

AIDA

Annali italiani del diritto d'autore,
della cultura e dello spettacolo

fondati da
Luigi Carlo Ubertazzi

XXXI - 2022

Sezione non inclusa

PARTE PRIMA

I – Un diritto d'autore italiano per il digital single market

Termine estratto capitolo

II – Proprietà intellettuale ed intelligenza artificiale

MARCO RICOLFI

Il diritto della proprietà intellettuale nella società algoritmica: fra metamorfosi e continuità (*)

INDICE SOMMARIO: 1. L'emersione delle piattaforme digitali: uno sguardo a ritroso. – 2. Una prima metamorfosi della proprietà intellettuale: dai diritti esclusivi ai poteri di fatto. – 3. Tre esplorazioni. – 4. Una seconda metamorfosi del diritto della proprietà intellettuale? – 5. Alla ricerca di strumenti di riequilibrio: il ritorno al diritto civile generale: A) il contributo del diritto dei contratti. – 6. B) Il contributo del diritto dell'illecito civile. – 7. C) Il contributo degli istituti di azione collettiva. – 8. Due questioni aperte: a) la nozione di poteri di fatto. – 9. b) la continuità delle strutture fondamentali della proprietà intellettuale nella società algoritmica.

1. *L'emersione delle piattaforme digitali: uno sguardo a ritroso.* (1) Tutte le periodizzazioni sono per loro natura discutibili. Se si ricerchi una collocazione temporale dell'affermazione del potere esorbitante delle piattaforme digitali e dei giganti dell'informazione, (2) si può una volta tanto individuare una data precisa: il gennaio 2007, quando ha fatto la propria irruzione sulla scena l'I-Phone della Apple.

Non è detto che questa datazione sia indiscutibile ed indiscussa. In alternativa, si può collocare il punto di partenza del predominio delle piattaforme digitali già nel decennio precedente. Dopo tutto, Amazon è stata fondata nel 1994; (3) e già alla metà di quel decennio era visibile ad occhio nudo il balzo di qualità che si ebbe a profilare quando le tecnologie digitali, in precedenza residenti offline, ebbero ad incontrare la potenza nel frattempo conseguita dall'infrastruttura di rete. È a quell'inflessione, o punto di svolta, che si vennero a manifestare alcune trasformazioni fondamentali: il costo marginale dei beni offerti online tende allo zero, invece di essere crescente, come avveniva in ambiente fisico e reale (bricks-and-mortar); prendevano piede le esternalità di rete, che, raggiunta una massa critica, si autoalimentano; la concorrenza, che un tempo era *nel* mercato, era divenuta concorrenza *per* il mercato.

(*) Questo scritto ha ricevuto un giudizio positivo di un referee.

(1) Questo scritto sviluppa alcuni fra i temi affrontati nella Relazione dal titolo *La proprietà intellettuale nella società algoritmica; alla ricerca di strumenti di riequilibrio dei poteri di fatto*, tenuta a Firenze il 12-13 maggio 2022, al Convegno annuale di Giurisprudenza Commerciale, *Diritto societario, digitalizzazione e intelligenza artificiale*, in corso di pubblicazione sui *Quaderni di Giurisprudenza commerciale* a cura di ABRIANI e COSTI e prosegue la ricerca ivi iniziata in omaggio all'Amico e Maestro scomparso, LUIGI CARLO UBERTAZZI, con immensa gratitudine per i costanti e generosi stimoli all'approfondimento che da lui sono sempre venuti.

(2) V. fra i molti COYLE, *Cogs and Monsters: What Economics is, and What it Should Be*, Princeton University Press, Princeton, 2021; KAPCZYNSKI, *The Law of Informational Capitalism*, in 129 *Yale Law Journal*, 2020, 1458 ss.; QUINTARELLI, *Capitalismo immateriale. Le tecnologie digitali e il nuovo conflitto sociale*, Bollati Boringhieri, Torino, 2019.

(3) Per una ricostruzione accurata della strategia di dominio attuata da Amazon nelle diverse fasi che l'hanno portata alla posizione attuale v. KHAN, *Amazon's Antitrust Paradox*, in 126 *Yale L.J.* 2017, 710 ss., 747 ss., a https://www.yalelawjournal.org/pdf/e.710.Khan.8-05_zuvfyeh.pdf. Google è stata costituita nel 1998; Facebook nel 2004.

Per l'impresa, affermazione significa ora dominare l'intero mercato (winner takes all) (4).

Tutto ciò è attendibilmente vero. E tuttavia ai fini che qui interessano va segnalato che la musica cambia per davvero quando, per l'appunto a partire dal 2007, attraverso gli smart devices, dispositivi muniti di sensori ed attuatori come i veicoli, i trattori, gli orologi, gli assistenti domestici come Alexa, i termostati, le telecamere e, naturalmente, i telefoni, e così via, si afferma l'Internet of Things e si incomincia a discorrere di Big Data, (5) oramai alimentati dalla raccolta massiccia, capillare e continua, di dati (6). È solo in questo momento che prende slancio, a partire dal volume di dati e dalla potenza computazionale delle macchine, il machine learning, il quale a sua volta sta alla base di un numero crescente di decisioni automatizzate, affidate alla macchina e basate su algoritmi, cui spesso si attribuisce l'etichetta, forse non necessaria e addirittura fuorviante, di intelligenza artificiale (IA) (7).

(4) Tutti questi profili già erano presentati in modo compiuto da uno scritto di indole ricognitiva come la Note, *Antitrust and the Information Age: Sec. 2 Monopolization Analyses in the New Economy*, in 114 *Harv. L. Rev.* 2001, 1622 ss., alle cui spalle, naturalmente, si collocavano riflessioni di peso come quelle di ARTHUR, *Increasing Returns and the New World of Business*, in 74 *Harv. Bus. Rev.*, 1996, 100 ss. e SHAPIRO e VARIAN, *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy*, Harvard Business School Press, Boston, 1999.

(5) È di quegli anni il lavoro di MAYER-SCHÖNBERGER e KUKIER, *Big Data. A Revolution that Will Transform How we Live, Work and Think*, Eamon Dolan, 2013. Sui Big Data e sull'IoT v., in aggiunta alla bibliografia contenuta nelle note 2-11 del mio *Il futuro della proprietà intellettuale nella società algoritmica*, in *Giur. it., Supplemento 2019*, 10 ss., v. FIA *Resisting IP Overexpansion: The Case of Trade Secret Protection of Non-Personal Data*, in *IIC 2022* in corso di pubblicazione, e a SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4123311> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4123311>; YAO-SU HU, *The Impact of Increasing Returns on Knowledge and Big Data: From Adam Smith and Ally Young to the Age of Machine Learning and Digital Platforms*, in 36 *Prometheus*, 2019, 10 ss. e a <https://ssrn.com/abstract=3414339> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3414339>.

(6) Una definizione recente della nozione di dati è nel n. 1) dell'art. 2 della Proposta di Regolamento del Parlamento e del Consiglio riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo (normativa sui dati), Bruxelles 25 febbraio 2022 (COM) 2022 68 def. (Data Act): "“dati”: qualsiasi rappresentazione digitale di atti, fatti o informazioni e qualsiasi raccolta di tali atti, fatti o informazioni, anche sotto forma di registrazione sonora, visiva o audiovisiva”. In argomento v. ZECH, *Data as a tradeable commodity*, in DE FRANCESCHI, *European Contract Law and the Digital Single Market*, Intersentia, Cambridge, 2016, 74 ss. e a https://www.academia.edu/28029630/A_De_Franceschi_ed_European_Contract_Law_and_the_Digital_Single_Market, 74 e il commento di FIA, cit. Più articolata la definizione proposta da OTTOLIA, *Big Data e innovazione computazionale*, Giappichelli, Torino, 2017, 14 ss., che distingue fra i dati intesi come “entità immateriali”, da un lato, ed “entità corporali ovvero quali serie di elettroni che possono essere trasferiti da un luogo all'altro e che attongono al mondo delle cose tangibili” (nota 32 a 15), dall'altro lato, riconducibili a due tipologie, la prima semantica (dotata di significato per l'uomo), l'altra come oggetto di utilizzo computazionale (su queste nozioni v. anche infra nota 85).

