve poi essere aggiunto quello ulteriore basato sulla considerazione che lo sviluppo del settore è condizione indispensabile per il potenziamento della competitività della piccola e media impresa che nell'era della società dell'informazione non può rinunciare all'informatizzazione ed automatizzazione dei propri cicli produttivi e dei propri assetti gestionali.

L'informatizzazione, infatti, consente di abbattere i costi e di ottimizzare le risorse umane e professionali producendo, quindi, ulteriore ricchezza anche in settori non direttamente legati al comparto informatico.

Per completare tale quadro, appare poi utile sottolineare, che la crescita del mercato del software è fortemente frenata – in maniera particolare proprio in Europa – dal fenomeno della pirateria che secondo alcune ricerche svolte per conto della BSA – Business software alliance – ha ormai assunto dimensioni allarmanti e preoccupanti: oltre il 47% del software commerciale utilizzato nel 2002 in Italia sarebbe, infatti, copiato ed utilizzato illegalmente causando danni all'industria del settore per circa 470 milioni di Euro.

Tale contesto, unitamente al rilevante valore commerciale del prodotto, agli ingenti investimenti necessari alla sua realizzazione ed alla sua facile vulnerabilità, hanno spinto sin dall'inizio il mondo industriale e quello giuridico a cercare di individuare adeguati strumenti di tutela capaci di garantire la remunerazione degli investimenti, lo sviluppo del settore ed una circolazione 'sicura' del nuovo prodotto informatico nella consapevolezza che l'assenza di un'adeguata protezione avrebbe esposto il software a tutta una serie di illecite attività di contraffazione e, per questa via, scoraggiato gli investimenti e rallentato drasticamente lo sviluppo del settore.

In tale prospettiva – prescindendo, in ossequio alle esigenze di sintesi proprie di questa trattazione, dai diversi sforzi condotti dall'industria informatica per cercare di individuare efficaci strumenti tecnici di tutela – il mondo giuridico ritenuto di poter trovare un'adeguata risposta alle predette esigenze di tutela nella disciplina degli obblighi di fedeltà del prestatore di lavoro – in forza della quale quest'ultimo deve astenersi dalla divulgazione e dal far uso di ogni notizia attinente all'organizzazione ed ai metodi di produzione dell'impresa - nonché in quella del segreto industriale e della concorrenza.

Tuttavia, l'esito di tali espedienti si è rivelato sempre piuttosto deludente poiché per questa via, era possibile riconoscere al software una tutela estremamente debole e con degli insuperabili limiti sotto il profilo dell'ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione.

Infatti, entrambe le soluzioni individuate impongono obblighi di astensione e segretezza solo a determinati soggetti in particolari rapporti (di dipendenza o concorrenza) con l'impresa che sviluppa software.

Constatati i limiti tanto delle forme di protezione tecnica che di quelle giuridiche ricollegate ai sistemi del segreto industriale e della concorrenza la dottrina e la giurisprudenza – dapprima negli Stati Uniti e, quindi, rapidamente in tutto il resto del mondo – hanno, quindi, iniziato a guardare all'universo delle creazioni intellettuali con il quale il software mostrava di avere evidenti analogie sia sotto il profilo 'genetico' che sotto quello 'ontologico'.

All'interno di questo universo che accoglie realizzazioni dell'ingegno umano assai diverse le une dalle altre, sin dall'inizio, si è ritenuto che la tutela giuridica del software non potesse che essere affidata al brevetto per invenzioni industriali o alla legge sul diritto d'autore.

Come è noto, l'invenzione è la soluzione originale di un problema tecnico mentre l'opera dell'ingegno è ogni risultato della capacità umana suscettibile di essere comunicato e diffuso procurando ad altri godimento o arricchendone la mente e lo spirito.

Nonostante geneticamente ed ontologicamente il software sia probabilmente più vicino alle invenzioni industriali che non alle opere dell'ingegno, negli anni '60 il mondo giuridico, per tutta una serie di ragioni - invero non sempre di carattere strettamente giuridico - che non è possibile soffermarci ad analizzare in questa sede, ritenne di equiparare il software alle opere dell'ingegno e, quindi, di proteggerlo dapprima negli Stati Uniti e, quindi, nel resto del mondo, attraverso il copyright nei Paesi di Common Law e con il diritto d'autore nel vecchio continente.

Seguendo tale impostazione il legislatore Europeo con la Direttiva CE n. 250 del 14 maggio 1991 - recepita con inusuale rapidità in Italia attraverso il Decreto Legislativo 518 del 29 dicembre 1992 - muovendo dal presupposto che la strada brevettuale risultava preclusa dalla previsione contenuta nell'art. 52 della Convenzione di Monaco sul Brevetto Europeo che espressamente vietava la brevettabilità dei programmi per elaboratore in quanto tali e che, d'altro canto, era necessario assicurare al software un trattamento giuridico uniforme che ne favorisse la circolazione nel mercato comune, stabiliva che, da quel momento, il software avrebbe dovuto essere tutelato in tutti i Paesi della Comunità alla stregua delle opere letterarie ed artistiche.

### **3.2. Il software come opera letteraria.**

Come si è anticipato, la Direttiva 91/250/CE è stata recepita nel nostro Paese attraverso il Decreto Legislativo 518 del 29 dicembre 1992 con il quale intervenendo sulla Legge n. 633 del 22 aprile 1941 in materia di diritto d'autore si è, tra l'altro, stabilito che i programmi per elaboratore sono protetti «come opere letterarie ai sensi della Convenzione di Berna sulla tutela delle opere letterarie ed artistiche»<sup>3</sup>.

Tale tutela, ai sensi di quanto disposto dal novellato testo dell'art.2 della L. 633/41 si estende ai programmi «in qualsiasi forma espressi purché originali» mentre ne restano esclusi «le idee ed i principi che stanno alla base di qualsiasi elemento di un programma compresi quelli alla base delle sue interfacce».

---

<sup>3</sup> Legge 633 del 22 aprile 1941, art.1, così come modificato dal D.lgs. 518/1992

Il Legislatore comunitario prima e quello nazionale poi hanno dunque ritenuto non solo di dover proteggere il software alla stregua delle opere dell'ingegno ma anche di dover ricollegare ad esso la specifica disciplina riservata alle opere letterarie<sup>4</sup>.

Questo inquadramento ha sollevato, specie in passato, diverse perplessità e dubbi interpretativi dettati dalla difficoltà – più volte sottolineata dalla più attenta dottrina – di accostare il software alle opere letterarie, stante l'evidente diversità ontologica dei due beni.

Al riguardo, tuttavia, i lavori preparatori della Direttiva 91/250/CE, chiariscono che il riferimento alla tutela prevista per le opere letterarie ed artistiche dalla Convenzione di Berna trova fondamento nella volontà del legislatore comunitario di ancorare il livello di tutela da accordarsi al software ad una specifica disciplina di solida tradizione giuridica e già sufficientemente radicata – in modo omogeneo – in tutti i Paesi dell'Unione così da scongiurare il rischio che la finalità della Direttiva di uniformare la regolamentazione della materia venisse frustrata da una eterogenea attuazione delle disposizioni in essa previste da parte dei diversi Paesi membri.

### 3.3. L'ambito della tutela d'autore dei programmi per elaboratore.

Come è noto, l'opera dell'ingegno per essere protetta ai sensi della legge sul diritto d'autore deve avere "carattere creativo" o meglio deve costituire il risultato di un'attività intellettuale dell'autore.

La dottrina si è a lungo interrogata circa il valore da attribuire al concetto di creazione dividendosi tra chi ritiene che tale espressione presupponga la realizzazione di qualcosa che prima non esisteva (c.d. novità obiettiva) e chi ritiene che la ragione della protezione sia da individuare semplicemente nel premio allo sforzo creativo dell'autore<sup>5</sup> a prescindere dalla circostanza che il risultato cui esso giunge sia o meno analogo a quello già raggiunto da altro autore.

Nell'intervenire sulla legge sul diritto d'autore per riconoscere al software la tutela accordata alle altre opere dell'ingegno il legislatore del d.lgs. 518/92 non ha evidentemente ritenuto opportuno affidare la valutazione circa la proteggibilità o meno di un determinato programma per elaboratore ai requisiti già sanciti, per le opere tradizionali dagli artt. 1 e 6, ed ha preferito prevedere espressamente che il software sia protetto ogni qualvolta esso risulti originale quale risultato di creazione intellettuale dell'autore.

Delle due strade astrattamente percorribili, il legislatore del D.lgs. 518 del 1992 ha, dunque, scelto, per il software, quella legata all'originalità soggettiva.

Sebbene difficilmente condivisibile sotto il profilo sistematico, tale soluzione sembra, in realtà, l'unica praticabile se si tiene conto che la natura tecnica dei programmi per elaboratore avrebbe altrimenti comportato l'esclusione dalla tutela d'autore per la maggior parte dei software realizzati.

<sup>4</sup> R. PARDOLESI, *Software, Property Rights e diritto d'autore: il ritorno dal paese delle meraviglie*, in «Foro Italiano» 1987, II, 289 ss., ID., *Software di base e diritto d'autore: una tutela criptobrevetuale?*, in «Foro Italiano». 1988, I, 3133 ss.; V. FRANCESCHELLI, *La Direttiva CEE sulla tutela del software, trionfo e snaturamento del diritto d'autore*, in «Rivista di diritto industriale», 1991, I, p. 169, ID., *Tre ipotesi di disciplina giuridica per il software*, in «Rivista di diritto industriale», 1986, I, 274; G. GHIDINI, *La natura giuridica del software*, in G. ALPA, V. ZENO-ZENCOVICH, *I contratti d'informatica. Profili civilistici, fiscali e di bilancio*, Milano, 1983; V. ZENO-ZENCOVICH, *La direttiva comunitaria sulla tutela giuridica dei programmi per elaboratore*, in «Diritto dell'informazione e dell'informatica», 1992, p. 25; R. RISTUCCIA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Il software nella dottrina, nella giurisprudenza e nel D.lgs. 518/92*, Padova, 1993.

<sup>5</sup> Al riguardo, ricorda G. GUGLIELMETTI in *op. cit.*, p. 271 ss. che «è noto tuttavia, che l'esigenza che l'opera abbia la personalità dell'autore è stata per lo più abbandonata in conseguenza della pacifica tutelabilità delle creazioni c.d. minori (manuali di istruzioni, raccolte compilative di dati ecc.) oltre che per la difficoltà di applicare tale requisito a quelle realizzazioni dell'arte contemporanea che tendono alla spersonalizzazione dell'opera».

L'esigenza di rispondere ad un problema tecnico, comporta, infatti, salvo casi eccezionali, l'impossibilità di realizzare un software completamente nuovo rispetto a quello preesistente.

Il risultato di tale intervento legislativo è stato quello di rendere meritevole di tutela ogni programma per elaboratore che risulti frutto di un'attività intellettuale dell'autore e non di una mera azione di copiatura.

Tuttavia, così facendo si è incisivamente intervenuti sugli stessi principi ispiratori del sistema della tutela d'autore che - nell'assetto tradizionale - non premia l'autore di qualunque creazione ma solo quello che attraverso la propria opera riesce ad offrire nuovi contenuti, sensazioni o emozioni alla collettività.

Secondo l'articolo 28 legge 633\1941 come modificato dal D.lgs 518\1992 "restano esclusi dalla tutela accordata dalla legge le idee e i principi che stanno alla base di qualsiasi elemento di un programma, compresi quelli alla base delle sue interfacce".

Ancora una volta dunque, come per il requisito della creatività, il legislatore ha sentito l'esigenza di ribadire un principio pacifico in materia di protezione delle opere dell'ingegno: quello per cui la portata dell'esclusiva riconosciuta al titolare del diritto, è limitata alla sola forma espressiva<sup>6</sup> dell'opera protetta.

L'unica giustificazione di tale previsione che, altrimenti, risulterebbe superflua sta nella difficoltà - della quale deve essersi reso conto lo stesso legislatore comunitario - di distinguere la forma espressiva di un programma per elaboratore dal suo contenuto e, conseguentemente, di proteggere la prima senza determinare un effetto espansivo del regime di esclusiva anche sul secondo.

Nel software, infatti, la forma espressiva - da intendersi nell'accezione di struttura e sviluppo delle singole istruzioni che compongono un programma - è sempre sostanzialmente vincolata dalla necessità di raggiungere un determinato risultato<sup>7</sup>.

### 3.4. L'ampiezza delle privative del titolare dei diritti e le facoltà dell'utilizzatore.

Come è noto, i diritti esclusivi tradizionalmente riconosciuti all'autore, concernono, essenzialmente, la pubblicazione dell'opera e la sua utilizzazione economica in ogni forma e modo originale e derivato: la sua riproduzione in diversi esemplari, la sua esecuzione, rappresentazione o recitazione in pubblico, la sua diffusione a distanza, la sua messa in commercio - nonché il diritto morale di rivendicare sempre e comunque la paternità dell'opera opponendosi - ove occorra - a qualsiasi deformazione, mutilazione o altra modificazione che sia di pregiudizio all'autore o alla reputazione dell'autore.

Per contro, le esclusive riconosciute dal D.lgs. 518/92 al titolare dei diritti sul software hanno tutt'altro contenuto ed ampiezza.

L'art 64 bis, infatti, nel disciplinare i diritti esclusivi dell'autore del programma per elaboratore alla lett a) riserva all'autore: «la riproduzione permanente o temporanea, totale o parziale del programma per elaboratore con qualsiasi mezzo o in qualsiasi forma» e solo nella misura in cui anch'esse richiedano un'attività di riproduzione, «operazioni quali il caricamento, la visualizzazione, l'esecuzione, la trasmissione o la memorizzazione del programma».

<sup>6</sup> In Giurisprudenza si veda in questo senso Cass. 1 febbraio 1962 n. 210. «il diritto d'autore tutela la forma espressiva dell'opera dell'ingegno, ma non si estende, specie per quanto attiene alle opere di carattere scientifico, al contenuto e agli insegnamenti che attraverso l'opera possono essere impartiti, cosicché la esclusività cade solo sull'espressione del discorso scientifico, ma non pure sul contenuto intellettuale intrinseco dell'opera».

<sup>7</sup> Da ultimo, in questo stesso senso si è avuta pure un'autorevole conferma: «computer programs that are in object-code format cannot be browsed, cannot even be read for this purpose. Instead, they guard those components. In other words, because the software exists simply as a string of zeroes and ones, it is impossible for a user to extract out the uncopyrightable "style", even when we are dealing with a legitimate purchaser of the software». D. NIMMER, *Keynote address to the Los Angeles copyright society*, Ojai, California, March 22, 1996.

Nulla il legislatore ha ritenuto di statuire in riferimento alla pubblicazione del software ed anzi, come rivelano alcune disposizioni sulle quali ci soffermeremo più avanti, la sua preoccupazione è stata piuttosto quella di garantire all'autore la possibilità di mantenere segreto il contenuto di un programma per elaboratore anche successivamente alla sua messa in commercio: l'utilizzatore finale viene posto, dal legislatore, nella condizione di conoscere solo il risultato che il programma realizza una volta 'lanciato' sulla macchina mentre è tenuto a debita distanza dalla semplice possibilità di spingere la propria curiosità sino al contenuto delle istruzioni che determinano quel certo output.

Stesse considerazioni possono poi esser svolte con riferimento all'attività di riproduzione.

Infatti, il Legislatore comunitario prima e, quello nazionale poi, oltre a riservare all'autore del software la riproduzione permanente, sia essa totale o parziale ed indipendentemente dal mezzo utilizzato o dalla forma nella quale è attuata – in linea con la disciplina vigente per tutte le altre opere dell'ingegno – hanno ritenuto di estendere l'ampiezza di tale esclusiva sino a ricomprendervi anche ogni attività di riproduzione temporanea chiarendo, tra l'altro, che per riproduzione temporanea deve intendersi ogni passaggio del programma nella memoria del calcolatore al fine di consentirne il funzionamento .

La portata di tale previsione è poi – almeno apparentemente – limitata dal contenuto del primo comma del successivo art. 64ter secondo il quale «salvo patto contrario, non sono soggette all'autorizzazione del titolare dei diritti le attività indicate nell'art. 64-bis, lett. a) e b) allorché tali attività sono necessarie per l'uso del programma per elaboratore conformemente alla sua destinazione da parte del legittimo acquirente, inclusa la correzione degli errori».

Tali disposizioni portano a condividere l'opinione di quella dottrina per la quale con il d.lgs 518\1992 «sotto le vesti del diritto d'autore si è in sostanza introdotta un'esclusiva dal contenuto analogo a quello delle privative industriali»<sup>8</sup> preoccupandosi ben poco degli utenti del software ed avendo piuttosto di mira gli interessi economici dei produttori.

Peraltro la stessa chiave di lettura può essere utilizzata per la previsione di cui alla successiva lett b) dello stesso art. 64 bis secondo la quale sono pure riservate al titolare del diritto di esclusiva attività quali: «la traduzione, l'adattamento, la trasformazione ed ogni altra modificazione del programma per elaboratore nonché la riproduzione dell'opera che ne risulti, senza pregiudizio dei diritti di chi modifica il programma».

Appare evidente, infatti, se si tiene presente l'elevato grado di obsolescenza del software ed il fatto che esso richiede tempestivi e costanti aggiornamenti, che riservare all'autore attività quali l'adattamento o qualsiasi altra modifica, significa, come è stato efficacemente detto, «legare mani e piedi all'utilizzatore»<sup>9</sup> e porlo alla mercé del produttore ad attendere che questi possa, dietro compenso, rimpiazzare il vecchio programma con uno nuovo, il che vuol dire sacrificare gli interessi degli utenti a quelli delle grandi software house.

Tra i diritti riconosciuti all'autore del software difficilmente conciliabili con il sistema tradizionale di tutela non va poi dimenticato quello previsto alla lett. c) dell'art. 64bis che, nel disciplinare la fattispecie dell'esaurimento del diritto, prevede che «la prima vendita di una copia del programma nella Comunità Economica Europea da parte del titolare dei diritti, o con il suo consenso, esaurisce il diritto di distribuzione di detta copia all'interno della Comunità, ad eccezione del diritto di controllare l'ulteriore locazione del programma o di una copia dello stesso».

---

<sup>8</sup> V. FRANCESCHELLI, *La tutela giuridica dei programmi per elaboratore* in «Nuove leggi civili commentate», 1992, p. 260.

<sup>9</sup> V. FRANCESCHELLI, *op. cit*

Come è noto, infatti, mediante l'istituto dell'esaurimento del diritto, la legge mira a limitare la facoltà esclusiva dell'autore di trarre profitto da una determinata opera alla prima vendita degli esemplari della stessa cosicché l'acquirente di tali esemplari può disporne liberamente.

Ai sensi della lett. c) art 64-bis invece, come si è visto, la prima vendita dell'opera non esaurisce completamente le facoltà esclusive dell'originario titolare.

Secondo quanto affermato nell'explanatory memorandum alla proposta di Direttiva comunitaria sulla tutela giuridica del software del 5 gennaio 1989, già contenente un'analogia previsione, la giustificazione della scelta di tale ulteriore peculiarità della tutela disegnata per i programmi per elaboratore, sarebbe da rintracciare nell'esigenza di prevenire eventuali attività di copiatura non autorizzata: in tal modo, infatti, l'autore del software ha, in ogni momento, un quadro completo dei legittimi utilizzatori siano essi acquirenti o licenziatari del proprio programma tale da consentirgli di poter intervenire a tutela dei propri interessi sia tecnicamente che legalmente.