(7) Anche per riferimenti bibliografici v., oltre al mio scritto sopra citato, FRÜH e HAUX, *Foundations of Artificial Intelligence and Machine Learning*, (Weizenbaum Series 29) 2022; PICHT, BRUNNER e SCHMID, *Artificial Intelligence and Intellectual Property Law: From Diagnosis to Action*, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 22-08, a SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4122985> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssr-n.4122985>; COYLE, op. cit.; BARFIELD e PAGALLO, *Law and Artificial Intelligence*, Edward Elgar,

Termine estratto capitolo

EMANUELA AREZZO

Gli investimenti in “attrezzature per produzioni di avanguardia tecnologica” come strumento di ripartenza economica. La tutela dell’ia e dei suoi prodotti tramite diritto d’autore e diritti connessi (*) (**)

INDICE SOMMARIO: Introduzione. – 1. Possono i prodotti dell’ia considerarsi opere dell’ingegno? – 2. I prodotti dell’IA e il requisito della creatività nelle opere dell’ingegno. – 3. Può l’ia considerarsi “autore”? – 4. Assenza di una giustificazione a sostegno della tesi che intende concedere alla macchina intelligente le fattispecie esclusive tipiche del diritto d’autore. – 5. Può l’inventore/autore dell’ia vantare una qualche prerogativa verso i prodotti dell’ia? e in tal caso a che titolo. – 5.1. La tutela dell’ia come prodotto a sè stante. – 5.1.1. La messa a punto della macchina intelligente: profili creativi e privative coinvolte. – 5.1.2. La titolarità dei diritti sull’ia. – 5.2. I prodotti realizzati dall’ia e le diverse tesi che giustificano l’attribuzione dei relativi diritti all’essere umano. – 5.2.1. La dottrina maggioritaria: valorizzazione dell’apporto creativo umano nella fase di strutturazione e predisposizione dell’ia. – 5.2.2. La dottrina che valorizza l’apporto creativo dell’utente. – 5.2.3. La tesi ispirata alla c.d. *work for hire doctrine*. – 6. Una proposta *de jure condendo* di regolamentazione della tutela dell’ia e dei suoi prodotti tramite il diritto d’autore e i diritti connessi.

C’è stata grande attesa alla Biennale di Venezia 2022 per il debutto di Ai-Da, cyborg pittrice creata dal gallerista Aidan Meller, che si è esibita con un’esposizione intitolata *Saltare nel Metaverso*, composta da una serie di “opere” ispirate alla Divina Commedia (da una prima installazione intitolata *Fiori sulle rive del Lete*, con fiori in 3D realizzati sulla base di schizzi prodotti da Ai-Da, sino ad autoritratti con gli occhi cuciti che simboleggiano il destino degli invidiosi). Non solo. Ai-Da -- che ha sembianze umane, ma con un braccio metallico -- ha anche realizzato dal vivo quattro ritratti, durante la mostra stessa (1).

Ai-Da è l’esempio di come oggi i sistemi di Ia (2) abbiano raggiunto un livello di complessità e di sofisticazione tale da riuscire, grazie alle direttive impartite dal

(*) Questo scritto ha ricevuto un giudizio positivo di un referee.

(**) Il presente scritto è dedicato alla memoria del Prof. Luigi Carlo Ubertazzi.

(1) V. MAZZONI, *La Biennale di Venezia apre le porte ai Robot. Attesa la partecipazione dell’umanoide Ai-Da e le sue performance*, 4 aprile 2022, <https://insideart.eu/2022/04/04/ai-da/>; L. IPPOLITO, *Ai-Da, a Venezia la robot-artista con ritratti e opere ispirate a Dante*, 4 aprile 2022, https://www.corriere.it/video-articoli/2022/04/04/ai-da-veneziana-robot-artista-ritratti-opere-ispirate-dante/1ef0e378-b438-11ec-a8ea-1989748a429c.shtml?&app-nica=true&app_v1=true, (entrambi consultati da ultimo il giorno 11 aprile 2022).

(2) Le definizioni di Ia abbondano in letteratura. La più calzante pare quella suggerita dalla Commissione europea, secondo cui «Artificial intelligence (Ai) refers to systems that display intelligent behaviour by analysing their environment and taking actions – with some degree of autonomy – to achieve specific goals. Ai-based systems can be purely software-based, acting in the virtual world (e.g. voice assistants, image analysis software, search engines, speech and face recognition systems) or Ai can be embedded in hardware devices (e.g. advanced robots, autonomous cars, drones or Internet of Things applications)». Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al

programmatore, non solo ad interagire con l'uomo, eseguendo istruzioni ovvero fornendo informazioni, bensì anche a "creare" beni che prima non esistevano e, per quanto qui ci occupa, esteriormente comparabili ad opere dell'ingegno (3). Parleremo in questo caso di Ia «creativa», proprio per distinguerla dalle più tradizionali macchine e sistemi di Ia (che sono peraltro forse i più diffusi) che si propongono semplicemente di interagire con l'uomo offrendo un certo tipo di servizio (si pensi, ad esempio, a Siri, agli assistenti di acquisti virtuali, ad Alexa). Chiaramente, l'Ia (chiamiamola) «non creativa» si pone come prodotto a sé stante, caratterizzato dalla tipologia di funzionalità/servizio che offre (in questo non differenziandosi da un più banale software), e non ha attratto particolare attenzione in dottrina, sembrando abbastanza lineare la sua riconduzione entro paradigmi proprietari noti. Per contro, i giuristi sono stati massimamente attratti dal tema della eventuale protezione - tramite il diritto d'autore - da tributare a quei beni intangibili prodotti dalla Ia, in ragione della loro somiglianza alle creazioni intellettuali (4).

Comitato delle Regioni. Sull'intelligenza artificiale per l'Europa, 25 aprile 2018, n. 237, § 1, consultabile in <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/EN/COM-2018-237-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF>.

(3) Pensiamo ad Aaron, prodotto di intelligenza artificiale creato da Harold Cohen, pittore ed esperto in computer-generated art, in grado di creare opere figurative su tela e anche disegni. Per un approfondimento consultare il sito <https://www.wired.com/2001/05/aaron-art-from-the-machine/>. Altro esempio è il progetto biennale intitolato «The Next Rembrandt», sviluppato da Microsoft in collaborazione con la società finanziaria Ing, la Delft University of Technology e due musei d'arte olandesi: Mauritshuis e Rembrandthuis. Questo team ha sviluppato una serie di algoritmi che ha permesso al programma di apprendere in modo automatico lo stile dell'artista olandese, analizzando le sue opere, e così di produrre e stampare in 3D un ritratto che rispecchia lo stile di Rembrandt. Cfr. <https://www.nextrembrandt.com/>. E ancora, prodotto derivato dall'IA paragonabile ad un'opera dell'ingegno è il «Compte de Bellamy», ritratto in stile pittorico compreso tra il 14mo e il 20mo secolo, creato utilizzando il sistema informatico Gan, dal collettivo Obvious a Parigi. Vedi <https://obvious-art.com/portfolio/edmond-de-belamy/>. Le opere generate dall'intelligenza artificiale non si esauriscono solamente nell'arte pittorica; ed infatti possiamo individuare opere prodotte dall'Ia afferenti ad altri campi artistici. Ad esempio il romanzo «The day a computer wrote a novel» scritto da un software creato nel 2015 dal Sato-Matsuzaki Laboratory, un gruppo di ricerca dell'Università di Nagoya, che ha utilizzato la generazione automatica del testo basata sulla memorizzazione di parametri strutturali individuati in oltre 1.000 racconti e saggi. Cfr. <http://kotoba.nuee.nagoya-u.ac.jp/sc/gw2015>. Nel campo della composizione musicale troviamo l'opera «Transits into an Abyss» scritta dall'intelligenza artificiale «IAMUS» che è in grado di produrre musica classica. V. <http://www.bbc.com/news/technology-20889644>. Le varie composizioni di IAMUS sono state poi eseguite dalla London Symphony Orchestra nel concerto dal titolo «Can machine be creative?» v. <https://www.youtube.com/watch?v=JOkSlCT8DZU>. Possiamo annoverare anche una sceneggiatura dal titolo «Sunspring» prodotto dal software «Benjamin» in seguito diventato un cortometraggio (con il regista Oscar Shape) classificandosi tra i migliori dieci nel festival cinematografico annuale di fantascienza a Londra. V. <https://www.focus.it/cultura/arte/sunspring-cortometraggio-creato-da-intelligenzaartificiale#:~:text=Il%20cortometraggio%20di%20fantascienza%20Sunspring,e%20ha%20prodotto%20una%20sceneggiatura>.

(4) Viceversa, il tema non sembra porsi nel caso in cui l'Ia sia ascrivibile al genere delle c.d. «partly-generative machine», ossia in quei casi in cui la macchina intelligente ammonta a niente di più che un toolkit, sebbene molto sofisticato, utilizzato dall'essere umano, sotto suoi precui input, per realizzare un'opera dell'ingegno. Così FROSIO, *L'(I)Autore inesistente: una*

EMANUELA AREZZO

Come si vedrà nel corso di questo studio, entrambi i temi sono in verità meritevoli di attenzione, essendo tra loro intimamente collegati. La trattazione partirà dall'esame di una serie di interrogativi volti a comprendere se i prodotti della macchina Ia siano o meno suscettibili all'interno del paradigma autoriale classico. Ripercorrendo le categorie del diritto d'autore e tentando di applicarle sia all'Ia, sia ai suoi prodotti, l'autore proporrà infine una soluzione di protezione alternativa per entrambi i *subject matters*, cioè nel convincimento che le macchine intelligenti e i loro prodotti rappresentino la nuova sfida dell'innovazione tecnologica, e che su questi nuovi prodotti «di avanguardia tecnologica» sia necessario investire (5) affinché l'Italia possa restare competitiva (6).

1. La Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche, all'art. 2, 1° comma, definisce come opere dell'ingegno «[...] tutte le produzioni nel campo letterario, scientifico e artistico [...]». L'oggetto della tutela viene, dunque, definito per il tramite dell'appartenenza al campo della letteratura, della scienza e dell'arte e, per voluta scelta, prescinde dal modo o dalla forma di espressione o rappresentazione dell'opera (7). Segue, immediatamente dopo, una lista di opere assai eterogenea che va dalle opere drammatiche a quelle coreografiche, ivi comprese quelle pantomimiche, le composizioni musicali e molto altro. La medesima impostazione è stata seguita dal legislatore italiano il quale ha sancito all'art. 2575 c.c. il principio (ribadito ulteriormente all'art. 1, l.a.) per cui sono protette dal diritto d'autore le opere che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro e alla cinematografia; rimandando alla legge speciale

tesi tecno-giuridica contro la tutela dell'opera generata dall'intelligenza artificiale, in questa *Rivista* 2020, 54 che richiama la distinzione a sua volta fatta da DENICOLA, *Ex Machina: Copyright Protection for Computer-Generated Works*, in 69 *Rutgers University L. Rev.* 2016, 269 ss.. Ed infatti sono molti gli esempi in cui l'opera dell'ingegno viene prodotta dalla macchina (hardware o software: si pensi indifferentemente ad un programma di videoscrittura o ad una macchina fotografica), nonostante nessuno metta in dubbio che essa funga da semplice strumento che permette il dispiegarsi della creatività umana. Sul punto GINSBURG e BUDIARDJO, *Authors and Machines*, in 34 *Berkeley Tech. L. J.*, 2019, 428.

(5) In un recente studio, STRAUS evidenzia come l'Europa si trovi ancora un passo indietro nel settore dell'IA rispetto a Stati Uniti d'America, Cina, Giappone e Corea. Ritiene l'autore che proprio i diritti di proprietà intellettuale possano avere un ruolo decisivo come strumento di incentivo e sostegno per la ricerca, nonché mezzo per garantire investimenti ad alto rischio. Si veda STRAUS, *Artificial Intelligence – Challenges and Chances for Europe*, in *European Review*, Volume 29, Issue 1, February 2021, 142 ss..

(6) Cfr. Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), approvato dal governo italiano nel 2021 per rilanciare l'economia dopo la crisi generata dalla pandemia, dove si dice che «[...] Per l'Italia, caratterizzata da un robusto settore manifatturiero e un'economia orientata all'export, la sfida dell'innovazione e della modernizzazione è cruciale», e ove si prevedono contributi per sostenere gli investimenti in «[...] macchinari, impianti e attrezzature per produzioni di avanguardia tecnologica», tra i quali certamente rientrano i sistemi di Ia. Vedi <https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf>, 102 ss.

(7) La Convenzione di Berna non fa riferimento all'elemento della creatività, specificando per contro che è rimandata alle legislazioni degli Stati aderenti la facoltà di condizionare la tutela delle opere al requisito della fissazione (la *fixation* tipica degli ordinamenti anglosassoni) su un supporto materiale (art. 2, n. 2). Sul punto v. *infra* § 2 e nota 17.

l'enucleazione, meramente esemplificativa, delle tipologie di opere che il legislatore intende proteggere (8).

In realtà non è chiaro se, nel campo del diritto d'autore (italiano ed europeo), la possibilità di ricondurre un bene intellettuale nell'alveo delle opere dell'ingegno funzioni, al pari di quanto accade per gli altri paradigmi di proprietà intellettuale (v. marchio e brevetto), come un primo filtro, da applicare precedentemente risposto all'elemento della creatività, intesa quale requisito di accesso alla tutela. È indiscutibile, invero, l'assenza nella normativa autoriale (italiana) di un omologo dell'art. 45 c.p.i. - che tratteggia il *file rouge* tra ciò che può e non può considerarsi invenzione (9) – o, in alternativa, di direttrici puntuali che consentano di comprendere quando un certo bene intangibile possieda quei caratteri che lo rendono meritevole di tutela (come avviene, ad esempio, nel caso dell'art. 7 c.p.i. che assoggetta la tutelabilità di un segno come marchio alla duplice condizione che sia idoneo a distinguere i prodotti e servizi di un'impresa e ad essere rappresentato – non più graficamente, ma – in maniera da consentire l'individuazione sufficientemente chiara e precisa dell'oggetto della protezione)(10). Tuttavia, la dottrina più autorevole ha da sempre ritenuto canone generale della disciplina autoriale il principio per cui la protezione si appunta unicamente sulla forma espressiva, anche detta rappresentativa, dell'opera, lasciando impregiudicato il suo contenuto e le idee personali dell'autore, ovvero i fatti ivi espressi (11).