Per avere un quadro completo dell'ampiezza delle esclusive riconosciute all'autore del software converrà ora analizzare la portata e le caratteristiche delle facoltà correlativamente riservate agli utilizzatori.

In realtà se si eccettuano le facoltà riservate all'utilizzatore «salvo patto contrario» di cui all'art. 64-ter delle quali si è già detto, l'unico effettivo diritto riconosciuto ad ogni utente di software rimane quello di effettuare «una copia di riserva del programma, qualora tale copia sia necessaria per l'uso» giusto quanto previsto all'art. 64-ter secondo comma.

Chiunque sia in possesso di sia pur minime cognizioni informatiche è in grado, tuttavia, di rendersi conto che l'inciso «qualora tale copia sia necessaria all'uso» è privo di qualsivoglia concreto significato posto che l'esecuzione della copia di back-up costituisce una cautela minima adottata da ogni utente di software per porsi al riparo dal rischio – peraltro sempre in agguato – di perdere tutte le istruzioni 'salvate' sulla memoria del PC, o su altro supporto, vedendo così andar distrutto l'intero valore economico del programma.

Le considerazioni che si sono andate sin qui svolgendo circa l'atipicità della tutela riservata ai programmi per elaboratore e l'ampiezza – talvolta forse eccessiva - delle privative riconosciute all'autore del software trovano conferma nelle limitazioni imposte all'utilizzatore in riferimento al c.d. reverse engineering o decompilazione di cui all'art 64-quater della legge 633 del 1991.

Decompilare un programma o eseguire su di esso il reverse engineering vuol dire ripercorrere a ritroso le fasi attraverso le quali viene creato il software, partendo dal codice oggetto sino ad arrivare al sorgente e, quindi, ai principi logico matematici alla base di ogni programma.

Acquisire tali informazioni risulta molto importante sotto diversi profili.

La conoscenza del codice sorgente, infatti, consente all'utente del software di correggere eventuali errori del programma, di personalizzarlo sulla scorta delle proprie esigenze di renderlo compatibile con le macchine di cui si dispone e capace di interoperare con altri software installati sullo stesso hardware ma, soprattutto, permette di acquisire un buon livello di sicurezza circa i procedimenti e gli algoritmi alla base del software che si è scelto di utilizzare.

La conoscenza del codice sorgente consente, inoltre, alle software house concorrenti di realizzare e produrre programmi capaci di interagire con software di successo che siano divenuti – in ragione dell'ampio numero di Pc sui quali risultano installati – degli standard<sup>10</sup>.

Al riguardo, il D.lgs. 518\1992, nonostante il tenore letterale dell'art. 64-quater secondo il quale «l'autorizzazione del titolare dei diritti non è richiesta qualora la riproduzione del codice del programma di

<sup>10</sup> PETTITI, *La proposta di direttiva CEE sui programmi per elaboratore e la libertà di concorrenza*, in «Diritto dell'informazione e dell'informatica», 1991, p. 193.

elaboratore e la traduzione della sua forma ai sensi dell'art 64-bis lettera a) e b), compiute al fine di modificare la forma del codice, siano indispensabile per ottenere le informazioni necessarie per conseguire l'interoperabilità, con altri programmi, di un programma per elaboratore creato autonomamente», nella sostanza, ha finito con il privilegiare l'idea sostenuta dalle grandi industrie informatiche.

Infatti, ancora una volta, le concessioni nel senso di consentire la libera conoscibilità del codice sorgente o, comunque, dei principi alla base dei programmi, sono più apparenti che reali tenuto conto che la seconda parte dell'art 64-quater subordina l'eseguibilità del reverse engineering ad una serie di rigide condizioni che restringono notevolmente l'ambito delle facoltà riconosciute nella prima parte dello stesso articolo.

In particolare, secondo quanto dispone la predetta disposizione di legge, perché possa essere effettuato – a prescindere da qualsivoglia autorizzazione – il reverse engineering è necessario che siano soddisfatte le seguenti condizioni: «a) le predette attività siano eseguite dal licenziatario o da altri che abbia il diritto di usare una copia del programma oppure per loro conto, da chi è autorizzato al tal fine; b) le informazioni necessarie per conseguire l'interoperabilità non siano già rapidamente e facilmente accessibili ai soggetti indicati alla lettera a); c) le predette attività siano limitate alle parti del programma originale necessarie per conseguire l'interoperabilità».

Così facendo, tuttavia, da una parte, la normativa vigente ha reso assai più complesso l'ingresso sul mercato di nuove imprese produttrici di software che difficilmente riusciranno a produrre programmi compatibili con i sistemi preesistenti e dall'altra, restringendo le possibilità di accesso al contenuto ideativo di ogni programma, ha finito, in sostanza, con l'estendere, pure a questo, l'esclusiva del titolare del diritto, certamente oltrepassando quel principio fondamentale, più volte richiamato, che vuole la tutela d'autore limitata alla sola forma espressiva.

Sotto tale profilo, non può dubitarsi, che il legislatore si sia spinto sino a considerare ricomprese nella tutela d'autore anche le idee ed i principi posti alla base del programma per elaboratore rendendo così, una volta di più, trasparente il fine para-brevettuale della tutela accordata al software.

### **3.5. Le sanzioni penali a tutela dei programmi per elaboratore.**

La disciplina giuridica del software introdotta con il D.lgs. 518/92 nella Legge sul diritto d'autore e, in particolare, le disposizioni di carattere sanzionatorio hanno, recentemente, formato oggetto di un profondo ripensamento dapprima attraverso la Legge 248/2000 e, da ultimo, per effetto delle previsioni contenute nel D. Lgs 9 aprile 2003, n. 68, recante “*Attuazione della direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione*”.

Il *corpus normativo* risultato di tali progressivi interventi costituisce una risposta forte del legislatore alle crescenti richieste delle software house e degli altri titolari di diritti su opere dell'ingegno suscettibili di un'ampia fruizione in versione digitale e, come tali, maggiormente esposte a possibili attività di pirateria.

La lettura delle diverse disposizioni inserite nella Legge sul diritto d'autore attraverso i provvedimenti appena ricordati rende, infatti, evidente la volontà del legislatore di introdurre nel nostro Ordinamento un severo regime sanzionatorio allo scopo di riuscire, per questa via, a frenare il dilagante fenomeno della pirateria informatica ed audiovisiva soprattutto in relazione a quelle condotte illecite poste in essere in ambito telematico.

Prima di passare ad analizzare in dettaglio detto complesso sistema sanzionatorio occorre rilevare che esso - forse proprio perché dettato dalla volontà di rispondere alle esigenze rappresentate prevalentemente dai titolari dei diritti d'autore - pur costituendo, certamente, un'iniziativa degna di plauso

sotto diversi profili, presta il fianco a talune critiche in relazione allo scarso interesse talvolta riservato alle necessità degli utenti finali ed ai profili operativi ed applicativi delle singole disposizioni che lo compongono nonché agli aspetti socio-culturali connessi alla circolazione delle opere dell'ingegno.

Uno degli elementi maggiormente carettarizzanti e, certamente, più discussi della prima delle due modifiche legislative appena richiamate è rappresentato dall'obbligo di apposizione del c.d. contrassegno SIAE anche sui supporti contenenti programmi per elaboratore e dalle innumerevoli conseguenze - non sempre condivisibili - che si è ritenuto di far discendere - anche sul piano penale - dall'assenza di detto contrassegno o dalla non originalità di quello eventualmente apposto.

Dispone al riguardo il primo comma dell'art. 181 bis che *“Ai sensi dell'articolo 181 e agli effetti di cui agli articoli 171-bis e 171-ter, la Società italiana degli autori ed editori (SIAE) appone un contrassegno su ogni supporto contenente programmi per elaboratore o multimediali nonché su ogni supporto contenente suoni, voci o immagini in movimento, che reca la fissazione di opere o di parti di opere tra quelle indicate nell'articolo 1, primo comma, destinati ad essere posti comunque in commercio o ceduti in uso a qualunque titolo a fine di lucro.”*

La medesima disposizione nel rimandare ad un apposito Regolamento di attuazione l'individuazione dei tempi, delle caratteristiche e delle modalità del contrassegno prevedeva, inoltre, che detto contrassegno - in talune ipotesi anch'esse da individuarsi nel medesimo Regolamento - avrebbe potuto non essere apposto - ed in tale ipotesi essere sostituito da un'apposita dichiarazione da rilasciarsi alla SIAE - *“sui supporti contenenti programmi per elaboratore disciplinati dal decreto legislativo 29 dicembre 1992, n. 518, utilizzati esclusivamente mediante elaboratore elettronico, sempre che tali programmi non contengano suoni, voci o sequenze di immagini in movimento tali da costituire opere fonografiche, cinematografiche o audiovisive intere, non realizzate espressamente per il programma per elaboratore, ovvero loro brani o parti eccedenti il cinquanta per cento dell'opera intera da cui sono tratti, che diano luogo a concorrenza all'utilizzazione economica delle opere medesime.”*

A norma di quanto previsto al successivo quinto comma dello stesso art. 181 bis e, a prescindere, da quanto poi stabilito dal Regolamento di attuazione *“Il contrassegno”* avrebbe dovuto comunque avere *“caratteristiche tali da non poter essere trasferito su altro supporto”* e *“contenere elementi tali da permettere la identificazione del titolo dell'opera per la quale è stato richiesto, del nome dell'autore, del produttore o del titolare del diritto d'autore”* nonché *“l'indicazione di un numero progressivo per ogni singola opera riprodotta o registrata nonché della sua destinazione alla vendita, al noleggio e a qualsiasi altra forma di distribuzione.”*

Al riguardo il Regolamento di attuazione successivamente emanato con DPCM 11 luglio 2001, n. 338 ha, tra l'altro, stabilito che *“il contrassegno contiene il titolo dell'opera per la quale è stato richiesto, il nome dell'autore, del produttore o del titolare del diritto d'autore, un numero progressivo, nonché la destinazione del supporto alla vendita, al noleggio o a qualsiasi altra forma di distribuzione”* e che esso è *“applicato, di norma, sulla confezione del supporto in modo tale da risultare visibile e reca caratteristiche tali da non poter essere rimosso senza danneggiamento o trasferito su altro supporto”*.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> All'art. 5 dello stesso Regolamento è stato inoltre precisato che *“Ai fini dell'applicazione del comma 1 dell'articolo 181-bis della legge 22 aprile 1941, n. 633, come introdotto dall'articolo 10 della legge 10 agosto 2000, n. 248, per supporti contenenti programmi per elaboratore ovvero multimediali si intendono i supporti comunque confezionati contenenti programmi destinati ad essere posti in commercio o ceduti in uso a qualunque titolo a fini di lucro ed in particolare:*

*a) i programmi aventi carattere di sistema operativo, applicazione o archivio di contenuti multimediali prodotti in serie sui supporti di cui al comma 1, fruibili mediante collegamento e lettura diretta del supporto, quali dischetti magnetici*

Con il recente Decreto Legislativo 9 aprile 2003, n. 68 il legislatore - a prescindere dalle altre modifiche all'assetto sanzionatorio della materia di cui si dirà più avanti - ha inoltre riconosciuto ai titolari dei diritti d'autore e di quelli connessi di *“apporre sulle opere o sui materiali protetti misure tecnologiche di protezione efficaci che comprendono tutte le tecnologie, i dispositivi o i componenti che, nel normale corso del loro funzionamento, sono destinati a impedire o limitare atti non autorizzati dai titolari dei diritti”* (cfr. art. 102 - quater introdotto con il D. Lgs. 68/2003) nonché di inserire sulle medesime opere - con evidente riferimento alla versione fruibile in digitale - *“informazioni elettroniche sul regime dei diritti”*, informazioni che in forza di quanto previsto nella medesima disposizione possono altresì *“essere fatte apparire nella comunicazione al pubblico”* delle opere medesime (cfr. art. 102 quinquies).

Tali informazioni volte principalmente a consentire l'identificazione dell'opera nonché il suo autore o qualsiasi altro titolare dei diritti potranno anche eventualmente contenere ulteriori *“indicazioni circa i termini o le condizioni d'uso dell'opera o dei materiali, nonché qualunque numero o codice che rappresenti le informazioni stesse o altri elementi di identificazione”*.

Attraverso dette disposizioni il legislatore ha, in buona sostanza, recepito nel nostro Ordinamento i diversi sistemi tecnico-informatici di marcatura digitale e protezione logica già da tempo in uso nell'industria informatica ed audiovisiva, gettando così le basi per una futura gestione informatizzata dei diritti d'autore e per una più efficace lotta alla pirateria anche quando avente ad oggetto copie digitali di opere protette diffuse per via telematica.

Tali previsioni - sotto un profilo più strettamente giuridico - fanno da presupposto e da cornice a quelle più strettamente connesse agli aspetti sanzionatori della disciplina antipirateria e - per quanto concerne

*(floppy disk), CD ROM, schede di memoria (memory card), o attraverso installazione mediante il medesimo supporto su altra memoria di massa destinata alla fruizione diretta mediante personal computer;*

*b) i programmi destinati alla lettura ed alla fruizione su apparati specifici per videogiochi, quali playstation o consolle comunque denominati, ed altre applicazioni multimediali quali player audio o video.” e che “sono esclusi dall'ambito di applicazione dell'articolo 181-bis della legge 22 aprile 1941, n. 633, i supporti contenenti programmi per elaboratore ovvero multimediali:*

*a) accessoriamente distribuiti nell'ambito della vendita di contratti di licenza d'uso multipli sulla base di accordi preventivamente conclusi con la S.I.A.E.;*

*b) distribuiti gratuitamente dal produttore e comunque con il suo consenso, in versione parziale ed a carattere dimostrativo;*

*c) distribuiti mediante scaricamento diretto (download) e conseguente installazione sul personal computer dell'utente attraverso server o siti Internet se detti programmi non vengano registrati a scopo di profitto in supporti diversi dall'elaboratore personale dell'utente, salva la copia privata;*

*d) distribuiti esclusivamente dal produttore al fine di far funzionare o per gestire specifiche periferiche o interfacce (driver) oppure destinate all'aggiornamento del sistema o alla risoluzione di conflitti software ed hardware se derivanti da software già installato;*

*e) destinati esclusivamente al funzionamento di apparati o sistemi di telecomunicazione quali modem o terminali, sistemi GPRS (general pocket radio service) o inclusi in apparati audio/video e destinati al funzionamento degli stessi o inclusi in apparati radiomobili cellulari, se con i medesimi confezionati e distribuiti in quanto destinati esclusivamente al funzionamento degli stessi;*

*f) inclusi in apparati di produzione industriale, di governo di sistemi di trasporto e mobilità, di impianti di movimentazione e trasporto merci o in apparati destinati al controllo ovvero alla programmazione del funzionamento di elettrodomestici, se con i medesimi confezionati e distribuiti in quanto destinati esclusivamente al funzionamento degli stessi;*

*g) inclusi in apparati di analisi biologica o chimica ovvero di gestione di apparati di tipo medico, o sanitario, di misurazione ed analisi se con i medesimi prodotti e distribuiti in quanto destinati esclusivamente al funzionamento degli stessi;*

*h) destinati esclusivamente alla funzione di ausilio o supporto per le persone disabili ai sensi della legge 5 febbraio 1992, n. 104.”.*

i programmi per elaboratore - in primo luogo al nuovo art. 171 bis risultato di uno degli interventi più innovativi operati con la Legge 248/2000.

Tale disposizione nella formulazione attualmente vigente prevede che *“Chiunque abusivamente duplica, per trarne profitto, programmi per elaboratore o ai medesimi fini importa, distribuisce, vende, detiene a scopo commerciale o imprenditoriale o concede in locazione programmi contenuti in supporti non contrassegnati dalla Società italiana degli autori ed editori (SIAE), è soggetto alla pena della reclusione da sei mesi a tre anni e della multa da lire cinque milioni a lire trenta milioni. La stessa pena si applica se il fatto concerne qualsiasi mezzo inteso unicamente a consentire o facilitare la rimozione arbitraria o l'elusione funzionale di dispositivi applicati a protezione di un programma per elaboratori. La pena non è inferiore nel minimo a due anni di reclusione e la multa a lire trenta milioni se il fatto è di rilevante gravità”*.

Particolare attenzione merita il dolo specifico necessario ad integrare la fattispecie criminosa descritta nella norma, oggi costituito dal *fine di trarne profitto*; nella vecchia formulazione, infatti, come si è anticipato l'art. 171 bis richiedeva espressamente la finalità lucrativa della condotta contraffattoria il che - a detta della maggiore giurisprudenza - conduceva ad escludere dall'ambito di applicabilità della disposizione tutte quelle condotte di pirateria informatica poste in essere non già in vista di un effettivo guadagno ma, piuttosto, inseguendo un semplice risparmio.

Si pensi, ad esempio, all'imprenditore che acquista una sola licenza di un determinato software ma utilizza il programma in questione su dieci postazioni; è evidente che questi - per effetto della propria condotta - ottiene un risparmio pari al corrispettivo di nove licenze ma non percepisce alcun utile il che - almeno stando alla maggiore giurisprudenza sviluppatasi nel vigore del testo previgente - valeva ad escludere che la fattispecie criminosa tipizzata potesse darsi per integrata.

D'altro canto la riformulazione dell'art. 171 bis fa sorgere una preoccupazione di segno opposto rispetto a quella che ha ispirato l'intervento del legislatore: quella che - stante la lettera della norma - anche il privato che - al di fuori della propria attività professionale o imprenditoriale - dupliche abusivamente un programma per elaboratore risparmiando così di pagare il corrispettivo della relativa licenza, possa essere ritenuto penalmente responsabile e vedersi condannare a pene piuttosto severe perché studiate per essere applicate ad incalliti pirati informatici.

Un altro aspetto del nuovo testo dell'art. 171 bis che solleva diverse perplessità e dubbi interpretativi è rappresentato dalla scelta del legislatore di far assurgere all'assenza - sul supporto contenente un determinato software - del contrassegno SIAE, ad indice sintomatico della sussistenza di una condotta penalmente rilevante ed integrante la fattispecie di reato della quale ci stiamo occupando.

Tale scelta non convince per un duplice ordine di motivi.

In primo luogo il legislatore nel redigere la norma ha evidentemente dimenticato che - come si è detto - vi sono tutta una serie di ipotesi specificamente individuate nelle quali l'apposizione del contrassegno può essere sostituita da un'apposita dichiarazione da concordare con la SIAE con la conseguenza che, in dette ipotesi, l'assenza del contrassegno non potrà in alcun modo costituire indice rivelatore di un'attività di pirateria.

In secondo luogo non va poi dimenticato che la tematica connessa alla circolazione dei diritti sul software non è univocamente ricollegabile a quella della circolazione dei supporti; in altre parole è, almeno astrattamente, possibile che siano poste in commercio copie di programmi per elaboratore con il consenso dell'autore e previo assolvimento dei relativi oneri economici ma che - per le ragioni più diverse - si ometta poi di apporre sui singoli supporti il contrassegno SIAE: in tale ipotesi è, evidente, che ferma restando la

sussistenza di una violazione della disciplina amministrativa relativa all'obbligo di apposizione del contrassegno nessuna contestazione di carattere penale potrà essere mossa al soggetto che ha posto in essere una delle attività di cui all'art. 171 bis LDA.