(8) Sulla valenza meramente esemplificativa, nel nostro ordinamento, dell'elencazione ivi contenuta, per tutti, v. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale, Innovazione – Creatività – Informazione, Dinamiche conflittuali, esperienze di condivisione*, III ed., Giuffrè, Milano, 2015, 205 ss. Così non è, per contro, nel sistema anglosassone dove la lista di opere dell'ingegno enucleate alla section 1, 1° comma del Copyright, Designs and Patents Act del 1988 ha carattere esaustivo. Diffusamente sull'argomento v. CORNISH, LLEWELYN e APLIN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trademarks and Allied Rights*, IX ed., Sweet & Maxwell, London, 2019, 439 ss.

(9) Sul tema, per tutti, v. l'approfondito lavoro monografico di PILA, *The Requirement for an Invention in Patent Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, *passim*.

(10) Il requisito della connotazione grafica è definitivamente caduto con l'adozione della Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio, 16 dicembre 2015, 2015/2436, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa, G.U. 2015, L 336, p. 1, recepita dal legislatore italiano con il d. lgs. 20-2-2019 n. 15 che ha modificato l'art. 7 c.p.i. eliminando ogni riferimento alla rappresentazione grafica del segno e inserendo il requisito della necessaria rappresentazione in grado di “determinare con chiarezza e precisione l'oggetto della protezione conferita al titolare”. Questa precisazione ha facilitato il deposito dei marchi composti da suoni, colori e combinazioni di colori, la cui registrabilità era peraltro già contemplata. Per tutti: VANZETTI, DI CATALDO e SPOLIDORO, *Manuale di Diritto Industriale*, IX ed., Giuffrè, Milano, 2021, 163.

(11) Sul punto v. MUSSO, per il quale oggetto del diritto d'autore è l'opera nella sua forma espressiva o rappresentativa. V. MUSSO, *Diritto d'autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche, Art. 2575-2583 c.c.*, *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna, 2008, 13; BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, nei *Quaderni* di questa *Rivista*, Giappichelli, Torino, 2011, 107, secondo il quale l'accesso alla tutela sarebbe consentito “ai soli esiti creativi esteriorizzati, in quanto trasfusi in un artefatto culturale separato dalla persona dell'autore” (corsivo mio). Analogamente, per AUTERI il diritto d'autore consente di proteggere l'opera solo “in quanto rappresentazione della realtà o espressione di opinioni, idee e sentimenti”, AUTERI in *Diritto Industriale, proprietà intellettuale e concorrenza*, VI ed., Giappichelli, Torino, 2020, 635.

Termine estratto capitolo

III – Altri studi

GIOVANNI GUGLIELMETTI

Il futuro della tutela di diritto d'autore del design alla luce della recente giurisprudenza della Corte di Giustizia (*)

INDICE SOMMARIO: 1. Premessa: le sentenze Cofemel e Brompton sono state per lo più intese nel senso di portare a un allargamento della tutela di diritto d'autore del design. Questa lettura non appare convincente. – 2. La decisione Cofemel. – 3. L'originalità come filtro all'ingresso della tutela d'autore più selettivo rispetto al requisito del carattere individuale per la tutela speciale dei disegni e modelli. – 4. La decisione Brompton. – 5. I vincoli funzionali come limite esterno alla originalità. – 6. L'esistenza di regole o vincoli di altra natura come ulteriore limite alla originalità. – 7. Il problema del grado di originalità. – 8. La modulazione della estensione della protezione in base al grado di originalità.

1. La recente giurisprudenza della Corte di Giustizia nei casi “Cofemel” (1) e “Brompton (2)” ha riaperto il dibattito sulla tutela delle opere del design con il diritto d'autore e sui rapporti tra questa forma di protezione e la tutela attraverso la disciplina dei disegni e modelli. Generalmente le due sentenze hanno suscitato nei commentatori (3) l'opinione che la Corte abbia assunto un indirizzo favorevole a una estesa applicazione della tutela di diritto d'autore al design, da un lato equiparando il design a qualsiasi altra opera protetta con il diritto d'autore e dall'altro, conseguentemente, riferendo anche al design, per l'accesso alla protezione, il generale requisito della “originalità” inteso come “creazione personale dell'autore” (“own intellectual creation” OIC), a sua volta percepito come un requisito che può essere soddisfatto in maniera agevole. L'orientamento della Corte porterebbe quindi in maniera sempre più spinta al cumulo delle protezioni tra tutela autorale e tutela tramite disegno e modello, il che ha indotto alcuni commentatori a interrogarsi sul rischio di una over-protection

(*) Questo scritto ha ricevuto un giudizio positivo di un referee.

(1) Sentenza 12 settembre 2019, C-683/17.

(2) Sentenza 11 giugno 2020, C-853/19.

(3) Tra i tantissimi contributi segnalo, senza alcuna pretesa di compiutezza, KUR, *Unité de l'art is here to stay – Cofemel and its consequences*, Max Planck Institute for innovation and competition Research Paper No. 19-16, accessibile all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3500845>; RICOLFI, *La forma del prodotto nella giurisprudenza europea recente*, in *Riv. dir. ind.* 2019, I, 524 ss.; GALLI, *La tutela “Europea” di diritto d'autore per le opere dell'Industrial design e la necessità di un approccio realistico*, in *Riv. dir. ind.* 2020, II, 51 ss., a pag. 57-65; GUIZZARDI, *Il requisito della originalità delle opere dell'ingegno come armonizzato dalla Corte di Giustizia*, in *AIDA* 2020, I, 3 ss, a pagg. 11-17; SGANGA, *La nozione di opera protetta nel diritto d'autore europeo tra armonizzazione silente e silenzi controversi*, in *Riv. dir. ind.* 2020, I, 159 ss.; BOSSHARD, *La tutela di diritto d'autore della forma dotata di valore di mercato di nuovo al vaglio della Corte di Giustizia UE: la sentenza nel caso Brompton come seguito ideale di Cofemel*, in *Riv. dir. ind.* 2020, II, 302 ss.; SANNA, *La sentenza Cofemel e i requisiti per la tutela d'autore del disegno industriale*, in *NLCC* 2/2021, 473 ss.; GUIZZARDI, *L'unità de l'art nell'ordinamento giuridico italiano. Le conseguenze della sentenza Cofemel*, in *AIDA* 2021, I 312 ss.; ROSATI, *Copyright at the CJEU: Back to the start (of copyright protection)*, accessibile all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=4097316>, 13-19.

del design (4). Per quanto riguarda il diritto nazionale ci si è anche domandati se, a seguito della sentenza Cofemel, debba oggi ritenersi in contrasto con la disciplina armonizzata europea, e quindi debba essere disapplicato dal giudice nazionale, il requisito del “valore artistico” previsto dalla legge sul diritto d’autore per la tutela del design (art. 2.10), come requisito aggiuntivo al generale requisito del “carattere creativo”, che limita la tutela di diritto d’autore alle sole opere del design che raggiungono un livello creativo particolarmente elevato nella considerazione sociale, di nuovo con la conseguenza di una over-protection autorale del design (5).