Con il recente D. Lgs. 68/2003 il legislatore si è inoltre fatto carico di sanzionare tutta una serie di condotte piuttosto eterogenee ma accomunate dalla finalità di "forzare", superare e/o aggirare le misure tecniche di cui si è già detto o di alterare le informazioni elettroniche che, come pure si è anticipato, possono essere inserite nelle opere protette.

Ai sensi del nuovo testo dell'art. 171 ter della Legge 633/41 "è punito se il fatto è commesso per uso non personale, con la esclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da cinque a trenta milioni di lire chiunque a fini di lucro" compia una delle attività di cui ai punti (a) e seguenti di detta disposizione e, per quanto più rileva in questa sede, " fabbrica, importa, distribuisce, vende, noleggia, cede a qualsiasi titolo, pubblicizza per la vendita o il noleggio, o detiene per scopi commerciali, attrezzature, prodotti o componenti ovvero presta servizi che abbiano la prevalente finalità o l'uso commerciale di eludere efficaci misure tecnologiche di cui all'art. 102-quater ovvero siano principalmente progettati, prodotti, adattati o realizzati con la finalità di rendere possibile o facilitare l'elusione di predette misure." o "abusivamente rimuove o altera le informazioni elettroniche di cui all'articolo 102- quinquies, ovvero distribuisce, importa a fini di distribuzione, diffonde per radio o per televisione, comunica o mette a disposizione del pubblico opere o altri materiali protetti dai quali siano state rimosse o alterate le informazioni elettroniche stesse."

"Ferme le sanzioni penali applicabili", inoltre, in forza di quanto disposto dal nuovo testo dell'art. 174 bis, "la violazione delle disposizioni" di cui si è detto "è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria pari al doppio del prezzo di mercato dell'opera o del supporto oggetto della violazione, in misura comunque non inferiore a euro 103,00. Se il prezzo non è facilmente determinabile, la violazione è punita con la sanzione amministrativa da euro 103,00 a euro 1032,00. La sanzione amministrativa si applica nella misura stabilita per ogni violazione e per ogni esemplare abusivamente duplicato o riprodotto."

Il quadro delle sanzioni amministrative accessorie è poi completato dalla disposizione dettata dal nuovo testo dell'art. 174 ter - introdotto con il D.Lgs. 68/2003 - a norma del quale "chiunque abusivamente utilizza, anche via etere o via cavo, duplica, riproduce, in tutto o in parte, con qualsiasi procedimento, anche avvalendosi di strumenti atti ad eludere le misure tecnologiche di protezione, opere o materiali protetti, oppure acquista o noleggia supporti audiovisivi, fonografici, informatici o multimediali non conformi alle prescrizioni della presente legge, ovvero attrezzature, prodotti o componenti atti ad eludere misure di protezione tecnologiche è punito, purché il fatto non concorra con i reati di cui agli articoli 171, 171-bis, 171-ter, 171-quater, 171-quinquies, 171-septies e 171-octies, con la sanzione amministrativa pecuniaria di euro 154 e con le sanzioni accessorie della confisca del materiale e della pubblicazione del provvedimento su un giornale quotidiano a diffusione nazionale.

2. In caso di recidiva o di fatto grave per la quantità delle violazioni o delle copie acquistate o nolleggiate, la sanzione amministrativa è aumentata sino ad euro 1032,00 ed il fatto è punito con la confisca degli strumenti e del materiale, con la pubblicazione del provvedimento su due o più giornali quotidiani a diffusione nazionale o su uno o più periodici specializzati nel settore dello spettacolo e, se si tratta di attività imprenditoriale, con la revoca della concessione o dell'autorizzazione di diffusione radiotelevisiva o dell'autorizzazione per l'esercizio dell'attività produttiva o commerciale".

I proventi derivanti da dette sanzioni amministrative, in forza di quanto disposto dal nuovo art. 174 quater anch'esso introdotto con il D. Lgs 68/2003, "affluiscono all'entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnati, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze: a) in misura pari al cinquanta per cento

*ad un Fondo iscritto allo stato di previsione del Ministero della giustizia destinato al potenziamento delle strutture e degli strumenti impiegati nella prevenzione e nell'accertamento dei reati previsti dalla presente legge. Il Fondo è istituito con decreto adottato dal Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'interno, ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400;*

*b) nella restante misura, ad apposito capitolo dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze per la promozione delle campagne informative di cui al comma 3-bis dell'articolo 26 della legge 23 agosto 1988, n. 400, e successive modificazioni”.*

Da ultimo, sempre con riferimento al complesso delle sanzioni accessorie a quelle di carattere penale appare opportuno ricordare quanto disposto dall'attuale art. 171 quinquies secondo cui *“Quando esercita l'azione penale per taluno dei reati non colposi previsti dalla presente sezione commessi nell'ambito di un esercizio commerciale o di un'attività soggetta ad autorizzazione, il pubblico ministero ne dà comunicazione al questore, indicando gli elementi utili per l'adozione del provvedimento di cui al comma 2”* il quale dispone che *“Valutati gli elementi indicati nella comunicazione di cui al comma 1, il questore, sentiti gli interessati, può disporre, con provvedimento motivato, la sospensione dell'esercizio o dell'attività per un periodo non inferiore a quindici giorni e non superiore a tre mesi, senza pregiudizio del sequestro penale eventualmente adottato.”.*

Il terzo comma del medesimo art. 171 quinquies prevede poi che *“In caso di condanna per taluno dei reati di cui al comma 1, è sempre disposta, a titolo di sanzione amministrativa accessoria, la cessazione temporanea dell'esercizio o dell'attività per un periodo da tre mesi ad un anno, computata la durata della sospensione disposta a norma del comma 2.”.*

### **3.6. La brevettabilità dei programmi per elaboratore.**

Come si è detto, nei primi anni '70, allorché il problema della tutela giuridica del software si è posto per la prima volta all'attenzione dell'interprete – per ragioni, invero, più economiche che giuridiche – si è scelto di propendere per una sua protezione ai sensi della legge sul diritto d'autore decidendo, peraltro, di vietarne la brevettabilità.

È così avvenuto, che dapprima negli Usa, quindi in Francia e nel resto d'Europa e, da ultimo, anche nel nostro Paese il legislatore ha escluso «i programmi per elaboratore in quanto tali» dal novero delle invenzioni brevettabili.

Come pure si è visto, tale scelta legislativa, ha contribuito ad alimentare l'errato convincimento che la tutela d'autore fosse l'unica strada effettivamente percorribile ed a soffocare qualsivoglia tentativo di ricondurre il software tra le invenzioni brevettabili.

Negli ultimi anni, tuttavia, questo orientamento è, dapprima timidamente, quindi in maniera più evidente, mutato, soprattutto, ad opera della giurisprudenza che ha ritenuto di interpretare il significato dell'espressione «programmi per elaboratore in quanto tali» in modo da lasciare aperto uno spiraglio alla brevettabilità del software almeno ogni qualvolta esso – in combinazione con una macchina – consenta di raggiungere un risultato tecnico nuovo ed originale ai sensi della vigente normativa in materia di brevetto per invenzione industriale.

Tale nuova tendenza è stata recentemente 'consacrata' oltre che nella copiosa produzione giurisprudenziale della Commissione di ricorso sul brevetto Europeo, nella Comunicazione della Commissione CE al Parlamento Europeo ed al Comitato economico e sociale n.42/1999 che costituisce, pertanto, una nuova importante pagina della storia della tutela giuridica del software.

Infatti, in essa, la Commissione UE prende, per la prima volta ufficialmente atto che mentre nel resto del mondo ed, in particolare, negli Stati Uniti ed in Giappone, ormai da diversi anni, i programmi per elaboratore vengono protetti mediante il brevetto industriale, in Europa, continua a farsi ricorso ad un artificio giuridico per il quale «i programmi in quanto tali» – in ossequio anche alla disposizione dell'art.52 della Convenzione di Monaco sul brevetto europeo – non sono brevettabili mentre è brevettabile l'invenzione tecnica connessa ad un programma.

Al riguardo, la Commissione, richiama, in particolare, l'attenzione sulla circostanza che l'espressione 'in quanto tale' sarebbe attualmente interpretata in maniera assai diversa nei Paesi dell'Unione con una conseguente inaccettabile disparità di trattamento tra i produttori di software.

Tale contesto ed il mutato orientamento circa la brevettabilità dei programmi per elaboratore ha trovato, d'altra parte, conferma negli ultimi anni anche presso l'Ufficio Europeo dei Brevetti che in diverse occasioni – tanto attraverso le decisioni della Commissione di Ricorso che nelle sue direttive per il rilascio dei brevetti – ha chiarito che un programma per elaboratore non può essere escluso dalla brevettabilità in conformità alla disposizione dettata all'art. 52 (2) e (3) quando esso appaia suscettibile – a seguito della sua installazione sull'hardware – di produrre un effetto tecnico ulteriore rispetto alle normali interazioni fisiche tra software ed elaboratore.

Da ultimo, il 24 settembre 2003, la Commissione ha presentato al Parlamento una Proposta di direttiva relativa alla brevettabilità delle invenzioni attuate per mezzo degli elaboratori elettronici che pur confermando la linea di evoluzione della materia cui si è appena fatto cenno ha dato nuova linfa al dibattito ormai ultra decennale iniziato – come si è detto – nel lontano 1968 nell'ambito dei lavori preparatori della legge francese sulle invenzioni industriali in relazione all'opportunità di ammettere i programmi per elaboratore alla tutela brevettuale.

Oggi come allora, da una parte si schierano coloro che ritengono che le pretese peculiarità del prodotto software imporrebbero di escludere alla radice la possibilità che esso possa formare oggetto di privative industriali e dall'altra coloro, al contrario, ritengono che i tempi siano ormai maturi per ripensare radicalmente l'originaria impostazione secondo cui il software dovrebbe essere escluso dall'universo brevettuale e trattato al pari di ogni altra invenzione industriale o, comunque, ammesso – al ricorrere di specifici presupposti – alla tutela brevettuale.

Nel mezzo – nel senso letterale del termine – sembra schierarsi la Commissione UE con la proposta di direttiva cui si è fatto cenno.

In detta proposta, infatti, la Commissione pur muovendo dal presupposto che è necessario superare il clima di incertezza creatosi nella materia a causa della previsione dettata dal 2° comma dell'art. 52 della CBE e dall'interpretazione data al divieto di brevettabilità del software "in quanto tale" in sede di Uffici brevetti e commissioni di ricorso, finisce poi con il lasciar cadere sul campo di battaglia ulteriori elementi di ambiguità.

A tale poco lusinghiera conclusione sembra condurre innanzitutto il contenuto dell'art. 1 della proposta di Direttiva, laddove, la Commissione nel definire l'ambito di applicazione delle disposizioni in essa contenute fa riferimento "alla brevettabilità delle invenzioni attuate per mezzo di elaboratori elettronici"; dopo un dibattito durato oltre un trentennio sarebbe stato auspicabile – per non dire indispensabile – che il legislatore europeo si facesse carico del problema della brevettabilità del software in modo chiaro e trasparente assumendo una posizione in equivoca e definitiva sulla brevettabilità dei programmi per elaboratore a prescindere da qualsivoglia riferimento alle interazioni tra detti trovati ed altri apparati appartenenti al mondo fisico.

L'esigenza del riferimento costante a trovati appartenenti al vecchio mondo degli atomi è, infatti, sintomatica di un legislatore ancora incapace di prendere seriamente le distanze dalle teorie ormai anacronistiche che hanno caratterizzato i primi anni del dibattito e di gettare le fondamenta per una nuova disciplina della tutela giuridica del software all'interno o, piuttosto, all'esterno del sistema brevettuale.

Completamente inutili, in quanto inidonee ad apportare nuovi contributi alla discussione sulla materia ed alla soluzione del problema sono poi le definizioni contenute nell'art. 2 della proposta di direttiva in relazione alla "invenzione attuata per mezzo di elaboratori elettronici" e al "contributo tecnico": la prima consiste in un'evidente ovvietà in quanto la necessaria interazione con dispositivi hardware rappresenta un elemento ontologico ai programmi per elaboratore mentre la seconda è una precisazione superflua in quanto in linea con un orientamento ultradecennale già sviluppatosi in seno all'Ufficio Brevetti di Monaco.

D'altro canto sorprese non maggiori derivano dalla previsione contenuta all'art. 4 della proposta di Direttiva sotto la rubrica "Condizioni della brevettabilità".

In tale disposizione che costituisce, in buona sostanza, il cuore del provvedimento comunitario, il legislatore UE ha enucleato principi ormai consolidatisi da diversi anni e già compiutamente sanciti nelle linee Guida pubblicate da detta istituzione cui si è già fatto cenno.

Alla luce di tali considerazioni appare difficile sottrarsi al sospetto che con la prossima approvazione della proposta di Direttiva in parola si perderà semplicemente una nuova buona occasione per risolvere in modo chiaro ed univoco l'annosa questione della brevettabilità del software.

All'indomani della attuazione della Direttiva nei diversi Paesi membri, infatti, i problemi in materia rimarranno, con ogni probabilità, quelli di ieri ed ad essi andrà ad aggiungersi quello ulteriore di dover interpretare gli ulteriori provvedimenti legislativi che deriveranno dalla predetta Direttiva.

Sul tavolo o, se si preferisce, sul campo di battaglia rimane, invece, ancora aperta la questione di individuare nel sistema brevettuale o al di fuori di esso in un provvedimento legislativo ad hoc un corpus normativo semplice e lineare attraverso il quale garantire il temperamento degli opposti interessi che si contrappongono nel mercato dell'industria informatica.

La durata del dibattito sull'argomento e l'Autorevolezza di quanti vi hanno partecipato sconsiglia di suggerire o proporre ricette o soluzioni a detta annosa questione.

Sembra, tuttavia, che l'evoluzione dottrina e giurisprudenziale in materia di brevettabilità dei programmi per elaboratore e, più in generale, di brevettabilità dei prodotti della nuova rivoluzione industriale – quella che sta traghettando scienza e tecnologia fuori dal mondo degli atomi – consenta di pervenire ad una prima conclusione ed a formulare alcune semplici proposte sulle quali la comunità scientifica potrà poi confrontarsi e dibattere.

La conclusione è riassumibile, a nostro avviso, nel seguente enunciato: il software è un'invenzione industriale e, come tale, al ricorrere degli specifici presupposti richiesti dalla normativa nazionale ed internazionale vigente deve poter essere ammesso alla brevettabilità; la tutela d'autore applicata ai programmi per elaboratore, d'altro canto, si è mostrata una risposta parziale ed inadeguata spingendo – anche in presenza del divieto di cui, tra l'altro, all'art. 52 della CBE – gli operatori a percorrere la strada brevettuale.

Ciò non significa, tuttavia, negare che una piana applicazione al software della disciplina brevettuale e, soprattutto, delle prassi attualmente diffuse presso i maggiori uffici brevetti del mondo, potrebbe produrre effetti indesiderati e distorsivi sul piano della concorrenza e della circolazione delle idee e conoscenze alla base del progresso scientifico e tecnologico.

Muovendo da tale consapevolezza occorre, pertanto, farsi carico di eliminare o, almeno, contenere detti rischi consistenti, in particolare, (a) nella preoccupazione che la tutela brevettuale applicata ai programmi per elaboratore finisca con l'imporre alla collettività degli sviluppatori troppo elevati sacrifici in termini di circolazione della conoscenza informatica, (b) nei troppo alti costi di accesso al regime brevettuale con il conseguente rischio di limitare l'accesso a detto sistema alla piccola e media impresa, (b) nel caratteristico modello di sviluppo "*a catena*" peculiare del software che secondo taluni renderebbe difficile procedere a valutazioni di originalità in relazione a detti trovati e, da ultimo (c) nell'impossibilità di effettuare precise ricerche di anteriorità.

L'analisi di dette preoccupazioni e di quelle ulteriori da più parti manifestate, tuttavia, non sembra dover indurre a ritenere come, per contro, da più parti si sostiene che il sistema brevettuale sia inapplicabile al software ma dovrebbe semmai spingere a concentrare gli sforzi sull'individuazione di taluni correttivi alla disciplina brevettuale idonei a far sì che detto sistema divenga arbitro istituzionale – anche in relazione al software – di quello scambio tra privativa e conoscenze che è da sempre alla base della proprietà industriale e costituisce il meccanismo di individuazione del compromesso tra esigenze degli inventori ed esigenze della collettività.

Sarebbe poi opportuno prevedere – o, eventualmente incentivare quelli già esistenti – meccanismi di finanziamento statale all'accesso del sistema brevettuale ed iniziare ad impiegare in modo massiccio le tecnologie informatiche nello svolgimento delle ricerche di anteriorità e nelle valutazioni circa l'originalità di determinati trovati.

## 4. LA DISCIPLINA GIURIDICA DELLA BANCA DI DATI

### 4.1. Il diritto d'autore sulle banche di dati.

In ambito nazionale, le banche di dati hanno trovato una specifica normativa nel D.lgs. 6 maggio 1999, n. 169 contenente la disciplina di applicazione della Direttiva europea 96/9/CE ed emanato in seguito alla adozione della direttiva avvenuta con legge 24 aprile 1998, n. 128 .

Il citato decreto legislativo ha apportato modificazioni ed integrato la legge 22 aprile 1941 n. 633 in materia di protezione del diritto d'autore, introducendo alcune disposizioni specificatamente dedicate alla tutela delle banche di dati.

Per banche di dati si intendono le “raccolte di opere, dati o altri elementi indipendenti sistematicamente o metodicamente disposti ed individualmente accessibili mediante mezzi elettronici o in altro modo” (art. 2, n. 9, L. 633/41).

La definizione normativa di banca di dati comprende sia le banche di dati cartacee, sia quelle elettroniche, cioè consultabili attraverso un elaboratore. In realtà la disciplina introdotta con il D.lgs. 169/99 ha inteso disciplinare in particolare le seconde, come del resto risulta chiaro dalla definizione adottata e dalla disciplina che si illustrerà nel proseguo.

Incidentalmente, si fa qui notare come di banca di dati sia stata data una definizione normativa anche nella L. 675/96 relativa alla tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali, al fine di identificare le raccolte di dati sulle quali vigono i limiti e le modalità di trattamento normativamente statuiti.

L'art. 1, comma 2, lett. a), L. 675/96 stabilisce: “Ai fini della presente legge si intende: a) per banca di dati qualsiasi complesso di dati personali, ripartito in una o più unità dislocate in uno o più siti, organizzato secondo una pluralità di criteri determinati tali da facilitarne il trattamento”.

Le due definizioni di banca di dati non solo non coincidono necessariamente fra loro (risultando quella di cui alla normativa in materia di trattamento dei dati personali più ampia rispetto a quella contemplata dalla legge sulle opere dell'ingegno), ma non trovano normalmente l'una alcuna applicazione nel settore dell'altra, stante la sostanziale diversità dei due ambiti e delle relative finalità perseguite.

A seguito della modifica operata dall'art. 1 del D.lgs. 169/99, l'art. 1, L. 633/41 dispone ora che sono protette dal diritto d'autore (oltre le tradizionali opere che appartengono alla letteratura, alla musica, ecc., qualunque ne sia il modo o la forma di espressione) i programmi per elaboratore e “le banche di dati che per la scelta o la disposizione del materiale costituiscono una creazione intellettuale dell'autore” (art. 1, comma 2, L. 633/41).

La scelta del legislatore è stata dunque *in primis* quella di ricondurre le banche di dati all'interno delle tipologie di opere protette, di cui rispettivamente agli artt. 1 e 2 legge n. 633/41 e di tutelarne la forma espressiva (cioè la struttura) se e in quanto creazioni intellettuali dell'autore “per la scelta o la disposizione del materiale”.

La tutela delle banche di dati in base al diritto d'autore non si estende al contenuto delle banche di dati e lascia impregiudicati i diritti esistenti sullo stesso.

La tutela accordata alla banca di dati non si applica altresì ai “programmi per elaboratori utilizzati per la costituzione o il funzionamento di banche di dati accessibili grazie a mezzi elettronici” (art. 1, comma 3, Direttiva 96/9/CE).

Per quanto concerne la classificazione della banca di dati, si rileva come la normativa non indichi a quale specifico 'genere' di opera appartenga la banca di dati. Conseguentemente il suo regime giuridico andrà ricostruito raccordando le norme di disciplina del contenuto, nella misura in cui questo sia un'opera dell'ingegno, e le norme speciali in materia di banche di dati, qualora la 'forma di rappresentazione' del contenuto sia tale da soddisfare i requisiti identificati per la definizione di questo specifico bene giuridico.

Le qualità perché una banca di dati possa godere della tutela prevista dal diritto d'autore sono, come per gli altri generi e tipologie di opere, che presenti il carattere dell'originalità e creatività.

Due sono dunque i casi che possono presentarsi:

- la banca di dati contiene dati, informazioni o altro tipo di materiali di per sé originali. In questa ipotesi la creatività dell'opera è stata ritenuta intrinseca all'originalità e creatività del contenuto;
- la banca di dati contiene informazioni non originali.

La banca di dati potrà trovare protezione (come ritenuto anche dalla giurisprudenza formatasi sul punto in un periodo antecedente all'emanazione della Direttiva 96/9/CE: si veda Cass., 19 luglio 1990, n. 7397) se la disposizione o la scelta dei dati contenuti possiede il carattere dell'originalità.

Dunque, nel secondo caso, una organizzazione banale del materiale (come, ad esempio, l'ordinare i dati secondo un criterio meramente cronologico o alfabetico) determinano la mancanza di quella creatività necessaria perché l'opera sia ammessa alla tutela prevista dalla L. 633/41.

Secondo tale principio, ad esempio, è stato stabilito dal Tribunale di Pavia (Trib. Pavia, 22 marzo 1997) che "gli elenchi degli abbonati ad una rete telefonica nazionale non costituiscono una banca di dati suscettibile di tutela secondo le norme di disciplina del diritto d'autore [*Omissis*]", in quanto privi di quella originalità e creatività requisito necessario per accedere alla tutela delle opere dell'ingegno.

Il D.lgs. n. 169/1999 non ha introdotto particolari disposizioni per quanto concerne l'attribuzione del diritto d'autore sulla banca di dati. Pertanto il titolo originario di acquisto del diritto d'autore è costituito, ai sensi dell'art. 6 L. 633/41 (e salvo il caso specifico di cui all'art. 11, L. 633/41 e del dipendente già esaminati), dalla semplice creazione dell'opera quale particolare espressione del lavoro intellettuale.

Normalmente, però, la banca di dati sarà il frutto del lavoro di più soggetti e quindi troveranno applicazione le norme in materia di opere collettive o in comunione (si rinvia a quanto già esposto in precedenza).

Se, dunque, la banca di dati presenta i necessari requisiti, al suo autore spetteranno i diritti di cui all'art. 64-*quinquies*, comma 1, L. 633/41. In particolare l'autore della banca di dati originale avrà il diritto esclusivo di eseguire o autorizzare:

- la sua riproduzione permanente o temporanea, totale o parziale, con qualsiasi mezzo e in qualsiasi forma;
- la sua traduzione, il suo adattamento, una sua diversa disposizione e ogni altra modifica, oltre a qualsiasi riproduzione, distribuzione, comunicazione, presentazione o dimostrazione in pubblico dei risultati di queste operazioni;
- qualsiasi forma di distribuzione al pubblico dell'originale o di copie della banca di dati;
- qualsiasi presentazione, dimostrazione o comunicazione in pubblico della banca di dati, ivi compresa la sua trasmissione effettuata con qualsiasi mezzo e in qualsiasi forma.

L'esercizio del diritto d'autore sulla banca di dati non può impedire le attività (specificatamente elencate, si veda oltre) che siano poste in essere da parte dell'utente legittimo della banca di dati o di una sua copia, nel caso tali attività siano necessarie per l'accesso al contenuto della stessa banca di dati e per il suo normale impiego. Per l'utente legittimo autorizzato ad utilizzare solo una parte della banca di dati, l'esercizio delle

attività non soggette al principio del previo consenso dell'autore debbono avere ad oggetto unicamente tale parte.

Il diritto dell'autore sulla banca di dati (così come il diritto del costituente) è soggetto al principio dell'esaurimento comunitario. Ciò significa che la prima 'vendita' della banca di dati o di una sua copia all'interno dell'Unione europea da parte del titolare del diritto, o con il suo consenso, esaurisce il diritto di controllare, all'interno dell'Unione stessa, le vendite successive.

Si noti come dal campo di applicazione del principio dell'esaurimento comunitario resta esclusa la trasmissione on line di una banca di dati, che viene invece considerata dal legislatore quale "prestazione di servizi" e non invece una "consegna di beni". Conseguentemente ciascuna prestazione in linea costituisce un atto che deve essere soggetto ad autorizzazione qualora il diritto d'autore lo preveda.

L'orientamento, di fonte comunitaria, trova specifica corrispondenza nella formulazione dell'art. 64-*quinquies*, lett. c) della L. 633/41, il quale attribuendo all'autore della banca di dati, tra l'altro, il diritto esclusivo di distribuzione al pubblico dell'originale o di copie della banca di dati, limita l'applicazione del principio dell'esaurimento comunitario solo all'ipotesi della "prima vendita di una copia nel territorio dell'Unione europea da parte del titolare del diritto o con il suo consenso".

L'orientamento normativo teso a classificare la distribuzione on line come prestazione di servizi e non cessione di beni (con esclusione, quindi, della possibilità di ravvisare atti di vendita nel caso di distribuzione on line), è stato pienamente confermato nella Direttiva 2001/29/CE dedicata a taluni aspetti del diritto d'autore nella società dell'informazione e nel relativo decreto di attuazione di cui si è riferito in precedenza.

In merito alla durata dei diritti patrimoniali ed al contenuto dei diritti morali spettanti all'autore della banca di dati si rinvia a quanto detto in via generale nel cap. 1.

Il D.lgs. 169/99 è entrato in vigore il 16 giugno 1999. Tuttavia è espressamente previsto che le disposizioni relative alla tutela delle banche di dati attraverso il diritto d'autore si applicano anche alle banche di dati create prima del 1 gennaio 1998 e che entro la data di entrata in vigore del decreto stesso abbiano soddisfatto i requisiti richiesti per accedere alla relativa tutela, fatti salvi gli eventuali atti conclusi e i diritti acquisiti anteriormente. La stessa disposizione si applica anche alle banche di dati create dal 1 gennaio 1998 fino alla data di entrata in vigore del decreto.

#### **4.2. Il diritto del costituente.**

A fianco del tradizionale diritto d'autore a tutela della forma espressiva della banca di dati è stato previsto anche un "diritto del costituente" a protezione dell'investimento rilevante necessario per realizzare, verificare o presentare la banca di dati, indipendente e parallelo all'eventuale diritto d'autore esistente sulla banca di dati (e quindi totalmente svincolato dalla sussistenza dei requisiti di creatività e originalità sopra richiamati).

Per le sue caratteristiche peculiari, affatto diverse da quelle del diritto d'autore, la natura di tale ulteriore diritto è dalla dottrina assimilata a quella dei diritti connessi.

Il diritto del costituente (o *sui generis* nella terminologia del legislatore europeo), è volto a salvaguardare il contenuto della banca di dati, laddove la sua costituzione, verifica o presentazione abbia richiesto al suo costituente (cioè al soggetto che effettua gli investimenti necessari a tali fini) un rilevante impegno di mezzi finanziari, di tempo o lavoro.

La qualità che tale investimento deve possedere per divenire condizione di applicabilità del diritto del costituente è individuata nella sua "rilevanza", intesa, come precisato dalla Direttiva 96/9/CE, in senso sia qualitativo sia quantitativo.

L'entità necessaria perché l'investimento possa dirsi "rilevante" non deve essere valutata in senso assoluto, bensì in rapporto al settore, al livello degli investimenti normalmente effettuati da altri soggetti, o dal medesimo soggetto, in tempi anteriori o concomitanti. Nel computo delle risorse impiegate debbono essere compresi tutti i costi per la realizzazione, a cominciare da quelli necessari per la raccolta dei dati, la loro elaborazione e il successivo trattamento. Per fruire delle private assegnate al costituente, questi può perciò fare affidamento su una definizione di "investimento rilevante" piuttosto ampia.

La tutela mediante il diritto del costituente non è allora applicabile a qualsiasi tipo di banca di dati, ma solo ed esclusivamente a quelle la cui realizzazione (in particolare per l'attività di reperimento dei dati, la loro verifica, la strutturazione, etc.) abbia richiesto un "investimento rilevante".

Al costituente, così come individuato, spetta il diritto (di cui può disporre liberamente) di vietare le operazioni di estrazione e di reimpiego della totalità o di una parte sostanziale della banca di dati.

Il tutto indipendentemente dalla eventualità che la banca di dati sia oggetto di tutela anche a norma del diritto d'autore e senza che vengano meno i diritti esistenti sul contenuto stesso della banca di dati o su parti di esso.

Il concetto di "estrazione" viene definito come il trasferimento permanente o temporaneo della totalità o di una parte sostanziale del contenuto di una banca di dati su un altro supporto con qualsiasi mezzo o in qualsivoglia forma.

Per "reimpiego", invece, si intende ogni forma di messa a disposizione del pubblico della totalità o di una parte sostanziale del contenuto della banca di dati mediante distribuzione di copie, noleggio, trasmissione effettuata con qualsiasi mezzo e in qualsiasi forma.

Il diritto d'impedire l'utilizzo del contenuto si estende quindi a tutti quegli atti parassitari che possano ingiustificabilmente sacrificare gli interessi, soprattutto economici, legittimamente ascrivibili al costituente della banca di dati.

In merito al concetto di "parte sostanziale", questo non trova una definizione normativa esplicita, ma andrà valutato in termini "qualitativi e quantitativi".

Se l'estrazione e il reimpiego della totalità o di una parte sostanziale di una banca di dati risultano sottoposti alla previa autorizzazione del costituente, risulta invece consentito all'utente legittimo compiere tali operazioni su parti non sostanziali della banca di dati, valutate appunto in termini qualitativi e quantitativi, per qualsiasi fine (art. 102-ter).

Il limite espressamente posto all'utente legittimo della banca di dati messa a disposizione del pubblico è quello di non eseguire operazioni che siano in contrasto con la normale gestione della banca di dati o che comunque arrechino un ingiustificato pregiudizio al costituente (art. 102-ter).

La libertà dell'utente legittimo viene garantita anche con la previsione della nullità delle eventuali clausole contrattuali volte a limitare od escludere la predetta facoltà.

Tuttavia è da notare come un ulteriore limite si ponga in via generale, in quanto è stabilito anche che non sono consentite le operazioni di estrazione o reimpiego "ripetute e sistematiche" di parti non sostanziali del contenuto, qualora presuppongano operazioni contrarie alla normale gestione della banca di dati o arrechino un pregiudizio ingiustificato al costituente.

Relativamente alla durata, il diritto esclusivo del costituente sorge al momento del completamento della banca di dati e si esaurisce trascorsi 15 anni dal 1° gennaio dell'anno successivo alla data del completamento della banca di dati.

Per le banche di dati in qualunque modo messe a disposizione del pubblico prima dello scadere di tale periodo, il diritto si estingue trascorsi quindici anni dal 1° gennaio dell'anno successivo alla data della prima messa a disposizione del pubblico.

Risulta inoltre previsto che nel caso in cui vengano apportate al contenuto della banca di dati modifiche o integrazioni sostanziali, cioè che comportino nuovi rilevanti investimenti, un autonomo termine di protezione (ulteriori 15 anni) decorrerà nuovamente a partire dal completamento della banca di dati "modificata" o dalla sua messa a disposizione del pubblico.

Il D.lgs. 169/99 è entrato in vigore il 16 giugno 1999. Tuttavia è espressamente previsto che le disposizioni relative al diritto del costituente si applicano anche alle banche di dati costituite completamente nei 15 anni precedenti il 1 gennaio 1998 e che alla data di entrata in vigore del presente decreto soddisfino i requisiti per accedere a tale tutela, fatti salvi gli eventuali atti conclusi e i diritti acquisiti anteriormente (per queste banche di dati il diritto del costituente decorre dal 1 gennaio 1998). La stessa disposizione si applica anche alle banche di dati costituite completamente dal 1 gennaio 1998 fino alla data di entrata in vigore del presente decreto.

Il diritto del costituente si applica unicamente alle banche di dati i cui costituenti siano cittadini o residenti abituali di uno Stato membro dell'Unione Europea o alle società ed imprese stabilite nel suo territorio.

In merito alla regolamentazione, in particolare contrattuale, dei possibili rapporti relativi ad una banca di dati, tre sono le principali ipotesi da considerare:

- l'acquisizione dei diritti sul materiale necessario per la realizzazione di una banca di dati;
- l'acquisizione dei diritti patrimoniali relativi ad una determinata banca di dati o al suo utilizzo;
- la regolamentazione circa l'utilizzo e la fruizione da parte di un terzo di una propria banca di dati.

In merito al primo punto, il regime giuridico e il contenuto dell'accordo contrattuale relativi all'acquisizione del diritto saranno determinati dal genere e tipologia dell'opera che si intende utilizzare per la realizzazione della banca di dati.

Importante risulterà, in particolare, specificare lo scopo di utilizzo della singola opera, comprendendo il suo eventuale adattamento o trasformazione, la sua riduzione in formato digitale, la sua eventuale distribuzione off line su supporto digitale oppure on line.

L'adattamento dell'opera ai fini di un suo utilizzo all'interno di una banca di dati potrebbe richiedere una modifica dell'opera stessa suscettibile di essere valutata come lesiva del diritto morale: pertanto risulterà consigliabile far accettare preventivamente tali modifiche all'autore.

Nei rimanenti due casi, l'aspetto fondamentale da considerare sarà il regime giuridico applicabile alla banca di dati di interesse; cioè se alla determinata banca di dati vada applicato il diritto d'autore e/o il diritto del costituente.

Secondo quanto sopra descritto, si possono infatti avere diversi casi:

- a) la banca di dati è tutelata dal diritto d'autore in quanto: (i) banca di dati c.d. selettiva, cioè avente un contenuto creativo originale; (ii) banca di dati non selettiva, ma nella quale i dati siano scelti o disposti in modo creativo e originale;
- b) il contenuto della banca di dati è tutelato dal diritto del costituente, in quanto la sua realizzazione ha rappresentato un investimento rilevante;
- c) la banca di dati è tutelata dal diritto d'autore, ma non da quello del costituente o viceversa.

A seconda, quindi, di quale regime giuridico insista sulla banca di dati di interesse (e quindi anche le sue eccezioni o limitazioni), sarà possibile determinare il contenuto contrattuale necessario a regolamentare efficacemente il rapporto volto ad acquisire o a concedere il diritto di utilizzare la banca di dati.

Si ricorda come la cessione dei diritti di utilizzazione economica in generale, e quindi anche quelli relativi alle banche di dati, debba essere provata per iscritto.

### 4.3. Il regime delle deroghe.

Per quanto concerne il diritto d'autore, si è già fatto in precedenza riferimento alle c.d. libere utilizzazioni (oggi identificate nella L. 633/41 con la locuzione "Eccezioni e limitazioni").

Queste ultime deroghe, sino ad un recente passato, si ritenevano non applicabili al diritto del costituente, in quanto quest'ultimo si presenta estraneo all'impianto tradizionale della normativa in materia di opere dell'ingegno. Sul punto è però intervenuto recentemente il D.lgs. 68/2003 che, modificando il Capo V della L. 633/41, ha stabilito espressamente come le eccezioni e limitazioni ivi previste siano applicabili, insieme ai diritti connessi, anche al diritto del costituente (art. 71-*decies*).

In ordine al diritto d'autore sulle banche di dati, è stato invece specificatamente previsto (art. 64-*sexies*) come non siano soggette ad autorizzazione da parte del titolare dei diritti:

- l'accesso o la consultazione della banca di dati quando abbia esclusivamente finalità didattiche o di ricerca scientifica, non svolta nell'ambito di un'impresa e nei limiti di quanto giustificato dallo scopo non commerciale perseguito, purché si indichi la fonte e l'operazione non comporti la riproduzione permanente del contenuto;
- l'impiego della banca di dati per fini di sicurezza pubblica o per effetto di una procedura amministrativa o giurisdizionale;
- per l'utente legittimo, la riproduzione permanente o temporanea, totale o parziale, con qualsiasi mezzo e in qualsiasi forma della banca di dati;
- per l'utente legittimo, qualsiasi presentazione, dimostrazione o comunicazione in pubblico della banca di dati, ivi compresa la trasmissione effettuata con qualsiasi mezzo e in qualsiasi forma, nonché qualsiasi riproduzione, distribuzione, comunicazione, presentazione o dimostrazione in pubblico dei risultati delle operazioni di traduzione, di adattamento, di una diversa disposizione e di ogni altra modifica, se tali attività sono necessarie per l'accesso al contenuto della stessa banca di dati e per il suo normale impiego.

L'utente autorizzato a utilizzare solo una parte della banca di dati può porre in essere le attività sopra indicate in riferimento esclusivamente alla porzione di banca di dati per la quale ha ottenuto la relativa autorizzazione da parte dell'autore e del costituente.

Le clausole contrattuali eventualmente pattuite in violazione di quanto ora riportato sono nulle ai sensi dell'articolo 1418 del codice civile.

Si noti come, da ultimo, a chiusura dell'articolo dedicato ai casi di libera utilizzazione della banca di dati (art. 64-*sexies*) si chiarisca come tali disposizioni "non possono essere interpretate in modo da consentire che la loro applicazione arrechi indebitamente pregiudizio al titolare del diritto o entri in conflitto con il normale impiego della banca di dati".

Per quanto concerne le specifiche deroghe al diritto del costituente (art. 102-*ter*) si veda quanto riportato nel precedente paragrafo.