In questa relazione svolgerò alcune considerazioni in merito alle due sentenze suggerendone una lettura diversa dal mainstream. La lettura che propongo considera come non ineluttabile la tendenza verso una protezione indiscriminata del design con il diritto d’autore, e indica al contrario come, proprio partendo da quanto affermato nelle due sentenze, la futura evoluzione potrebbe mantenere un equilibrio tra i diversi interessi coinvolti e tenere conto delle esigenze sistematiche di coordinamento tra i diversi mezzi di tutela, evitando una protezione generalizzata con il diritto d’autore di qualsiasi lavoro di design, e riservando questa protezione solo a casi particolari di design meritevoli di questa ulteriore forma di protezione.

2. Il caso “Cofemel” riguardava alcuni modelli di abbigliamento G-Star (jeans, felpe e magliette a marchio), “frutto di processi di fabbricazione riconosciuti come innovativi nel mondo della moda (6)” di cui si lamentava l’imitazione per la parziale ripresa, da parte di Cofemel, di alcuni elementi relativi a “forma tridimensionale, schema di assemblaggio delle parti, collocazione di alcuni componenti ecc.” (7). Nella controversia davanti al giudice nazionale portoghese si era posto l’interrogativo se i

(4) Cfr. ad. es. SGANGA, op. cit., 187-190; e in generale i diversi autori citati nella precedente nota ad eccezione della GUIZZARDI, *Il requisito della originalità*, cit., 15, e *L’unité de l’art*, cit., 318 s.; che reputa assenti preoccupazioni del genere, richiamandosi alla osservazione che il diritto d’autore riguarda la tutela soltanto della forma e non anche delle idee, ciò che sarebbe di per sé idoneo a scongiurare qualsiasi rischio anticoncorrenziale nella applicazione del diritto d’autore. Si può tuttavia osservare che se il diritto d’autore sul design (correttamente applicato) non sembra porre ostacoli alla libera utilizzazione di idee, metodi, procedimenti tecnici, etc., esso invece certamente pone un ostacolo alla concorrenza nella adozione delle particolari forme in cui si realizza il design [sul tema si vedano ad es. le ampie considerazioni di FABBIO, *Contro una tutela autorale “facile” del design, considerazioni a margine di una recente pronuncia della Cassazione tedesca (Bundesgerichtshof, sent. 13 novembre 2013 – “Geburstagszug”) e brevi note sul diritto italiano vigente*, in *Riv. dir. ind.* 2015, I, 45 ss., 54-62]. E se la scelta legislativa di prevedere che i disegni e modelli possano essere protetti fino a un massimo di 25 anni (e solo per 3 anni nel caso non siano registrati) esprime il bilanciamento tra interessi dei titolari e interessi del pubblico e della concorrenza voluto dal legislatore in questo settore, la protezione di più lunga durata che si realizza applicando (anche) il diritto d’autore al design non può non sollevare un interrogativo in proposito, proprio appunto alla luce delle scelte compiute dallo stesso legislatore. Come vedremo, il tema emerge anche nelle due sentenze della Corte di Giustizia nei casi Cofemel e Brompton, ed ha giocato un ruolo importante nell’ambito delle due decisioni.

(5) Cfr. ancora GUIZZARDI, *Il requisito della originalità*, cit., 11 ss.; e *L’unité de l’art*, cit., 323 ss., All’estero con riferimento al criterio della vecchia *Gestaltungshöhe*, della giurisprudenza tedesca, cfr. FABBIO, *Opere protette e requisiti di tutela del diritto d’autore UE*, in *AIDA* 2016, I, 281 ss., 294, e ivi richiami alla dottrina tedesca in nota 53.

(6) Punto 25.

(7) *Ibid.*

Termine estratto capitolo

GIOVANNI CAVANI

Non Fungible Tokens (NFT): quali interferenze con il diritto d'autore? (*)

1. È noto lo sviluppo ormai esponenziale (sia nel campo dell'arte, sia nei più disparati settori) dei c.d. NFT (*Non Fungible Tokens*), divenuti oggetto di una nuova, e sempre più significativa (1) forma di investimento "parallelo" rispetto a quelli più tradizionali (e più...tracciabili: sul che si vedano le considerazioni finali al § 8).

In che consista un NFT e quali ne siano le caratteristiche tecniche, è presto detto, anche se a rischio di qualche semplificazione.

In sintesi: un NFT altro non è che un anello di una *blockchain* (2) della quale condivide le fondamentali caratteristiche. E dunque, ogni suo anello, o nodo,

(*) Questo scritto ha ricevuto un giudizio positivo di un referee.

(1) Si stima che il mercato a livello globale degli NFT abbia attualmente un valore di circa tre miliardi di dollari, ma che nell'arco di cinque anni possa raggiungere oltre 13 miliardi. Per quanto si tratti di cifre stimate e approssimative, esse mostrano tuttavia una tendenza certamente significativa. Ed in effetti l'interesse per gli NFT si sta rapidamente diffondendo in numerosi settori, quali, oltre alle opere di *digital art*, sport, prodotti di lusso, marchi celebri. Naturalmente una crescita esponenziale di questo tipo può nascondere bolle speculative destinate ad esplodere. Tra le innumerevoli fonti reperibili sul web si vedano <https://it.cointelegraph.com/news/nft-market-well-positioned-to-grow-35-into-a-13-6b-industry-by-2027>; <https://it.cointelegraph.com/news/nft-market-well-positioned-to-grow-35-into-a-13-6b-industry-by-2027>; https://valori.it/cosa-sono-gli-nft/?gclid=CjwKCAjw3K2X-BhAZEiwAmmgrAvceRFPpR7FSs8wN9xBani6n4PkkUaB5g5CCoZ2SRyI4s3eOOKVxo-CoZcQ-AvD_BwE; <https://cryptonomist.ch/2022/03/21/mercato-nft-continuo-rinnovamento/>

(2) Semplificando molto la nozione di *blockchain*, può dirsi che essa costituisce una sorta di registro informatico nelle cui pagine (blocchi o nodi della catena) sono registrati i dati che nel tempo vengono inseriti nella catena stessa, i quali, una volta inseriti, non sono più modificabili. Ciascun nodo certifica, in modo appunto inalterabile, il contenuto, il momento della creazione di ciascun nuovo nodo e l'autore dell'inserimento, la cui identità, peraltro, è crittografata secondo modalità che non consentono la immediata individuazione del corrispondente soggetto fisico, dando vita ad una situazione di "pseudoanonimato". Poiché il contenuto di ciascun nodo è inalterabile, e non è neppure replicabile, esso, data la sua unicità, acquista potenzialmente un valore di scambio, che può essere realizzato attraverso il suo trasferimento, mediante *smart contract*, dall'originario creatore del nodo a terzi. Il che avviene tipicamente, per quanto riguarda la presente indagine, nel caso in cui sulla *blockchain* venga inserito un *non fungible token* (NFT) avente ad oggetto un'immagine, un video, un suono o un qualsiasi altro "oggetto materiale" previa sua digitalizzazione e "smaterializzazione". - Per una prima analisi dei vari aspetti di una *blockchain* si vedano SARZANA DI S. IPPOLITO e NICOTRA, *Diritto della blockchain Intelligenza Artificiale e IOT*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2018; e per una spiegazione più dettagliata sul piano tecnico GARAVAGLIA, *Tutto su blockchain. Capire la tecnologia e le nuove opportunità*, Hoepli, Milano, 2018. Si vedano inoltre, per la letteratura in lingua inglese, GUADAMUZ, *The treachery of images: non-fungible tokens and copyright*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2021, 1367 ss., DUROVIC e JANSSEN, *The Formation of Blockchain-Based Smart Contracts in the Light of Contract Law*, in *European Review of Private Law* 2018, 753; GERARD, *Attack of the 50 Foot Blockchain: Bitcoin, Blockchain, Ethereum & Smart Contracts*, in *CreateSpace Independent Publishing Platform*, Scotts Valley, 2017; GUADAMUZ e MARSDEN, *Blockchains and Bitcoin: Regulatory Responses to Cryptocurrencies in First Monday* 2015; DE FILIPPI e WRIGHT, *Blockchain and the Law: The Rule of Code*, Harvard University Press, Cambridge, 2018.