#### 4.4. Le azioni civili di difesa.

A salvaguardia dei diritti e delle privative riconosciute in capo all'autore della banca di dati si applichino le difese e sanzioni civili e penali previste nella stessa L. 633/41.

Per quanto attiene al diritto del titolare, come si vedrà, il discorso è in parte diverso.

Il titolare dei diritti patrimoniali di una banca di dati ha la possibilità, a seconda dei casi e delle circostanze, di ottenere una tutela di tipo riparatorio o invece un provvedimento inibitorio .

La prima prevede il diritto del titolare, leso nell'esercizio di un diritto di utilizzazione economica, di "agire in giudizio per ottenere che sia distrutto o rimosso lo stato di fatto da cui risulta la violazione o per ottenere il risarcimento del danno" (art. 158, L. 633/41).

Si tratta, dunque, di due distinte possibilità: quella di ottenere la riparazione del danno e quella di richiedere la distruzione (o l'assegnazione in proprietà) degli oggetti con cui è stata compiuta la violazione.

Per essere attivate, entrambe le misure richiedono comunque che sia raggiunta la prova della commissione dell'attività illecita.

In relazione agli strumenti tipici della tutela restitutoria, vi è da notare come questi risentano in modo decisivo dell'evoluzione tecnologica, che ne vanifica in molti casi l'intervento.

Si pensi ad una banca di dati diffusa in rete, in relazione alla quale risulta poi impossibile individuare e reperire tutti gli esemplari per provvedere, ad esempio, alla loro distruzione.

In merito alla tutela di tipo risarcitorio - al di là delle difficoltà che si pongono nella quantificazione del danno e, sul piano pratico, per i tempi necessari alla sua liquidazione - la giurisprudenza è concorde nell'ammettere l'azione di risarcimento solo in presenza dell'elemento soggettivo della colpa o del dolo in capo al soggetto agente.

Il titolare che teme la violazione di un diritto di utilizzazione economica a lui spettante può inoltre agire in giudizio per ottenere che il suo diritto sia accertato e sia interdetta la violazione. Stessa possibilità nel caso intenda impedire la continuazione o la ripetizione di una violazione già avvenuta.

La L. 248/00 ha poi apportato alcune significative innovazioni in materia di azioni di difesa del diritto d'autore, consentendo, fra l'altro, all'autorità giudiziaria di ordinare la descrizione, l'accertamento, la perizia ed il sequestro di ciò che si ritenga costituire violazione del diritto di utilizzazione.

La descrizione e il sequestro possano concernere oggetti appartenenti a soggetti anche non identificati nel ricorso, purché si tratti di oggetti prodotti, offerti, importati o distribuiti dalla parte nei cui confronti sono stati emessi i provvedimenti di descrizione o sequestro (con la sola eccezione degli oggetti adibiti ad uso personale), ovvero di opere diffuse con qualunque mezzo.

In caso di eccezionale urgenza, la quale deve essere valutata anche alla stregua dell'esigenza di non pregiudicare l'attuazione del provvedimento, l'assunzione preventiva dei mezzi di prova può essere esperita *inaudita altera parte*, cioè senza che la controparte debba ricevere notificazione del relativo decreto.

In materia di sequestri, da notare come sia prevista l'impossibilità di ricorrere al sequestro nel caso in cui si tratti di opera che risulti dal contributo di più persone (come è nella maggior parte dei casi una banca di dati), salvo i casi di particolare gravità o quando la violazione del diritto d'autore è imputabile a tutti i coautori.

Altra importante novità, la possibilità di richiedere l'inibitoria di qualsiasi attività costituisca violazione di un diritto patrimoniale, eventualmente affiancata da una sanzione pecuniaria da pagarsi per ogni violazione o inosservanza successiva al provvedimento adottato o per il ritardo nell'eseguirlo.

In merito al diritto morale d'autore è stabilito si applichino le norme a tutela dei diritti patrimoniali, in quanto "lo consenta la natura di questo diritto".

Per quanto attiene alla legittimazione ad agire in difesa dei diritti patrimoniali esistenti sulla banca di dati, legittimato è colui che abbia la titolarità del diritto che si pretende violato: quindi l'autore o i suoi aventi causa.

Normalmente la banca di dati sarà il frutto del lavoro di più soggetti e quindi troveranno applicazione le norme in materia di opere collettive o in comunione (si veda sopra).

Riguardo alla tutela del diritto morale, che è inalienabile, legittimato attivo è unicamente l'autore.

In merito alle difese esperibili in relazione al diritto del costituente, il legislatore italiano non ha previsto alcuna specifica difesa o sanzione civile, ma unicamente una sanzione penale per le violazioni dei diritti spettanti all'autore e al costituente di una banca di dati.

Tuttavia, la dottrina prevalente ritiene il diritto del costituente affine all'ampia categoria dei diritti connessi, con la conseguente possibilità di ricorrere alle relative azioni di difesa.

Tale applicabilità non può nondimeno ritenersi certa, tanto più che a fronte di un orientamento recentemente favorevole, l'applicazione di tali difese (ed in particolare delle misure cautelari) ai diritti connessi è stata in giurisprudenza tradizionalmente controversa.

Circa la legittimazione ad agire, questa spetterà al soggetto (persona fisica o giuridica) titolare del diritto del costituente, in quanto abbia effettuato gli investimenti rilevanti per la costituzione, verifica o presentazione della banca di dati, impegnando a tali fini mezzi finanziari, tempo o lavoro, oppure il soggetto che successivamente abbia da quest'ultimo acquisito il diritto.

Si segnala, infine, come a fianco delle difese e sanzioni civili, la L. 633/41 prevede un apparato di sanzioni penali a salvaguardia dei diritti degli autori in generale ed anche del diritto del costituente di una banca di dati. Il regime di tali sanzioni è stato rafforzato ed inasprito dalla L. 248/00.

## 5. IL DIRITTO D'AUTORE E INTERNET

di Beatrice Cunegatti e Claudio Di Cocco

### 5.1. Il sito Internet come opera dell'ingegno.

Autorevole dottrina ritiene che i siti web, nel caso presentino caratteristiche di originalità e creatività adeguate, siano qualificabili come vere e proprie opere dell'ingegno: se così è, come pare emergere anche dalle più recenti pronunce della giurisprudenza, al sito dovranno applicarsi le disposizioni in materia di tutela del diritto d'autore. I requisiti di originalità e creatività potranno riscontrarsi tanto nel caso in cui si utilizzino materiali inediti (creati appositamente per il dato sito), quanto nell'ipotesi in cui ad essere originale sia la presentazione e/o la strutturazione di materiali preesistenti.

In particolare, per la struttura, per i contenuti, nonché per la modalità di fruizione, il sito Internet appare fortemente affine alla categoria della cd. opera multimediale, definita in dottrina come un prodotto che combina simultaneamente, in forma digitale, dati e informazioni di tipo diverso (parti di testo, grafica, suoni, immagini, siano esse statiche o in movimento), fruibile dall'utente in modo interattivo grazie ad un apposito software preposto al suo funzionamento. La somiglianza si riscontra innanzitutto sotto il profilo delle componenti costitutive, in entrambi i casi rappresentate da una base di informazioni usufruibili interattivamente attraverso un sistema informatico comprendente un software gestionale. Il sito Internet, secondo parte della dottrina, rappresenta anzi il prototipo della moderna opera multimediale.

La normativa nazionale (al pari dei trattati internazionali) non disciplina specificatamente i multimedia (e quindi in particolare il sito Web) come opera dell'ingegno.

Ciononostante, la L. 18 agosto 2000, n. 248 recante nuove norme di tutela del diritto d'autore fa espresso riferimento al fenomeno multimediale, benché in modo articolato (e non sempre chiaramente intelligibile), disciplinando gli obblighi di contrassegno sui supporti multimediali e riconoscendo espressamente l'esistenza dell'opera multimediale a fianco delle opere dell'ingegno tradizionali.

Sotto il primo profilo, l'art. 10, L. 248/00, inserendo il nuovo art. 181-*bis*, L. 633/41, dispone: "Ai sensi dell'articolo 181 e agli effetti di cui agli articoli 171-*bis* e 171-*ter*, la Società italiana degli autori ed editori (SIAE) appone un contrassegno su ogni supporto contenente programmi per elaboratore o multimediali nonché su ogni supporto contenente suoni, voci o immagini in movimento, che reca la fissazione di opere o di parti di opere tra quelle indicate nell'articolo 1, primo comma, destinati ad essere posti comunque in commercio o ceduti in uso a qualunque titolo a fine di lucro".

Ai supporti multimediali fanno altresì riferimento i successivi artt. 16 e 17, comma 2, L. 248/00.

Il riconoscimento normativo dell'opera multimediale è esplicitamente disposto dall'art. 14, L. 248/00 di modificazione dell'art. 171-*ter*, L. 633/41, il quale dispone ora: "È punito, se il fatto è commesso per uso non personale, con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da cinque a trenta milioni di lire chiunque a fini di lucro: [...] b) abusivamente riproduce, trasmette o diffonde in pubblico, con qualsiasi procedimento, opere o parti di opere letterarie, drammatiche, scientifiche o didattiche, musicali o drammatico-musicali, ovvero multimediali, anche se inserite in opere collettive o composite o banche dati".

Del pari, già alcune sentenze delle corti di merito hanno riconosciuto il carattere creativo e originale dei siti Web e, conseguentemente, la loro tutela ai sensi della disciplina sulle opere dell'ingegno<sup>12</sup>.

La mancanza di una disciplina *ad hoc* per le opere multimediali e dunque anche per molti siti Web contribuisce per altro al perdurare di alcune incertezze circa gli elementi protetti dal diritto d'autore.

In ogni caso, da un'attenta lettura delle norme in materia di opere dell'ingegno si evince la piena e incontestabile protezione di tutti gli elementi creativi ed originali che costituiscono e caratterizzano il sito Web.

Circa la protezione dei contenuti informativi (se opere o parti di opere dell'ingegno) si è detto in precedenza. Esaminiamo allora qui il regime di tutela di alcuni elementi che potremmo definire "di dettaglio" ma che assumono, nella fattispecie, un ruolo fondamentale in quanto caratterizzano univocamente le modalità con le quali l'opera è fruita dagli utenti di Internet.

È infatti palese che, al di là dei contenuti informativi (anche qualora essi siano di alto livello qualitativo o artistico), in Internet è di fondamentale importanza, costituendo quindi un interesse primario per l'autore del sito, che l'utente possa univocamente identificare il proprio interlocutore fin dall'apertura della *home page*.

È infatti un dato di comune esperienza, nonché statisticamente rilevato, che l'utente di Internet identifica il proprio interlocutore (autore del sito Web) dai segni grafici utilizzati nella *home page*, a prescindere dalle dichiarazioni dell'autore.

Non a caso i contenziosi che hanno ad oggetto i siti Internet sono spesso di due tipi:

- utilizzazione come *domain name* di marchi o denominazioni altrui o di *domain name* graficamente o foneticamente molto simili a quelli utilizzati da altri;
- impostazioni grafiche del sito identiche o fortemente simili a quelle già utilizzate da terzi.

Le due ipotesi, ovviamente, possono intersecarsi, dando origine a ipotesi di siti identificati con *domain name* di marchi o denominazioni di terzi o fortemente simili a marchi o denominazioni da altri utilizzati, caratterizzati da una veste grafica che si richiama (più o meno pedissequamente) al sito del terzo.

<sup>12</sup> "L'opera denominata "Mondo Italia" si configura come un peculiare "giornale" telematico, destinato a comparire su un proprio c.d. sito del sistema Internet, che si caratterizza per la possibilità offerta all'utente di accedere, anche per rimandi cc.dd. ipertestuali, a prescelti servizi, trasmissioni e programmi radiofonici e televisivi (della RAI), rubriche, notizie e dati, inerenti a fatti di cronaca, dell'ambiente, della cultura, della scienza, dell'arte, dello spettacolo, dello sport, della storia, del folclore, della politica, dell'economia, della gastronomia, soprattutto nelle regioni e nelle città italiane, e anche relativi agli italiani nel mondo, nonché per la possibilità offerta all'utente di partecipare e interagire individualmente con la redazione del "giornale" attraverso un apposito servizio di posta elettronica (a mezzo di c.d. E-Mail), il tutto secondo la "filosofia" di rendere facilmente ricevibili flussi di informazioni di interesse prevalentemente locale e regionale, anche e soprattutto all'estero e dall'estero (come rilevato anche dal "titolo" dell'opera), sfruttando a pieno e in modo originale le potenzialità della rete suddetta (Internet) e della tecnologia multimediale, e con scelte dei contenuti, impaginazione e organizzazione dei materiali parimenti originali. Si è quindi senz'altro in presenza di un'opera intellettuale di carattere creativo, proteggibile in base alla legge sul diritto d'autore, tanto più ove si pensi che la Corte Suprema ha costantemente affermato che a tali fini è sufficiente la sussistenza di un "atto creativo" seppure minimo (ma non pare il caso in specie), suscettibile di estrinsecazione (cfr. ad esempio, Cass., 2 febbraio 1993, n. 11953 e in senso analogo già Cass., 13 gennaio 1969, n. 175)" (Tribunale di Bari, ord. 11 giugno 1998).

"Una tabella contenente i dati relativi alle quotazioni di borsa e valute internazionali, contraddistinta da una veste grafica originale e da un titolo significativamente distintivo, che sia inclusa in una rubrica pubblicata su Internet è qualificabile come opera di ingegno e come tale tutelata dalla disciplina in materia di diritto d'autore. (Nel caso di specie la tabella era stata realizzata copiando e adattando il complesso software sorgente utilizzato per la tabella originale concorrente, nonché il titolo, la veste grafica complessiva e le intestazioni di quest'ultima. Applicando il principio di cui alla massima citata, la Corte ha ravvisato le violazioni degli artt. 100 e 102, L. 22 aprile 1941, n. 633, per quanto attinente al titolo e all'aspetto esterno, dell'art. 1, ultimo comma e art. 2, n. 8, L. 22 aprile 1941, n. 633, per quanto attiene al programma utilizzato)" (Tribunale di Cuneo, 23 giugno 1997).

L'ipotesi dell'utilizzazione come *domain name* di un marchio, denominazione o segno distintivo altrui è questione per la quale è necessario fare riferimento alla disciplina in materia di proprietà industriale, normativa che esula dallo specifico campo di indagine della presente trattazione.

Ci soffermeremo invece in questa sede sulla tutela della grafica, delle testate e delle rubriche utilizzate dall'autore del sito per identificare univocamente la propria creazione (ossia il sito medesimo).

Preliminarmente, per altro, si ritiene opportuno spendere qualche parola circa l'architettura complessiva del sito.

Per struttura o architettura complessiva del sito Web non si intende in questo contesto fare riferimento all'eventuale disposizione "sistematica o metodica" del contenuto informativo. Ove sussistente, infatti, tale disposizione può trovare protezione in applicazione delle norme vigenti in materia di banche di dati (raccolte di dati autonomamente accessibili e metodicamente o sistematicamente disposti; in merito ci si soffermerà nel proseguo).

In realtà, la definizione di banca di dati non si presta a essere applicata "in ogni caso" ai siti Web, i cui contenuti non sempre sono autonomamente accessibili.

Ai fini della presente trattazione, quindi, per "struttura complessiva del sito" si intende l'insieme degli elementi (contenuti informativi, grafica, colori, suoni etc.) fruiti dall'utente in relazione a ciascuna pagina del sito.

Il soggetto che realizza il sito può determinarne l'architettura complessiva in base a diverse esigenze:

- porre in primo piano le informazioni di maggiore interesse;
- creare dei *link* interni in base all'omogeneità o al rapporto gerarchico dei contenuti coordinati;
- introdurre e quantificare il costo dei *banner* pubblicitari in base ai percorsi implementati etc.

La circostanza che altri possano pedissequamente adottare la medesima architettura può contribuire a generare confusione nell'utente circa l'identità del gestore del sito.

Può così accadere che il sito "parassitario" sia identificato con un *domain name* e una veste grafica abbastanza simili a quelli del sito originale, pur mantenendosi all'interno di una soglia di non illiceità. La circostanza che il sito parassitario implementi un'architettura complessiva uguale a quella del sito originale potrebbe essere l'elemento decisivo per determinare nell'utente Internet una reale confusione circa l'identificazione del gestore.

Dato che le opere multimediali in genere non sono specificatamente disciplinate dalla normativa in materia di opere dell'ingegno, la struttura del sito Web potrebbe non trovare diretta protezione.

Le opinioni espresse dalla dottrina e dalla giurisprudenza a tutela della struttura del sito Web possono essere così riassunte:

- la struttura del sito è elemento idoneo a valutare la creatività dell'opera e quindi, ove originale, è protetta come elemento costitutivo del diritto (come tale non può essere oggetto di pedissequa riproduzione perché tale operazione costituisce plagio o contraffazione dell'opera originale);
- il sito Web costituisce una particolare tipologia di banca di dati e quindi, ove la struttura sia originale, essa è tutelata dal diritto d'autore (con la medesima conseguenza sopra descritta);
- al riconoscimento, in capo all'autore (ad opera della nuova Direttiva 2001/29/CE e del D.lgs. 68/2003), del diritto esclusivo di comunicazione al pubblico compresa la messa a disposizione del pubblico dell'opera in modo tale che lo stesso possa fruirne nel luogo e nel momento scelti individualmente, consegue il suo diritto esclusivo di determinare come l'opera verrà fruita dall'utente e, quindi, anche la struttura di fruizione (architettura del sito).

Le opinioni in merito, per altro, non sono univoche. È stato infatti ritenuto che le caratteristiche intrinseche della rete Internet sono tali per cui il *link* ipermediale (c.d. *hyperlink*) costituisce una modalità di normale fruizione dei siti (e dell'informazione in rete in senso ampio) qualunque sia la pagina Web raggiunta dal rinvio. Il riconoscimento di questo principio determina, per estensione, che l'architettura complessiva del sito non potrebbe assurgere a elemento protetto dal diritto d'autore.

Ciononostante sembra incontestabile che, qualora la pedissequa riproduzione dell'architettura del sito, valutati complessivamente anche gli altri elementi (contenuti, grafica, domain name etc.), determini confusione circa l'identità del gestore, la stessa dovrà essere valutata ai sensi della normativa in materia di concorrenza sleale.

A prescindere, poi, dalla natura e dal regime giuridico del sito nel suo complesso (*rectius*: dell'opera multimediale), la sua protezione quale opera dell'ingegno determina l'applicabilità alla fattispecie delle norme in materia di tutela dell'aspetto esterno dell'opera di cui di cui al capo VIII del titolo II, L. 633/41.

Gli articoli da 100 a 102, L. 248/00 sono dedicati alla "Protezione del titolo, delle rubriche, dell'aspetto esterno dell'opera, degli articoli e di notizie" e al "Divieto di taluni atti di concorrenza sleale".

Il comma 1 dell'art. 100, L. 633/41, tutela il titolo qualora lo stesso individui l'opera stessa, disponendone la non riproducibilità su altre creazioni senza il consenso dell'autore.

Il divieto non si estende alle opere che siano di specie o carattere così diverso da risultare esclusa ogni possibilità di confusione.