GIOVANNI CAVANI

qualunque ne sia il contenuto, una volta che sia inserito e registrato sulla *blockchain*, è immutabile e non riproducibile (nel senso che non possono esserne fatti dei “multipli”), neppure da chi lo abbia in origine immesso sulla *blockchain*; esso può essere solamente visto e/o sentito da chi sia autorizzato a farlo, e venduto da chi ne sia il “proprietario” (vale a dire chi risulti averlo immesso nella catena).

In questo senso il “*token*” è “*non fungible*”, vale a dire unico, in quanto l'eventuale riproduzione del suo contenuto – qualora essa sia consentita dallo *smart contract* che accompagna la registrazione del NFT sulla catena – costituisce una mera “copia” dell'originale NFT, come tale priva del valore di mercato associato invece al solo NFT originale. Per intenderci: il famoso *collage* dell'artista digitale Mike Winkelmann, conosciuto professionalmente come Beeple, “*Everydays: the First 5000 Days*”, venduto all'asta per lo strabiliante prezzo di quasi 70 milioni di dollari (3), può essere visto e duplicato senza alcuna difficoltà cliccando Beeple su Google; ma, a prescindere dalla scarsa fedeltà dell'immagine, la sua riproduzione non ha alcun valore “di mercato”. Solo l'NFT “originale”, custodito e “certificato” in formato digitale nella *blockchain*, ha un valore di scambio, analogamente all'originale di un dipinto rispetto ad una sua copia. In questo (limitato) senso l'opera o l'oggetto contenuti nell'NFT costituiscono un *unicum* e a ciò un NFT deve, appunto, il suo valore di scambio (4). Per intenderci: mentre il dipinto “originale” della Venere del Botticelli custodito dalla Galleria degli Uffizi può essere (come è) oggetto di innumerevoli (legittime o meno) riproduzioni rinvenibili ovunque (5), l'NFT che lo contiene, autorizzato e certificato dalla Galleria,

(3) Tra gli innumerevoli articoli reperibili sul web in argomento, si può consultare la pagina <https://www.ilpost.it/2021/03/27/beeple-nft/>

(4) Si potrebbe in proposito osservare come grazie al “combinato disposto”, da un lato, dell'unicità della “copia” incapsulata in un NFT, e, dall'altro lato, della perfezione della copia stessa, resa oggi possibile dalle più moderne e sofisticate tecnologie digitali, possa dirsi compiuto quel processo di perdita dell’“aura” dell'opera d'arte tradizionalmente intesa, così perspicacemente argomentata da Walter Benjamin nel suo celeberrimo saggio *L'opera d'arte nell'epoca della sua riproducibilità tecnica*: vedilo nella traduzione italiana a cura di E. Filippini, Torino, Einaudi 1966.

(5) In questa sede non è possibile affrontare specificamente il tema del diritto di riproduzione di beni culturali di cui all'art. 107 del vigente codice dei beni culturali (Decreto Legislativo 22 gennaio 2004, n. 42) secondo cui «*Il Ministero, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali possono consentire la riproduzione nonché l'uso strumentale e precario dei beni culturali che abbiano in consegna, fatte salve le disposizioni di cui al comma 2 e quelle in materia di diritto d'autore*». Sul tema si vedano in particolare, RESTA, *L'immagine dei beni* in RESTA (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Utet, Torino, 2011, 559 ss.; MAGNANI, *Musei e valorizzazione delle collezioni: questioni aperte in tema di sfruttamento dei diritti di proprietà intellettuale sulle immagini delle opere*, in *Riv. dir. ind.* 2016, I, 211 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Proprietà museali ed usi non autorizzati di opere*, in questa *Rivista* 1999, 74 ss.

Sia consentito comunque svolgere qui alcune rapide considerazioni sul punto, rinviando ad una successiva occasione il necessario approfondimento.

Riducendo ai suoi minimi termini il problema interpretativo posto da siffatta norma (la quale peraltro riproduce nella sostanza le precedenti disposizioni in materia, a partire, quanto meno, dalla legge 30 marzo 1965 n. 540), si tratta di stabilire se tale diritto di riproduzione consista in un nuovo (ed “eterodosso”: su ciò vedi subito sotto) diritto di proprietà intellettuale avente ad oggetto l'immagine dei beni culturali in consegna a musei pubblici e enti pubblici assimilati; o se invece, più limitatamente, esso sia la sola proiezione del diritto (che semplificando possiamo definire di “proprietà”) spettante a tali soggetti sui beni che essi hanno “in

consegna” (e dei quali peraltro essi non sono necessariamente proprietari: si pensi al caso di opere di proprietà di un privato il quale ne abbia consentito la esposizione in un museo statale e che quindi siano “in consegna/deposito” presso quest’ultimo). La sostanziale differenza tra le due interpretazioni ha conseguenze del tutto evidenti ed economicamente rilevanti. Ove si segua la prima, il diritto di riproduzione prescinde dall’uso del bene materiale che costituisce il supporto dell’immagine; seguendo invece la seconda interpretazione, l’avente diritto alla riproduzione del bene culturale può opporsi alla stessa solo qualora ciò richieda l’uso del supporto materiale dell’immagine oggetto di riproduzione. In questo secondo caso i soggetti che “hanno in consegna” beni culturali, hanno soltanto il diritto di condizionare l’accesso al luogo nel quale il bene è custodito per effettuarne la riproduzione; ma non hanno un diritto, appunto di “proprietà intellettuale” *sui generis*, che consenta loro di vietarne la riproduzione anche qualora l’immagine da riprodurre sia di dominio pubblico e/o sia reperibile senza necessità di accedere al luogo in cui è conservato il supporto materiale sui cui insiste l’immagine originale. Ed è chiaro che, in questa seconda ipotesi, il diritto di riproduzione ex art. 107 legge sui beni culturali presenta un concreto contenuto, anche da un punto di vista economico, nel solo caso in cui il valore di una riproduzione sia strettamente legato alla sua elevata definizione, per ottenere la quale sia necessario l’accesso all’opera materiale: il quadro, la scultura, ecc.. Ebbene, senza alcuna pretesa di completezza, si può qui rilevare che la prima di quelle possibili interpretazioni (che sembrerebbe sottesa a un paio di recenti decisioni – con motivazioni peraltro lacunose – riguardanti riproduzioni del David di Michelangelo e il Teatro Massimo di Palermo, entrambe in *Riv.dir.ind.* 2018, II, 277 ss., con nota di M. L. FRANCESCHELLI, *La riproduzione di beni culturali a scopo di lucro*), presenta taluni profili di grave incoerenza con l’intero sistema della proprietà intellettuale quale radicatosi nel tempo sia a livello nazionale che internazionale, nonché taluni aspetti di criticità sul piano costituzionale. Partendo da quest’ultimo aspetto, la prima delle segnalate interpretazioni può apparire come una ingiustificata discriminazione, ex art. 3 e 41 Cost., in quanto attributiva di un siffatto diritto di “monopolio” immateriale sullo sfruttamento delle immagini incorporate solamente su supporti (quadri, sculture, ecc.) “in consegna” a musei pubblici e soggetti assimilati, mentre lo stesso diritto verrebbe invece negato a soggetti privati che pur siano proprietari di beni di interesse culturale ai sensi della menzionata legge n. 42/2004. Si tratterebbe, dicevamo, di una discriminazione ingiustificata, perché compito dello Stato, ai sensi della stessa legge, è quello di tutelare e valorizzare il patrimonio culturale in quanto tale, sia esso in mani pubbliche o private. Sul piano poi della (in)coerenza sistemica con le linee fondanti dell’intero sistema della proprietà intellettuale, v’è da segnalare la eccentricità di una tutela che, riconoscendo al proprietario del bene materiale su cui l’opera è fissata anche un diritto di esclusivo di sfruttamento economico della relativa immagine, avrebbe l’effetto di cancellare con un tratto di penna, rendendola inutile, la stessa tutela d’autore; dato che, istituendo una equivalenza tra proprietà del bene materiale e proprietà del bene immateriale (l’immagine rappresentata) in esso racchiuso, renderebbe superflua e superata la tutela che la legge assegna all’autore dell’opera. Senza dimenticare che questa tutela non avrebbe limiti di durata, contrariamente a quanto previsto dalle leggi che – ovunque e da sempre – tutelano la proprietà industriale e intellettuale; e farebbe altresì resuscitare, per le opere di autori scomparsi da più di settant’anni, un redivivo diritto d’autore *sui generis*. A tacer poi dell’incongruenza che si avrebbe nel caso in cui l’opera in consegna a un museo pubblico sia stata creata da un autore ancora vivente o deceduto da meno di settant’anni; posto che in tal caso i diritti esclusivi di riproduzione dell’opera spetterebbero all’autore e ai suoi eredi fino alla scadenza di quel limite temporale. Da ultimo, non si vede quale sia il “merito” che potrebbe giustificare una siffatta protezione, a differenza di quanto è previsto dalla legge d’autore, che condiziona la tutela alla presenza di un, pur modesto, apporto creativo dell’autore; non sembra infatti accettabile, sul piano sistematico, che il “merito” per l’attribuzione di un siffatto diritto esclusivo, per di più illimitato nel tempo, possa consistere nella sola “consegna” del bene culturale (materiale) a un museo (pubblico). V’è solo da aggiungere che l’interpretazione qui contestata della norma appare a maggior ragione criticabile in relazione ai beni culturali collocati in luoghi aperti al pubblico e ai quali si