I commi 3 e 4 dell'art. 100, L. 633/41 disciplinano tale divieto con riferimento, rispettivamente, alle rubriche – la cui riproduzione è vietata qualora le stesse siano adoperate nella pubblicazione periodica in modo così costante da individuare l'abituale e caratteristico contenuto della rubrica -, e al titolo del giornale, delle riviste e di altre pubblicazioni periodiche; in questo caso il divieto è posto nei confronti di altre opere della stessa specie o carattere, sempre che non sia decorso il termine di due anni da quando è cessata la pubblicazione.

Come si è premesso, le disposizioni in esame paiono applicabili anche all'ipotesi di opera multimediale.

Il comma 1 dell'art. 100, L. 633/41 si riferisce al titolo con valore identificativo dell'opera, prescindendo dal genere di quest'ultima: seppure la disposizione, soprattutto alla luce dei commi 2 e 3, appaia storicamente preordinata alla protezione di opere per lo più letterarie, il tenore della norma non è di ostacolo alla sua applicazione ad altri generi, quali i siti Web, qualora siano connotati da un titolo individualizzante.

Le norme si pongono a chiara protezione degli interessi economici dell'impresa culturale (e perciò, nella fattispecie, del gestore del sito), oltre che – indirettamente - del mercato nel suo insieme per scongiurare il rischio di confusione nei consumatori.

La duplice funzione perseguita dalla norma in materia di opere dell'ingegno è stata riconosciuta anche dai giudici nazionali i quali, disponendo in ordine ad una controversia che vedeva contrapposte due case editrici, hanno sancito che "l'atto di concorrenza sleale di cui all'art. 102, L. 633/41 è sanzionato non a difesa autonoma e intrinseca del titolo, bensì a tutela dell'impresa editoriale contro atti confusori di agganciamento diretti a sviare la clientela a favore della propria iniziativa costituente pedissequa imitazione dell'assetto editoriale altrui" (Corte di Appello di Milano, 9 giugno 1995).

Prima di approfondire ulteriormente tali temi sotto il profilo della connessione delle disposizioni in esame con quelle in materia di concorrenza sleale di cui all'art. 2598 c.c., si ricordano le disposizioni di cui all'art. 102, L. 633/41, il quale dispone: "È vietata come atto di concorrenza sleale, la riproduzione o imitazione sopra altre opere della medesima specie, delle testate, degli emblemi, dei fregi, delle disposizioni di segni o

caratteri di stampa e di ogni altra particolarità di forma o di colore nell'aspetto esterno dell'opera dell'ingegno, quando detta riproduzione o imitazione sia atta a creare confusione di opera o di autore”.

Anche la norma in questione pare idonea ad essere applicata nel caso di siti Web creativi, dato che non introduce alcuna distinzione circa il genere di creazione, essendo sufficiente che il bene in questione costituisca espressione originale della creatività dell'autore.

In assenza di un'opera degna di protezione sotto il profilo del diritto d'autore (ossia non creativa e originale), gli atti di concorrenza sleale andranno valutati ai sensi delle norme generali del codice civile.

In tal senso si sono espressi i giudici piemontesi in un caso particolarmente interessante che vedeva contrapposte due case di videogiochi.

All'esame dei giudici erano stati dedotti degli atti di imitazione servile di immagini di un videogioco posti in essere dalla Sidam a danno della Atari in un'epoca antecedente al pieno riconoscimento della loro tutelabilità (in una situazione, quindi, simile a quella in cui si trovano attualmente le opere multimediali): “La pedissequa riproduzione dei videogiochi prodotti da un concorrente non integra gli estremi di una violazione del diritto d'autore, non essendo i giochi in questione suscettibili di tutela sotto questo profilo, ma può qualificarsi come concorrenza sleale per imitazione servile allorché le immagini messe in scena dai giochi medesimi siano così simili da poter essere confuse da un comune utente, tenuto conto del grado medio di attenzione del pubblico” (Pretura di Torino, 25 maggio 1982).

Avendo per oggetto opere multimediali in Internet (e in particolare i siti Web) è inoltre importante sottolineare che al fine di valutare la sussistenza del pericolo di confusione tra le opere o gli autori non bisogna procedere ad una valutazione autonoma di ogni singolo elemento che contraddistingue esternamente l'opera bensì, in applicazione al principio sancito per la verifica della contraffazione delle opere delle arti visive, ad una valutazione sintetica d'insieme.

La piena accoglibilità di questo principio al fine della tutela dell'aspetto esterno dell'opera è chiaramente ribadito dai giudici della capitale: “Ai fini della configurazione della concorrenza sleale a norma dell'art. 102, L. 633/41, la confondibilità deve sostanziarsi nella presentazione alla clientela di prodotti con nomi, segni distintivi o confezioni fra loro a tal punto somiglianti da indurre in equivoco i consumatori; un tale accertamento deve essere compiuto non tanto in via analitica quanto in via unitaria e sintetica, mediante un apprezzamento che tenga conto di tutte le caratteristiche salienti in relazione al normale grado di percezione delle persone alle quali il prodotto è destinato” (Corte d'Appello di Roma, 28 gennaio 1991).

La valutazione del grado di potenziale confusione nel pubblico degli utenti, inoltre, è da effettuarsi in base alla percezione della persona media<sup>13</sup>.

È interessante rilevare come gli atti di confusione potrebbero derivare – dando origine all'illiceità della condotta – non solo dall'uso di un titolo o di segni grafici e distintivi individualizzanti originali, bensì dall'esplicito riferimento all'opera originaria in modo tale da sfruttarne in modo parassitario la fama<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> “Venendo a considerare se nella specie ricorre confondibilità di imprese e cioè di fonte produttiva (di editori, trattandosi di opere dell'ingegno edite) è del tutto ragionevole ritenere che il lettore medio del genere di periodici in esame possa collegare l'eguaglianza di aspetto formale (testata) dei due periodici alla unicità, tratto in inganno dal notorio fenomeno della creazione da parte dell'imprenditore moderno di un comune denominatore formale per i diversi prodotti oggetto delle sue attività di impresa; né può essere trascurata la malizia posta dall'attrice nella imitazione dell'aspetto formale della testata del periodico della convenuta: [...] l'unico ed evidente motivo è, infatti, quello di ingannare i lettori, al fine di sviamento dal concorrente imitato di quella fascia di pubblico che è determinato all'acquisto del periodico dall'erroneo (provocato) convincimento che trattasi per l'appunto di pubblicazione edita dall'imprenditore concorrente imitato” (Tribunale di Milano, 7 febbraio 1983).

<sup>14</sup> In questo senso, in tema di opere cinematografiche, è stata dedotta l'illiceità della presenza, nel titolo e nella pubblicità, di parole e immagini “palesanti al pubblico un collegamento con opere anteriori prodotte da altri e che

Abbiamo detto, però, come l'opera multimediale (categoria alla quale si possono ricondurre molti siti Web) risulta al momento priva di una definizione normativa, così come di una disciplina di protezione *ad hoc*. La dottrina maggioritaria ritiene tuttavia applicabile al multimedia, in molti casi (sebbene non in tutti), la disciplina di tutela dettata in materia di banche di dati.

Di estremo rilievo per l'argomento ora trattato risulta, di conseguenza, l'analisi delle disposizioni dedicate alla protezione delle banche di dati effettuato nel precedente cap. 4 e ciò sotto un duplice profilo: da un lato, quale disciplina a cui guardare per la protezione del sito web stesso (non solo attraverso il diritto d'autore, ma anche parallelamente attraverso il diritto del costitutore); dall'altro quale normativa di riferimento per stabilire la legittimità dell'utilizzo di materiale altrui, presente su siti di terzi, attraverso la tecnica - tipica di Internet - dei collegamenti ipertestuali (c.d. *links* o *hyperlinks*, di cui si dirà fra breve).

## 5.2. La riproduzione di informazioni e notizie

La pubblicazione on line di materiale protetto può configurare, oltre all'imitazione servile, al plagio o alla contraffazione dell'opera posta in Internet, la lesione delle privative stabilite dall'art. 101, L. 633/41.

Detta norma limita la riproduzione di informazioni e notizie, stabilendo la necessaria ottemperanza degli obblighi indotti dagli onesti usi in materia giornalistica.

In particolare, l'art. 101, comma 2, lett. b) stabilisce che si considera illecita "la riproduzione sistematica di informazione e notizie, pubblicate o radiodiffuse, a fine di lucro, sia da parte di giornali o altri periodici, sia da parte di imprese di radiodiffusione".

In applicazione di questo principio, il comportamento di chi pubblica in tempo reale - ossia contemporaneamente all'uscita di quotidiani e riviste - gli articoli e le informazioni che specificamente interessano i suoi clienti, va valutato come illecito sotto il duplice profilo della concorrenza sleale e del diritto d'autore (Tribunale di Milano, 24 marzo 1997).

Per valutare la possibilità di interpretare la disposizione in oggetto in senso estensivo, tale da comprendere tra le riviste o altri periodici anche i siti Web, occorre considerare due elementi:

- la possibilità di considerare prodotto editoriale anche il sito Web non registrato come testata giornalistica (ai sensi della L. 7 marzo 2001, n. 62 recante nuove norme sull'editoria e sui prodotti editoriali e modifiche alla legge 5 agosto 1981, n. 416);
- la sussistenza dello scopo di lucro nella pubblicazione in Internet.

La natura di prodotto editoriale del sito Web, a prescindere dalla sua formale registrazione come testata giornalistica, è stata più volte affermata dalla giurisprudenza<sup>15</sup>.

Il sito Internet deve quindi essere ritenuto prodotto editoriale ai sensi dell'art. 1, L. 62/01 come prodotto realizzato su supporto informatico destinato alla diffusione di informazioni con mezzo elettronico attraverso la rete mondiale. Di conseguenza, ex art. 2 della L. 47/48, si deve ritenere che agli stessi sia applicabile, anche ai fini penali, la disciplina riservata alla stampa e le connesse maggiori garanzie ad essa attribuite in

---

abbiano inaugurato un nuovo genere cinematografico, così da suggerire un rapporto di prosecuzione delle relative storie ed ingenerare confusione con esse" (Tribunale di Roma, 7 marzo 1989).

<sup>15</sup> "L'introduzione di informazioni in Internet ha natura di pubblicazione ai sensi dell'art. 12, L. 22 aprile 1941, n. 633, con tutte le implicazioni giuridiche, civili e penali, che ne conseguono" (Tribunale di Cuneo, ord. 23 giugno 1997).

virtù dell'importante funzione svolta in una società democratica dai mezzi di comunicazione di massa, dei quali Internet fa parte a pieno titolo (Tribunale di Latina, ord. 7 giugno 2001).

Gli orientamenti della giurisprudenza e delle dottrine sul punto non sono per altro univoci.

In ogni caso, anche volendo sostenere la non esperibilità della norma dell'art. 102, L. 633/41 nel caso di siti Web che non costituiscano testate giornalistiche telematiche, rimane pur sempre evidente – ed ha trovato affermazione anche nelle corti del nostro paese – che allorquando con più iniziative contemporanee si venga a sfruttare il lavoro e la creatività del concorrente, sicché l'imprenditore “creativo” non può ottenere una ragionevole utilizzazione dell'innovazione prodotta, si rappresenta la fattispecie di concorrenza parassitaria sincronica, di per sé illecita (Corte d'Appello di Venezia, 3 novembre 1994).

La finalità di lucro nella pubblicazione nel sito Web è stata per lo più ritenuta sussistente anche nel caso in cui i servizi attivati mediante il sito non siano a pagamento.

Nella sentenza emanata dai giudici del Tribunale di Cuneo (nella ord. 23 giugno 1997), è stato chiarito che la gratuità dell'accesso ad Internet non esclude che l'utilizzo dell'opera assuma natura economica, come veicolo di raccolta pubblicitaria diretta o indiretta.

### 5.3. Linking, deep linking, framing.

La navigazione su Internet si svolge attraverso la fruizione di contenuti incorporati in pagine *Web* alle quali si accede indicando un indirizzo virtuale, il *domain name*, o molto spesso tramite un *hyperlink*, cioè una connessione che da una determinata pagina consente di accedere e visualizzarne direttamente un'altra.

Il *world wide web* è anzi caratterizzato proprio dalla presenza di questi *hyperlinks*, o più semplicemente *links*, collegamenti ipertestuali che consentono una fruizione c.d. reticolare (cioè non legata ad una schema unico e predefinito) del contenuto non solo del singolo sito, ma di siti diversi<sup>16</sup>.

Tale modalità di navigazione è alla base del funzionamento stesso di Internet e ne ha da sempre caratterizzato la natura di “rete”, intesa appunto come un insieme di connessioni fra le sue diverse parti.

La possibilità di “saltare” da una pagina all'altra, e quindi da un determinato contenuto ad un altro, ha decretato la nascita di una nuova modalità di creazione e distribuzione delle informazioni, ma allo stesso tempo ha introdotto nuove questioni attinenti, in vario modo, alla tutela di tali contenuti.

Lo sviluppo del *Web* ed il conseguente aumento dell'importanza economica dell'attività svolta in rete, intesa in senso lato, ha infatti via via accresciuto il valore dei materiali presenti nei vari siti e degli stessi *domain name*.

Da qui la sempre maggiore attenzione per la tutela di quanto pubblicato nel sito e per le stesse modalità di fruizione dei contenuti.

Alla generale libertà di accesso alle informazioni e opere poste *on line* si contrappone infatti l'interesse del titolare dei diritti sul singolo sito a evitare che, eventualmente anche attraverso determinate pratiche di *linking*, possa derivargli un danno, sotto forma di un utilizzo non autorizzato dei propri contenuti o di modalità di fruizione degli stessi che possano comunque procurargli un pregiudizio economico.

Il fenomeno è emerso, in particolare, in relazione a due diverse tipologie di casi: l'utilizzo del nome di dominio altrui all'interno del proprio sito come collegamento ipertestuale e il *link* diretto ad un altro sito per consentirne, come vedremo in varie forme, la visualizzazione del contenuto.

---

<sup>16</sup> Si suole distinguere fra collegamenti ipertestuali “interni” allo stesso sito e collegamenti “esterni”, che permettono la connessione con altri siti.

Nel primo caso si tratta di stabilire se sia sempre legittimo riportare ed utilizzare il nome di dominio altrui nel proprio sito per consentire all'utente di eventualmente 'trasferirsi' nel sito del terzo.

Per addivenire a tale determinazione è di fondamentale importanza stabilire preliminarmente la natura giuridica del nome di dominio.

In ambito nazionale, seppure con alcune (per la verità rare) eccezioni<sup>17</sup>, pare oramai consolidato l'orientamento giurisprudenziale che vuole il nome di dominio, laddove connesso ad attività d'impresa, appartenente alla categoria dei segni distintivi<sup>18</sup>.

Di conseguenza, seppure a volte facendo ricorso al marchio<sup>19</sup>, altre volte all'insegna<sup>20</sup>, al nome di dominio dovrebbe applicarsi la normativa in materia di segni distintivi e quindi la disciplina in materia di concorrenza sleale<sup>21</sup> e contraffazione del marchio o di altro segno distintivo<sup>22 23</sup>.

<sup>17</sup> Nell'ordinanza del 29 giugno 2000, il Tribunale di Firenze ha assimilato il nome di dominio a un mero indirizzo, escludendo quindi l'applicabilità della normativa in tema di segni distintivi, in particolare in materia di violazione del marchio. Secondo il giudice fiorentino "*mediante il domain name [...] si raggiungerà quel sito, non diversamente, si potrebbe opinare, da quanto avviene raggiungendo un certo numero civico di una certa via per andare a trovare qualcuno o comporre un numero di telefono per parlare con una data persona*". Lo stesso Tribunale (Trib. Firenze Sez. distaccata di Empoli) ha poi ribadito tale interpretazione nella successiva decisione del 13 novembre 2000. In senso conforme Tribunale di Bari, 24 luglio 1996.

<sup>18</sup> In senso conforme si vedano, fra le altre: Tribunale di Firenze, ordinanza del 28 maggio 2001, n. 2794 (in riforma dell'ordinanza dello stesso tribunale del 13 novembre 2000); Tribunale di Viterbo, ordinanza del 24 gennaio 2000; Tribunale di Genova, ordinanza del 15 febbraio 2000; Tribunale di Parma, decisione del 22 febbraio 1999; Pretura di Valdagno, ordinanza del 27 maggio 1998; Tribunale di Vicenza, ordinanza del 6 luglio 1998; Tribunale di Roma, ordinanza del 2 agosto 1997; Tribunale di Macerata, ordinanza n. 2712 del 1998.

Da ultimo si veda l'ordinanza del 1 agosto 2000 del Tribunale di Modena, nella quale il Tribunale afferma espressamente che "*in realtà, non può seriamente dubitarsi dell'appartenenza del domain name alla categoria dei segni distintivi, di cui possiede tutte le caratteristiche peculiari, vale a dire la natura di rappresentazione grafica (nella specie denominativa) prescelta dal titolare allo scopo di far riconoscere la propria attività rispetto agli altri*".

Inoltre: "*Che poi, esso debba ricondursi ad una piuttosto che ad altra categoria di segni, al fine che qui occupa, poco importa* (e questo giudice propende per l'assimilazione all'insegna, n.d.r.), *poiché così classificato, comunque il domain name non si sottrae al rispetto delle regole dettate in materia di marchio e di concorrenza, in virtù del principio di unicità dei segni distintivi*". In senso conforme, successivamente, anche Tribunale di Cagliari, 23 dicembre 2000. Si veda anche Tribunale di Napoli, 26 febbraio 2002.

<sup>19</sup> "*In questo caso, il sito [www.missitalia.it](http://www.missitalia.it) [...] sembra equiparabile al marchio d'impresa con conseguenziale applicazione della relativa disciplina di governo*", Tribunale di Modena, 27 luglio 2000.

<sup>20</sup> "*Il domain name assume anche un carattere distintivo dell'utilizzatore del sito [...] con qualche apparente affinità con la figura dell'insegna, in quanto luogo (virtuale) ove l'imprenditore contatta il cliente fino a concludere con esso il contratto*", Tribunale di Milano, 9 giugno 1997. Conforme anche Tribunale di Modena, 1 agosto 2000 (vedi nota n. 4).

<sup>21</sup> Sempre che, naturalmente, ricorrano i presupposti previsti dalla normativa. In particolare: da un punto di vista soggettivo, la qualità di imprenditore ex art. 2082 c.c. in entrambi i contendenti; da quello oggettivo lo stato di concorrenzialità tra due imprenditori operanti in settori merceologicamente affini o la presenza di un marchio rinomato.

<sup>22</sup> Art. 2598 c.c. (concorrenza sleale), artt. 2569 e segg. c.c. (marchio), artt. 2563 e segg. c.c. (ditta e insegna) e R.D. 929/1942 come modificato dal D.Lgs 480/1992 a seguito della direttiva comunitaria 89/104/CEE.

<sup>23</sup> Anche in ambito statunitense si discute ancora sulla natura dei nomi di dominio, in particolare per stabilire quali azioni siano esperibili nelle cause aventi ad oggetto *domain name*. In alcuni recenti casi (*Lockheed v. Network Solutions*, 194 F.3d 980, 9th Cir. 1999; *Network Solutions, Inc. v. Umbro Inc.*, 529 S.E.2d 80, Va.Supr.Ct. 2000; *Kremen v. Stephen Michael Cohen, Network Solutions, et al.*, United States District Court for the Northern District of California, C-98-20718 JW PVT) è emerso come il nome di dominio non possa essere considerato come una vera e propria "proprietà" tangibile, ma piuttosto abbia natura di "servizio". In realtà, il *Anticybersquatting Consumer Protection Act* ("*ACPA*"), la normativa statunitense a tutela dei consumatori in materia di nomi di dominio approvata nel 1999 ed entrata in vigore nel gennaio del 2000, prevede espressamente che i nomi di dominio siano considerati quali proprietà per consentire l'perimento di azioni *in rem*, cioè azioni che consentano all'attore di agire direttamente contro il nome di dominio in quanto tale. Secondo alcuni interpreti, nella volontà del legislatore tale riconoscimento sarebbe però da limitare ai soli casi in cui la controversia veda coinvolto un soggetto registrante non identificabile o

In base a tale assimilazione, il titolare del *domain name* avrebbe dunque l'esclusivo diritto di utilizzazione dello stesso e pertanto qualunque altro soggetto sarebbe inibito, in via generale e salvo autorizzazione, a farne qualunque impiego<sup>24</sup>.

La conseguenza sarebbe allora che qualsivoglia uso di un nome di dominio, compreso il suo inserimento all'interno di un sito Internet di un terzo quale *link*, dovrebbe ritenersi assoggettato al previo consenso del titolare dello stesso ed, in caso di sua assenza, illegittimo.

L'interpretazione, certamente aderente al dato normativo, non è però pacificamente condivisa in dottrina<sup>25</sup>.

Secondo alcuni autori l'utilizzo di *links* di rimando fra i diversi siti Internet costituisce, come sopra ricordato, una caratteristica essenziale ed intrinseca al funzionamento stesso della rete, rendendo di fatto tale modalità di fruizione del *Web* imprescindibile.

Di conseguenza, si sostiene, il singolo *link* in quanto tale non potrebbe essere oggetto di alcuna specifica tutela e quindi non sussisterebbe in via generale alcuna necessità di preventiva autorizzazione per la sua creazione<sup>26</sup>, a nulla rilevando il fatto che sia eventualmente costituito da un *domain name*.

Quanto sopra, anche per questi ultimi autori, sarebbe valido purché il *link* crei un collegamento che possa considerarsi 'usuale', nel senso di non alterare le normali modalità di fruizione del sito<sup>27</sup>.

Le pagine di un sito Internet, infatti, anche se caratterizzate dalla ipertestualità, vengono comunque create per essere visualizzate se non anche secondo un ordine preciso, certamente seguendo una data gerarchia. Questa prevede normalmente una pagina principale (la c.d. *home page*) alla quale si accede ogniqualvolta si digita il *domain name* di quel determinato sito e dalla quale è poi possibile indirizzarsi, attraverso un determinato percorso, verso la sezione o parte del sito che più interessa.

Proprio perché si tratta della pagina principale e di presentazione del sito (e quindi generalmente della pagina più visitata), è nella *home page* che normalmente si concentrano i messaggi pubblicitari, le note legali sull'utilizzo del sito<sup>28</sup> e dei suoi materiali, il contatore che registra il numero di accessi, nonché le eventuali misure tecniche per regolamentare l'accesso al sito.

---

fuori dalla giurisdizione della corte (motivazione posta a fondamento delle decisioni sopra richiamate, in cui è stata esclusa la natura di proprietà tangibile del nome di dominio).

<sup>24</sup> Salvo il caso (così come per i segni distintivi in generale) in cui sia usato a scopi descrittivi, ossia unicamente per comunicare l'esistenza e le caratteristiche dell'impresa o dei prodotti del titolare del *domain name* e con esclusione, comunque, dello scopo pubblicitario.

Il divieto di utilizzo varrà in ogni caso nei confronti dei concorrenti del titolare del *domain name* imprenditore e nei casi in cui l'utilizzazione del nome di dominio da parte di terzi possa ingenerare confusione con l'attività da questo esercitata.

<sup>25</sup> Per altro, tale interpretazione è stata seguita dalla giurisprudenza di merito, nei pochi casi sin qui affrontati, unicamente in relazione a controversie vertenti in materia di concorrenza sleale.

<sup>26</sup> Secondo alcuni, i collegamenti a siti di terzi altro non sarebbero se non semplici "indirizzi" di luoghi aperti al pubblico e, in quanto tali, privi di qualunque tutela. In senso conforme Tribunale di Firenze del 29 giugno 2000.

<sup>27</sup> Quale quello che conduce alla pagina principale (*home page*) di un sito: il c.d. *surface link*.

Un'alterazione è invece certamente rinvenibile nel caso in cui si rimuovano o si "saltino" le misure tecniche di protezione disposte dal titolare del sito per limitare gli accessi (ad esempio password o codici di accesso). Tali misure rivestono certamente una efficacia e rilevanza anche giuridica nei confronti dei terzi: la stabilisce l'art. 615-ter c.p. e più recentemente l'art. 6 della 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 (G.U.C.E. del 22 giugno 2001 n. L 167/10) ed ora l'art. 102-*quater* L. 633/41 così come introdotto dal D.lgs. 68/2003.

<sup>28</sup> Fra queste, sempre più spesso sono inseriti anche i c.d. *linking agreements*, clausole volte a disciplinare proprio gli aspetti relativi all'utilizzo dei contenuti del sito attraverso connessioni realizzate da terzi (tipologie di *links* ammessi, limitazioni degli scopi delle connessioni, ecc.). Tali prescrizioni, seppure non prive di qualunque effetto, come si vedrà in seguito, rimangono spesso delle mere dichiarazioni unilaterali, in quanto non espressamente approvate dalle controparti (cioè gli utenti del sito).

Ebbene, sono invece assai diffuse pratiche di *linking* che tale pagina evitano sistematicamente. Questi ultimi *links* costituiscono, quindi, una peculiare modalità di accesso ai contenuti, in quanto si indirizzano a sotto-pagine del sito, per presentare all'utente direttamente un'informazione o un contenuto specifico: tali modalità di collegamento sono il c.d. *framing* e il c.d. *deep-linking*.

Il *framing* consiste in una particolare modalità con la quale viene richiamato e quindi presentato il contenuto di un altro sito: più in dettaglio, consiste nel creare una cornice grafica, normalmente la stessa del sito richiamante, all'interno della quale viene poi visualizzato il contenuto di un altro sito. Il risultato che si ottiene mediante questa operazione è normalmente di ingenerare nell'utente l'impressione che tali contenuti siano in realtà del sito richiamante. Infatti, la "cornice" grafica serve a nascondere gli elementi tipici del sito richiamato e, non essendovi normalmente alcun altro riferimento al sito dal quale è stata estratta l'informazione, viene del tutto nascosta all'utente la paternità dei contenuti.

Pare, dunque, potersi considerare palese, in questi casi, l'intento fraudolento di appropriarsi di contenuti altrui, non lasciando tale tipo di condotta margini per ritenere che si tratti di comportamenti dettati dalle connotate caratteristiche ipertestuali della rete.

L'illiceità di questo particolare tipo di *hyperlink* potrebbe essere fatta discendere, in ambito nazionale, dalla disciplina in materia di concorrenza sleale (parassitaria) ex art. 2598 c.c. e dalla violazione del diritto d'autore<sup>29</sup>.

L'elemento di maggiore caratterizzazione del fenomeno è infatti il palese "accaparramento" delle informazioni contenute nel sito a cui ci si collega.

L'applicazione delle norme citate, in particolare in materia di concorrenza sleale, comporta che:

se il *framing* non è autorizzato, costituisce un atto di concorrenza sleale in quanto idoneo a determinare confusione nell'utente circa i soggetti con i quali sta interloquendo e i beni e servizi dagli stessi offerti;

se il *framing* è autorizzato, potrebbe in ogni caso ritenersi illecito perché idoneo a determinare confusione nell'utente (si deve, infatti, ricordare che le norme in materia di concorrenza sleale si propongono di proteggere, oltre ai diritti dell'imprenditore, l'attuazione dei principi di chiarezza nel mercato e i diritti dei consumatori).

La pratica appena descritta appartiene alla più generale categoria dei c.d. *deep-links*, cioè quei collegamenti che, evitando le pagine di presentazione e introduzione di un sito altrui, consentono di visualizzarne direttamente un determinato contenuto specifico<sup>30</sup>.

Questo tipo di collegamento comporta innanzitutto il salto della pagina principale del sito (*home page*) che, come abbiamo ricordato, normalmente contiene informazioni di particolare rilevanza.

Alle diminuzioni eventualmente legate ai mancati introiti pubblicitari e alla riduzione del numero di accessi registrati<sup>31</sup>, si aggiungono allora anche i possibili danni derivanti dalla confusione ingenerata in

---

<sup>29</sup> Nel caso in cui il materiale richiamato - protetto in via generale - possa ritenersi liberamente utilizzabile secondo la normativa sul diritto d'autore, la violazione potrebbe essere costituita dal mancato rispetto del diritto morale riservato all'autore dell'opera ad essere indicato quale autore ai sensi dell'art. 20 e ss. della L. 633/41. Una prima controversia avente ad oggetto pratiche di *framing* è stata affrontata in ambito statunitense nel caso *Washington Post v. Total New Inc* (No: 97-1190, S.D.N.Y., 20 febbraio 1997).

<sup>30</sup> Vengono cioè saltate tutte le pagine predisposte dal titolare del sito che l'utente generalmente dovrebbe seguire per giungere al contenuto di interesse; quindi non solo la pagina principale (*home page*), ma eventualmente anche le altre pagine di presentazione delle varie sezioni o parti del sito.

<sup>31</sup> Di norma, come detto, la *home page* risulta la pagina più visitata di un sito: per questo motivo le inserzioni pubblicitarie (c.d. *banner*) vengono prevalentemente inserite in quest'ultima. Il pagamento per tali spazi non di rado viene rapportato al numero di accessi da parte degli utenti, accessi registrati proprio attraverso un contatore presente nella pagina principale. Quest'ultimo parametro normalmente serve anche a determinare il "successo" di un sito e quindi il suo valore commerciale.

merito alla paternità dei vari contenuti e la conseguente eventuale appropriazione parassitaria da parte del sito collegante.

Si tratta di pratiche che possono quindi rilevare sia in relazione alla tutela dei diritti d'autore, sia in materia di concorrenza sleale.

Proprio su contestazioni relative alla proprietà intellettuale si è basata la prima controversia in materia, giunta innanzi ad una corte scozzese nel 1996<sup>32</sup>.

Più recentemente, un altro caso è stato oggetto di una controversia giudiziaria davanti ad una corte statunitense<sup>33</sup>.

Sul tema non si sono espresse soltanto corti di *common law*, ma recentemente anche alcuni tribunali del vecchio continente, a conferma di un interesse via via crescente da parte degli operatori per questi temi.

Si è infatti conclusa a metà del 2000, con una sentenza del Tribunale di Rotterdam, una vertenza fra un gruppo di editori olandesi e il gestore di un sito di servizi<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> *Shetland Times Limited vs. Jonathan Wills and Zetnews Ltd.* Nel caso di specie, nel sito di un giornale telematico erano presenti hyperlinks diretti ad un sito appartenente ad una testata giornalistica concorrente, links costituiti dagli stessi titoli e rubriche degli articoli pubblicati sul sito di quest'ultima. Dopo aver "cliccato" su tali collegamenti, venivano visualizzate direttamente pagine interne del sito del ricorrente, senza alcuna indicazione dell'avvenuto trasferimento ed anzi con l'occultamento dei segni distintivi del sito richiamato. Il lettore non si poteva quindi rendere conto che si trattava di materiale altrui, né risalire alla sua fonte, in quanto tale contenuto gli veniva presentato senza alcun riferimento, ingenerando quindi l'impressione di accedere a pagine del medesimo sito.

Il ricorrente ha ottenuto dalla corte, in via cautelare (*Court of Session*, Lord Hamilton J., 24 ottobre 1996), il riconoscimento della violazione dei diritti esistenti sui titoli e sulle rubriche del giornale ed inoltre della idoneità al pregiudizio derivante dall'aggiramento della home page per quanto atteneva alla perdita di introiti pubblicitari.

La controversia è stata poi risolta in via transattiva: alla convenuta è stato consentito di mantenere i links al sito del concorrente, purché questi ultimi rinviino alle pagine principali delle varie sezioni del sito del ricorrente, con la chiara indicazione dell'appartenenza dei materiali (rendendo così manifesto il "salto" di sito).

<sup>33</sup> La Ticketmaster Corp., specializzata in prenotazioni e vendita on line di biglietti per manifestazioni e spettacoli, ha citato in giudizio (No. 2: 99CV7658, C.D. Cal., 23 luglio 1999) la Tickets.com Inc, anch'essa fornitrice di un medesimo servizio via Web. In particolare la Ticketmaster contestava l'utilizzo da parte della convenuta di links che rinviavano al proprio sito direttamente alle pagine di vendita di biglietti per alcuni specifici eventi, saltando la sua home page. La Ticketmaster deteneva l'esclusiva per la vendita *on line* dei biglietti relativi a determinate manifestazioni. La convenuta, pubblicando comunque le informazioni circa tali eventi, per l'acquisto dei relativi biglietti rinviava direttamente alle rispettive pagine del sito di Ticketmaster. Tickets.com dichiarava espressamente, nell'accordo destinato all'utente accessibile dalla propria home page, che determinati servizi erano forniti da soggetti terzi. La corte ha da subito manifestato la propria propensione, poi confermata, a ritenere non sussistente alcuna violazione del copyright dell'attrice, non venendo in realtà copiata alcuna porzione del sito, ma semplicemente trasferito l'utente da un sito all'altro. Il giudice ha inoltre avuto modo di dichiarare come il deep-linking non costituisca di per se atto di concorrenza sleale nel momento in cui non viene nascosta in alcun modo, come nel caso di specie, l'appartenenza altrui dei servizi (o dei contenuti). In realtà, il caso contiene alcuni ulteriori elementi di complessità rispetto al semplice uso di hyperlink: in particolare relativi all'utilizzo di un programma c.d. "spider", uno specifico tipo di motore di ricerca utilizzato dalla convenuta che estraeva le informazioni e le presentava quali risultati nella cornice del proprio sito. Sul tema si veda il caso E-Bay vs. Bidder's Edge, conclusosi con una transazione firmata il 28 febbraio 2001.

Di particolare rilievo un altro aspetto affrontato nel caso de quo: la ricorrente aveva eccepito, per sostenere l'illegittimità del link, il fatto che Tickets avesse violato i termini e le condizioni relativi all'uso del proprio sito pubblicate nella home page: una clausola vietava infatti espressamente pratiche di deep-linking da parte di terzi non autorizzati. Anche quest'ultimo elemento non è tuttavia servito alla ricorrente: la corte ha infatti chiarito come, non essendo prevista una procedura di accettazione di tali condizioni, l'utente (e quindi anche la convenuta) non poteva essere ritenuto contrattualmente vincolato a tali statuizioni. Tuttavia è stata così riconosciuta (seppure implicitamente) la generale rilevanza di tali eventuali accordi per determinare il regime di responsabilità del terzo creatore di links, sempre che siffatti accordi siano approvati validamente in forme che ne determinino la vincolatività per gli utenti.

<sup>34</sup> Corte distrettuale di Rotterdam, n. 139609/KG ZA 00-846, 22 agosto 2000.

I ricorrenti pubblicavano sui propri siti una selezione di notizie ed articoli tratti dalle versioni cartacee dei rispettivi giornali, i cui titoli venivano evidenziati nella *home page* di ciascun sito.

Il convenuto a sua volta curava un proprio sito nel quale, oltre ad altre informazioni e servizi, forniva una pagina quotidiana nella quale veniva riportata una sorta di rassegna stampa, composta da una lista di titoli di articoli tratti direttamente dai siti dei ricorrenti. Tali titoli venivano riportati esattamente come nel sito da cui erano tratti, citando fra l'altro per esteso la testata del rispettivo giornale. Con un semplice "click" sul titolo di interesse, l'utente veniva trasferito direttamente alla pagina del sito del giornale in cui si trovava l'articolo o la notizia, senza transitare dalla relativa *home page*. Insorgevano, dunque, i ricorrenti denunciando l'illiceità di tali *deep-links*, mai autorizzati: chiedevano che il convenuto cessasse immediatamente tali comportamenti, in quanto costituenti violazioni ai sensi della normativa in materia di diritto d'autore e, in particolare, di tutela delle banche di dati. Inoltre, sostenevano che l'uso sistematico di tali *hyperlinks* costituisse utilizzo parassitario dell'investimento dei vari giornali per la selezione e predisposizione dei vari titoli e delle loro liste per la diffusione via *Web*.

Il convenuto si oppose alle pretese dei ricorrenti affermando, fra l'altro, come la pratica dei *links* sia funzionale al *world wide web*, così come estremamente diffuso l'utilizzo dei *deep-links*<sup>35</sup>.

La corte, accogliendo le tesi del convenuto, ha respinto *in toto* le domande degli attori.

Particolarmente interessanti le motivazioni addotte dal giudice olandese per fondare la propria decisione.

*In primis* è stato osservato come una volta "cliccato" sul titolo dell'articolo nella pagina del sito del convenuto, si veniva trasferiti direttamente nella relativa pagina contenente l'articolo, senza che fosse apportata alcuna modifica alla pagina stessa. Inoltre, da tale pagina era sempre possibile giungere alla *home page* del sito richiamato, non potendo quindi riscontrarsi alcuna limitazione allo "sfruttamento" della pagina principale.

Non solo, ma anche la denunciata diminuzione di introiti pubblicitari dovuti alla riduzione di accessi non poteva, secondo il giudice, imputarsi al convenuto, ma alla discrezionale scelta dei ricorrenti di concentrare le inserzioni nella *home page*, anziché replicarle nelle ulteriori pagine del sito.

Relativamente alle lagnanze circa la violazione dei diritti di proprietà intellettuale la corte ha respinto ogni contestazione.

Innanzitutto è stato affermato il fondamentale principio per cui non costituisce "riproduzione" il collegamento ad una determinata pagina *Web* per consentire la visualizzazione dei suoi contenuti e quindi, in sostanza, è stato stabilito come il *deep-link* non sia di per se contrario alla normativa sul diritto d'autore<sup>36</sup>.

Certamente lo è il copiare per intero le liste di titoli degli articoli; ma nel caso *de quo* ha trovato applicazione l'articolo 15 della normativa olandese del 1912 in materia di diritto d'autore, che espressamente consente, citandone la fonte, la riproduzione di determinate opere da parte di un altro mezzo di stampa<sup>37</sup>.

Neppure l'invocata applicazione della disciplina introdotta in materia di tutela delle banche di dati ha trovato accoglimento<sup>38</sup>. Una lista di titoli ordinati cronologicamente, ha dichiarato il giudice, non può

<sup>35</sup> Fece notare il convenuto come il funzionamento stesso dei numerosi motori di ricerca *on line* si basi proprio su tale tipologia di *links*.

<sup>36</sup> Sul punto, però, si noti che la decisione in questione è stata adottata prima dell'attuazione della direttiva 2001/29/CE, che ha significativamente modificato i concetti di riproduzione, di comunicazione al pubblico e messa a disposizione del pubblico, di distribuzione.