GIOVANNI CAVANI

resta unico e il suo inserimento nella blockchain ne certifica, senza possibilità di “manomissioni”, la provenienza dalla Galleria. E proprio in ciò risiede il suo valore di scambio, rispetto a un NFT che, pur avendo lo stesso contenuto, provenga da una diversa fonte. (6)(7).

Beninteso, chi “crea” un NFT può crearne più d’uno, tutti aventi lo stesso contenuto, ciascuno dei quali sarà tuttavia pur sempre unico; come accade, per capirci, con i multipli di una litografia “tirata” in un limitato numero di esemplari; anche se è ovvio che in tal modo si riduce proporzionalmente il valore di mercato di ogni singolo esemplare. E neppure si possono escludere le truffe, ed in particolare fenomeni di *hackeraggio*, vale a dire di sottrazione fraudolenta di NFT mediante abusivo accesso alle piattaforme sulle quali essi sono custoditi. (8)

2.1. Alla base di questo dilagante fenomeno stanno ragioni e interessi molto diversi tra loro (9). Da un lato l’utilizzazione della *blockchain* rappresenta certamente, per artisti emergenti - specie di *digital art* - un palcoscenico per farsi conoscere e per

possa pertanto accedere senza alcuna possibile restrizione, la cui libera riproduzione può farsi rientrare nel principio detto di “libertà di panorama”, su cui si vedano RESTA, op. cit. 570 ss.; MAGNANI, op. cit., 239 ss.

Per le ragioni qui del tutto sommariamente evidenziate, non pare quindi fondata la prima delle due interpretazioni sopra segnalate, ma solo la seconda; ed è quindi condivisibile l’opinione di chi ritiene (RESTA, op. cit., 564 ss.) che «*la presenza di uno spazio fisico giuridicamente riservato al titolare sembra (...) operare come indiretto fondamento di un monopolio sulla fruizione visiva di tutto ciò che si trovi al suo interno*».

(6) Peraltro il più delle volte il contenuto di un NFT (l’immagine di un’opera, un video, un brano musicale, ecc.) non si trova inserito direttamente al suo interno. Solitamente l’NFT consiste in un codice crittografato (URL) che rinvia a un file digitale nel quale si trova l’immagine, il video, l’audio o altro oggetto. Sul punto FRYE, *Are CryptoPunks Copyrightable?*, in *Pepperdine Law Review* 2022, 119. Esistono peraltro anche NFT nei quali l’opera è caricata nella sua interezza nella *blockchain*. Si parla in tal caso di “*blockchain native works*” denominate “*onchain works*”. Vedi sul punto . GUADAMUZ, op. cit. nota 2, 1367 ss.

(7) Peraltro, come è ovvio, la sua sola unicità/scarsità, non è di per sé sufficiente a dare valore ad un NFT, a ciò concorrendo in misura determinante il contesto e il modello di *business* nel quale esso si inserisce e che influenzano la percezione del suo valore da parte del pubblico. Sul tema si vedano le interessanti considerazioni di LANDONE, *Valore e prezzo degli NFT*, consultabile su <https://www.gianlucalandone.it/valore-prezzo-nft/> .

(8) La più nota di queste truffe è quella che ha avuto recentemente per oggetto alcune centinaia di NFT raffiguranti immagini della collezione di *Bored Ape*, che raccoglie 10.000 disegni di “scimmie annoiate”, creati da alcuni artisti *free lance* sulla base delle linee stilistiche date loro dai titolari della Yaga Labs, proprietaria della collezione stessa, ampiamente promossa sul piano mediatico. Si veda la pagina web <https://www.dday.it/redazione/42857/unaltra-truffa-legata-alle-bored-apes-sottratti-nft-ed-ether-per-piu-di-500-mila-dollari> . Questa collezione è divenuta, nell’arco di un paio di anni, un dilagante fenomeno di costume grazie anche all’acquisto di alcuni esemplari di NFT da parte di famosi personaggi dello spettacolo e dello sport. Il valore di questi NFT è cresciuto in misura esponenziale, al punto che il 9 Settembre 2021, durante un’asta di Sotheby’s, un lotto di 101 esemplari di queste *Bored Apes* è stato venduto per quasi 25 milioni di dollari! Vedi anche il sito “ufficiale” di Yaga Labs <https://boredapeyachtclub.com/#/home>

(9) Gli esempi sono innumerevoli: si va dall’ormai celeberrimo e citato collage di Beeple, al primo *tweet* del fondatore di Twitter venduto a 3 milioni di dollari, alle immagini delle *Bored Apes* sopra ricordate, alle opere di *digital art*, ecc.

Termine estratto capitolo

PARTE SECONDA

GIURISPRUDENZA

I

ORGANI INTERNAZIONALI E DELL'UNIONE EUROPEA

1986 CORTE DI GIUSTIZIA UE – 2 settembre 2021 – in causa C-371/20 – Peek & Cloppenburg KG (avv. Auler) c. Peek & Cloppenburg KG (avv.ti Renck, Petersenn).

Il divieto di pubblicità redazionale o advertorial contenuto nel punto 11 dell'allegato I alla direttiva 2005/29, che considera tale forma di pubblicità una pratica commerciale comunque ingannevole, mira a preservare la fiducia dei consumatori nella neutralità dei contenuti redazionali e ad evitare la pubblicità occulta, sia nell'interesse dei consumatori che nell'interesse di eventuali concorrenti dell'inserzionista (1).