<sup>37</sup> Quale è stato considerato dal tribunale il sito del convenuto.

<sup>38</sup> Disciplina emanata in attuazione della direttiva comunitaria 9/96/CE, attuata in Italia con il decreto legislativo 6 maggio 1999, n. 169.

ritenersi contenere il necessario livello di originalità e creatività richiesto ad una banca di dati per assurgere a opera dell'ingegno<sup>39</sup>.

Infine, anche il diritto *sui generis* a tutela del contenuto della banca di dati non ha trovato applicazione, in quanto l'investimento dei ricorrenti per la predisposizione di tali liste non poteva certamente considerarsi "rilevante".

Il giudice ha quindi concluso come il comportamento della convenuta, cioè il suo utilizzo di *deep-links*, non sia stato in contrasto con la normativa in materia di diritto d'autore e corrispondesse agli usi generalmente accettati.

Apparentemente in contrasto con la decisione appena citata, l'orientamento giurisprudenziale espresso dal Tribunale di Parigi il 26 dicembre 2000<sup>40</sup>.

Anche in questo caso oggetto della controversia erano i *deep-links* che il sito della società convenuta aveva predisposto e che rinviavano alle pagine interne del sito curato dalla ricorrente.

Il giudice ha effettivamente accolto, in questo caso, le domande della ricorrente, che lamentava una violazione del diritto d'autore e un comportamento parassitario da parte della convenuta.

In realtà, tuttavia, le richieste sono state accolte solo in parte e oggetto della contestazione non era l'utilizzo dei *deep-links* in quanto tali, ma le particolari modalità con le quali venivano poi visualizzati i contenuti del sito richiamato.

Il tribunale ha infatti stabilito che nel caso di specie era contrario alla legge sul diritto d'autore alterare le pagine del sito richiamato in modo da nascondere la paternità dei contenuti<sup>41</sup>.

La convenuta, infatti, non solo utilizzava *hyperlinks* per collegare il proprio sito a quello della ricorrente, evitando la *home page* di quest'ultima, ma apportava anche modifiche ai codici della pagine *Web* così richiamate, impedendo la visualizzazione dell'URL<sup>42</sup> dell'attrice, il suo logo e alterando le funzioni di navigazione.

Sulla determinazione dei danni provocati dalla diminuzione di accessi (o meglio dagli accessi non registrati, in quanto operazione effettuata nella *home page* del sito) il giudice ha nominato un esperto perché valuti in concreto tale aspetto<sup>43</sup>.

Il Tribunale francese non pare quindi in realtà contraddire l'orientamento della corte olandese sopra richiamato: l'utilizzo di *deep-links*, se effettuato nel rispetto della normativa vigente, in particolare in materia di diritto d'autore e concorrenza sleale, non può essere ritenuto in via generale illecito, in quanto strumento tipico della navigazione (e quindi della fruizione) dei materiali contenuti nei siti Internet<sup>44</sup>.

<sup>39</sup> La direttiva parla infatti di raccolta di elementi disposti sistematicamente e metodicamente "che per la scelta o la disposizione del materiale costituiscono una creazione dell'ingegno propria dell'autore", art. 2 della direttiva.

<sup>40</sup> Ordinanza del Tribunal de Commerce de Paris, 26 dicembre 2000 (Keljob SA c. Cadres On Line SA).

<sup>41</sup> In particolare alle disposizioni dell'art. L. 122-4 del *Code de la propriété intellectuelle* francese.

<sup>42</sup> URL è l'acronimo per "Uniform Resource Location", cioè l'indirizzo univoco che identifica qualunque oggetto presente sul *Web* (sia l'intero sito che il singolo file).

<sup>43</sup> In particolare, il consulente d'ufficio dovrà vagliare la condotta della convenuta e stabilire l'eventuale entità del danno subito tenendo in considerazione anche l'eventuale adozione da parte della ricorrente di misure tecniche atte a impedire i *deep-links*.

<sup>44</sup> Il giudice francese, nel riconoscere l'esistenza di una sorta di autorizzazione implicita alla creazione di *links* "semplici" («*Que s'il est admis que l'établissement de liens hypertextes simples est censé avoir été implicitement autorisé par tout opérateur de site Web*»), ritiene semplicemente che tale premessa non possa essere automaticamente applicata ai *links* "profondi" («*il n'en va pas de même pour ce qui concerne les liens dits "profonds"*») e che quindi la liceità di questi ultimi debba essere verificata alla luce degli elementi del singolo caso concreto.

Queste ultime sentenze europee sono naturalmente di particolare rilevanza in ottica nazionale, visto il quadro comune che va realizzandosi nei paesi del vecchio continente sotto la spinta della normativa comunitaria sui temi dell'*information society* e della proprietà intellettuale<sup>45</sup>.

Inoltre, le indicazioni che emergono dalle decisioni in ambito europeo paiono sostanzialmente in linea con quelle nordamericane, seppure con le inevitabili differenze dovute ai diversi sistemi giuridici; sembra quindi vada delineandosi una convergenza di giudizi, particolarmente significativa dato il quadro di riferimento necessariamente sovranazionale dell'argomento qui trattato.

In particolare, emergere anche dalle posizioni della giurisprudenza la teoria, da tempo sostenuta in dottrina, dell'"*implicit license to link*".

Secondo tale interpretazione, tutti gli operatori di siti Internet, proprio per la natura stessa della rete, nel momento in cui rendono disponibili sul loro sito determinati contenuti ed aprono al libero accesso del pubblico le proprie pagine *Web*, autorizzerebbero implicitamente qualunque altro operatore a creare connessioni con tali materiali. Naturalmente vanno esclusi i casi in cui sono invece predisposte misure tecnologiche di tutela volte a limitare e regolamentare l'accesso al sito

Se allora, secondo tale posizione, il *surface link* sarebbe da ritenersi in via generale consentito, per il *deep-linking* il discorso dovrebbe essere solo in parte diverso. Andrebbero cioè innanzitutto verificate caso per caso le modalità con le quali viene effettivamente realizzato, le caratteristiche dei materiali ai quali si accede direttamente e le modalità con le quali sono presentati, nonché naturalmente le qualità individuali dei soggetti coinvolti e le finalità dell'attività da loro svolta attraverso il *Web*. Solo alla luce di tali accertamenti si potrebbe allora stabilire se si tratti di attività contraria, ad esempio, alla normativa vigente in materia di proprietà intellettuale o di concorrenza sleale.

In altre parole, il *deep-linking* non potrebbe essere ritenuto pratica di per se illecita, ma lo diverrebbe solo in relazione alle caratteristiche del caso concreto.

Considerata tuttavia la mancanza di una consolidata giurisprudenza in merito, in questa fase rivestono un'importante ruolo i c.d. *link agreements*, cioè quegli accordi pubblicati nel sito volti a disciplinare in via convenzionale le varie pratiche di *linking* da parte di terzi. Purché validamente accettati, sono certamente strumenti in grado di regolare efficacemente il fenomeno.

In materia di tutela della proprietà intellettuale ed in riferimento all'argomento *de quo*, particolare rilevanza avrà indubbiamente (per le caratteristiche tipiche di molti siti Internet) l'applicazione della normativa introdotta in ciascuno stato dell'Unione europea in base alla direttiva sulle banche di dati che, come abbiamo visto, è già stata invocata e richiamata in alcune delle decisioni riportate.

Sempre in ambito europeo, sarà altresì rilevante l'impatto dell'attuazione della direttiva sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, avvenuta in Italia con il D.lgs. 68/2003.

Tale provvedimento, infatti, ha introdotto una tutela giuridica delle stesse misure tecnologiche poste a protezione dei diritti d'autore, strumenti che nell'ottica del legislatore europeo sono destinati a rivestire un ruolo primario nella futura tutela delle privative degli autori nell'*information society*.

---

<sup>45</sup> Ricordiamo la Direttiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»), e la Direttiva 2001/29/CE del 22 maggio 2001 sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, entrambe recentemente attuate in Italia rispettivamente con il D.lgs. 70/2003 e D.lgs. 68/2003.

Ma soprattutto sono stati ridefiniti i contenuti del diritto di riproduzione, di comunicazione al pubblico (compreso il diritto di messa a disposizione) e di distribuzione per comprendervi anche le tipiche attività svolte attraverso i moderni strumenti informatici e telematici.

Se pure si dovrà attendere la concreta applicazione di tale normativa da parte delle giurisprudenza di merito per comprenderne appieno la portata, indubbiamente tali innovazioni paiono poter comportare importanti conseguenze anche in merito alla determinazione dei limiti e delle caratteristiche con cui sarà possibile, in modo legittimo, creare collegamenti e rimandi fra i contenuti protetti presenti nei vari siti Internet.

In particolare, i nuovi diritti di comunicazione al pubblico e di distribuzione, così come in precedenza ricordati, riservano al titolare di tali privative un ampio potere sull'opera ed il loro contenuto pare poter ricomprendere anche la messa a disposizione attraverso la tecnica degli *hyperlink*. Di conseguenza, un'interpretazione rigorosa ed aderente al dato normativo farebbe ritenere necessaria un'autorizzazione per qualunque tipologia di *link*.

Tale circostanza, unita alle posizioni giurisprudenziali a cui si faceva cenno (tese a riconoscere la necessità dell'autorizzazione per qualunque uso del nome di dominio), richiede di essere valutata con attenzione e tenuta in debita considerazione nella predisposizione di collegamenti ipertestuali in particolare con siti appartenenti a soggetti in concorrenza fra loro.

## **6. MISURE TECNOLOGICHE A DIFESA DEL DIRITTO D'AUTORE: L. 248/00, LA DIRETTIVA 2001/29/CE E IL D.LGS. 68/2003.**

L'evoluzione delle tecniche digitali e informatiche impone che la salvaguardia dei diritti degli autori non sia affidata esclusivamente a strumenti giuridici: questi, seppure indispensabili per l'attuazione dei presupposti per l'incentivazione del mercato, al fine di garantire realmente la tutela degli interessi degli autori e dei produttori, debbono essere coadiuvati da sistemi tecnico-informatici.

La necessità che alle norme giuridiche di protezione delle opere dell'ingegno siano oggi affiancati validi strumenti di tutela tecnologica ha trovato riscontro nella normativa di settore più recente.

In particolare, il legislatore comunitario ha, con la direttiva 2001/29/CE, introdotto alcune disposizioni specificatamente dedicate alla tutela delle misure tecnologiche e delle informazioni sul regime dei diritti.

Un primo passo in questo senso è stato in realtà fatto dallo stesso legislatore nazionale con l'emanazione della L. 18 agosto 2000, n. 248, che si propone la prevenzione e repressione degli atti e comportamenti idonei a ledere i diritti dei soggetti che vantano privative sulle opere, aggirando i sistemi tecnici preposti alla loro identificazione.

La novella legislativa tocca alcune delle questioni indotte dall'evoluzione tecnica alla quale si è assistito negli ultimi anni, intervenendo in modo particolarmente incisivo sui sistemi di controllo del regime dei diritti, disciplinando nuove fattispecie di illecito penale e amministrativo, nonché ampliando o conferendo *ex novo* poteri di sorveglianza all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, alla SIAE e all'inedito Comitato per la tutela della proprietà intellettuale.

In particolare, con la L. 248/00, il legislatore italiano ha previsto l'apposizione di un contrassegno su ogni supporto di fissazione delle opere o porzioni di opere tutelate. Il contrassegno è considerato dalla L. 248/00 quale segno distintivo dell'opera dell'ingegno ai fini dell'applicazione delle disposizioni penali. Esso deve essere apposto dalla SIAE su ogni supporto contenente programmi per elaboratore o multimediali, nonché su ogni supporto contenente suoni, voci o immagini in movimento che rechi la fissazione di opere o di parti di opere letterarie, musicali, delle arti figurative, architettoniche, teatrali e cinematografiche, destinati ad essere posti in commercio o ceduti in uso a qualunque titolo a fine di lucro.

La maggiore lacuna di tale normativa riguarda, però, proprio le opere *on line*, in quanto non commercializzate attraverso la distribuzione di supporti materiali.

In considerazione dell'ambito della presente indagine non risulta, dunque, di particolare interesse analizzare nel dettaglio tali disposizioni.

Di estremo rilievo, invece, il contenuto del D.lgs. 68/2003 che, in attuazione della direttiva 2001/29/CE, ha introdotto una specifica disciplina proprio in materia di protezione delle misure tecnologiche di protezione e delle informazioni sul regime dei diritti.

Il decreto in parola ha innanzitutto legittimato i titolari di diritti d'autore e di diritti connessi, nonché del diritto del costituente su di una banca di dati, ad apporre sulle opere o sui materiali protetti misure tecnologiche di protezione efficaci.

Per misure tecnologiche di protezione si intendono tutte le tecnologie, i dispositivi o i componenti che, nel normale corso del loro funzionamento, sono destinati a impedire o limitare atti non autorizzati dai titolari dei diritti.

Perché siano considerate efficaci (e dunque rilevino, come vedremo fra breve, al fine dell'applicazione delle relative sanzioni) le misure tecnologiche di protezione devono consentire che l'opera o il materiale protetto sia controllato dai titolari tramite l'applicazione di un dispositivo di accesso o di un procedimento di

protezione, quale la cifratura, la distorsione o qualsiasi altra trasformazione dell'opera o del materiale protetto, ovvero l'uso dell'opera sia limitato mediante un meccanismo di controllo delle copie che realizzi l'obiettivo di protezione<sup>46</sup>.

I titolari di diritti sulle opere dell'ingegno o sul materiale protetto hanno altresì la facoltà di inserirvi informazioni elettroniche sul regime dei diritti e possono farle apparire nella loro comunicazione al pubblico.

Le informazioni elettroniche sul regime dei diritti identificano l'opera o il materiale protetto, nonché l'autore o qualsiasi altro titolare dei diritti. Tali informazioni possono altresì contenere indicazioni circa i termini o le condizioni d'uso dell'opera o dei materiali, nonché qualunque numero o codice che rappresenti le informazioni stesse o altri elementi di identificazione.

Corrispondentemente a tali facoltà, riservate ai titolari dei diritti, sono state introdotte specifiche sanzioni penali ed amministrative.

In particolare è punito, se il fatto è commesso per uso non personale, con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da cinque a trenta milioni di lire chiunque a fini di lucro:

- a) fabbrica, importa, distribuisce, vende, noleggia, cede a qualsiasi titolo, pubblicizza per la vendita o il noleggio, o detiene per scopi commerciali, attrezzature, prodotti o componenti ovvero presta servizi che abbiano la prevalente finalità o l'uso commerciale di eludere efficaci misure tecnologiche ovvero siano principalmente progettati, prodotti, adattati o realizzati con la finalità di rendere possibile o facilitare l'elusione di predette misure. Fra le misure tecnologiche sono comprese quelle applicate, o che residuano, a seguito della rimozione delle misure medesime conseguentemente a iniziativa volontaria dei titolari dei diritti o ad accordi tra questi ultimi e i beneficiari di eccezioni, ovvero a seguito di esecuzione di provvedimenti dell'autorità amministrativa o giurisdizionale;
- b) abusivamente rimuove o altera le informazioni elettroniche, ovvero distribuisce, importa a fini di distribuzione, diffonde per radio o per televisione, comunica o mette a disposizione del pubblico opere o altri materiali protetti dai quali siano state rimosse o alterate le informazioni elettroniche stesse.

Ancora, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria di euro 154 e con le sanzioni accessorie della confisca del materiale e della pubblicazione del provvedimento su un giornale quotidiano a diffusione nazionale chiunque abusivamente utilizza, anche via etere o via cavo, duplica, riproduce, in tutto o in parte, con qualsiasi procedimento, anche avvalendosi di strumenti atti ad eludere le misure tecnologiche di protezione, opere o materiali protetti, oppure acquista o noleggia supporti audiovisivi, fonografici, informatici o multimediali non conformi alle prescrizioni della presente legge, ovvero attrezzature, prodotti o componenti atti ad eludere misure di protezione tecnologiche.

In caso di recidiva o di fatto grave per la quantità delle violazioni o delle copie acquistate o nolggiate, la sanzione amministrativa è aumentata sino ad euro 1032,00 ed il fatto è punito con la confisca degli strumenti e del materiale, con la pubblicazione del provvedimento su due o più giornali quotidiani a diffusione nazionale o su uno o più periodici specializzati nel settore dello spettacolo e, se si tratta di attività imprenditoriale, con la revoca della concessione o dell'autorizzazione di diffusione radiotelevisiva o dell'autorizzazione per l'esercizio dell'attività produttiva o commerciale.

I titolari di diritti che abbiano apposto misure tecnologiche efficaci sono comunque tenuti alla rimozione delle stesse,

- per consentire l'utilizzo delle opere o dei materiali protetti,

---

<sup>46</sup> Resta salva l'applicazione delle disposizioni specifiche relative ai programmi per elaboratore.

- dietro richiesta dell'autorità competente,
- per fini di sicurezza pubblica o per assicurare il corretto svolgimento di un procedimento amministrativo, parlamentare o giudiziario.

I titolari dei diritti sono tenuti ad adottare idonee soluzioni, anche mediante la stipula di appositi accordi con le associazioni di categoria rappresentative dei beneficiari, per consentire l'esercizio delle eccezioni sopra ricordate (par. 1.3.), su espressa richiesta dei beneficiari ed a condizione che i beneficiari stessi abbiano acquisito il possesso legittimo degli esemplari dell'opera o del materiale protetto, o vi abbiano avuto accesso legittimo ai fini del loro utilizzo, nel rispetto e nei limiti previsti, compresa la corresponsione dell'equo compenso, ove previsto.

Si noti, però, come i titolari dei diritti non siano tenuti a quanto indicato nel precedente paragrafo in relazione alle opere o ai materiali messi a disposizione del pubblico in modo che ciascuno vi possa avere accesso dal luogo o nel momento scelto individualmente, quando l'accesso avvenga sulla base di accordi contrattuali.

Così come, lo abbiamo già segnalato, quando l'opera è rappresentata da fonogrammi o videogrammi la circostanza che questa sia protetta da misure tecnologiche efficaci esclude la possibilità, se l'opera è messa a disposizione del pubblico in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente, di effettuare una copia privata dell'opera.

Le disposizioni appena riportate, insieme a quelle in merito al regime delle eccezioni e limitazioni alle privative spettanti all'autore, hanno una rilevante ricaduta sull'utilizzo dei materiali protetti immessi in rete.

In seguito all'entrata in vigore di tale disciplina, gli accorgimenti tecnici atti a impedire un utilizzo indesiderato dell'opera dell'ingegno presente su un sito (ad esempio, sistemi anti-copiatura realizzati attraverso una modifica delle funzionalità del browser, chiavi di accesso, ecc.), nonché l'accesso ai materiali soggetto all'accettazione di condizioni contrattuali, sebbene non a titolo oneroso (quali ad esempio la registrazione dell'utente al sito, pratica assai diffusa), potranno costituire una barriera al diritto di riproduzione privata ad uso personale o alle altre eccezioni e limitazioni: il semplice aggiramento delle misure tecnologiche adottate (al di là del successivo eventuale illegittimo utilizzo dell'opera) farà scattare la sanzione penale e/o amministrativa.