Il punto 11 dell'allegato I alla direttiva 2005/29 impone di segnalare chiaramente al consumatore qualsiasi pubblicazione sulla quale un professionista abbia esercitato un'influenza nel proprio interesse commerciale sostenendone i costi, indipendentemente dalla forma in concreto assunta da tale finanziamento (2).

Perché sussista la pratica commerciale comunque ingannevole vietata dal punto 11 dell'allegato I alla direttiva 2005/29 occorre che vi sia un collegamento certo tra il vantaggio patrimoniale fornito dal professionista e il contenuto redazionale a lui favorevole (3).

Il punto 11 dell'allegato I alla direttiva 2005/29 non contiene alcuna previsione circa l'importo minimo del finanziamento fornito dal professionista all'editore, e non esclude che la società editrice possa sostenere essa stessa, nel proprio interesse, una parte dei costi della pubblicazione a contenuto redazionale (4).

Il testo della decisione è pubblicato nel sito della CGUE <curia.europa.eu>.

PAOLINA TESTA

Pubblicità occulta e advertorial (*)

INDICE SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il divieto di pubblicità occulta. – 3. La pubblicità nella direttiva 2005/29/CE. – 4. Prassi applicativa. – 5. La pubblicità occulta oggi.

1. A sedici anni di distanza dall'emanazione della direttiva 29/2005/CE sulle

(*) Questo scritto ha ricevuto un giudizio positivo di un referee.

pratiche commerciali sleali, la Corte di giustizia prende posizione sulla figura disciplinata al punto 11 dell'Allegato I della direttiva, che annovera fra le «pratiche commerciali considerate in ogni caso sleali», e precisamente fra le pratiche ingannevoli, la cosiddetta pubblicità redazionale o advertorial, ossia la condotta consistente nell'«impiegare contenuti redazionali nei media per promuovere un prodotto, qualora i costi di tale promozione sono stati sostenuti dal professionista senza che ciò emerga chiaramente dai contenuti o da immagini o suoni chiaramente individuabili per il consumatore». La sentenza costituisce l'occasione per riflettere sul divieto di pubblicità occulta e per ripercorrerne brevemente le tappe.

2. L'espressione pubblicità occulta riecheggia il titolo di un fortunato saggio degli anni cinquanta del secolo scorso che, agli albori del fenomeno televisivo, metteva in guardia nei confronti dei messaggi pubblicitari subliminali (1), tecnica che non ha avuto applicazione nella realtà se non a livello sperimentale e della quale è rimasta traccia solo nei divieti legislativi (2). L'espressione è invece comunemente utilizzata – insieme ad altre che possiamo considerare sinonime, come pubblicità non trasparente, o pubblicità nascosta, o più raramente pubblicità camuffata – per individuare la pubblicità non identificabile come tale: ossia il messaggio pubblicitario che assume l'apparenza di articolo o servizio giornalistico, di casuale presenza di un marchio nella scena di un film o in uno spettacolo di intrattenimento, di testimonianza o consiglio d'uso di un prodotto proveniente da un personaggio dotato di più o meno estesa notorietà o comunque da un soggetto apparentemente disinteressato.

La pubblicità occulta costituisce una forma particolarmente insidiosa di inganno pubblicitario, che ha ad oggetto non già il contenuto del messaggio, ma la sua fonte e la sua natura: il messaggio che apparentemente non proviene da chi ha interesse a vendere il proprio prodotto non attiva i naturali meccanismi di difesa del consumatore di fronte alla pubblicità e si avvale della credibilità che deriva dall'imparzialità del giornalista o dalla capacità persuasiva del testimonial (3). Per tale sua caratteristica, la pubblicità occulta lede dunque una pluralità di interessi: non solo gli interessi dei consumatori ma anche quelli dei concorrenti, come esemplificato dalla sentenza qui pubblicata (4); costituisce un illecito disciplinare per il giornalista che si presti alla

(1) VANCE PACKARD, *I persuasori occulti*, nell'ultima edizione italiana di Einaudi, Torino, 2015.

(2) L'art. 5 co. 3 d.lgs. 145/2007 vieta «ogni forma di pubblicità subliminale», così come il previgente art. 4 co. 3 d. lgs. 74/1992.

(3) Si vedano sul punto, per tutti, FLORIDIA, *Il divieto della pubblicità camuffata*, in questa *Rivista* 1994, 5 ss.; AUTERI, *La disciplina della pubblicità*, in AUTERI, FLORIDIA, MANGINI, OLIVIERI, RICOLFI, ROMANO, SPADA, *Diritto industriale – Proprietà intellettuale e concorrenza*, V ed., Giappichelli, Torino, 410. In giurisprudenza, ex multis, Cons. Stato 4 giugno 2019 n. 3754; Cons. Stato 12 gennaio 2011 n. 113; Cons. Stato 11 aprile 2003 n. 1929; TAR Lazio, 4 luglio 2011, n. 13953; TAR Lazio, 9 agosto 2010, n. 30466; TAR Lazio, 17 giugno 2010, n. 18462; TAR Lazio, 14 ottobre 2008, n. 8900; TAR Lazio, 21 ottobre 2003 (tutte pubblicate sul sito istituzionale della giustizia amministrativa, www.giustizia-amministrativa.it); nonché, in ambito autodisciplinare, Giurì 396/98; Giurì 150/89; Giurì 73/84; Giurì 11/80 (tutte le pronunce del Giurì di autodisciplina pubblicitaria sono reperibili nella banca dati <https://archivio.iap.it>).

(4) Si veda in argomento COTTAFI, in commento all'art. 5 d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145, in L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, VII

Termine estratto capitolo

II GIURISDIZIONI SUPERIORI ITALIANE

1989 CORTE DI CASSAZIONE – Sez. I civile – ordinanza 27 luglio 2021 n. 21564 – Pres. GENOVESE – Est. TERRUSI – Lorenzo Vanni (prof. avv. Corapi) c. C.O.N.I. Comitato Olimpico Nazionale Italiano e Coni Servizi s.p.a. (prof. avv. Ghia), Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, Ministero dell’Economia e delle Finanze.

La condizione necessaria affinché il progettista acquisti i diritti di cui all’art. 99 l.a. è che il progetto costituisca una soluzione originale di problemi tecnici, vale a dire che in esso si possano rinvenire elementi di novità tali da indurre a una conclusione di effettiva originalità di contenuto tecnico-scientifico delle idee espresse mediante il progetto (1).

L’anteriorità costituita dallo schema tecnico di un gioco a pronostici di amplissima diffusione, ancorché tardivamente allegata dalla parte interessata, può fondare il diniego di protezione ex art. 99 l.a. in quanto fatto notorio (2).

(omissis) Ragioni della decisione

I. - Nell’ordine il ricorrente principale lamenta:

(i) la violazione e falsa applicazione dell’art. 115 cod. proc. civ. nella parte in cui l’impugnata sentenza ha ritenuto non tutelabile ai sensi dell’art. 99 La. l’ideazione de qua utilizzando la scienza privata in rapporto al concorso “Superenalotto”;

(ii) la violazione o falsa applicazione del d.m. n. 363 del 2000 e l’omesso esame di fatto decisivo per avere affermato la banalità del concorso ideato, per pretesa identità di regole tecniche sottese al “Superenalotto”, senza tener conto invece dell’iter di approvazione del concorso “Totobingol” quale nuovo gioco su eventi sportivi;

(iii) la violazione o falsa applicazione degli artt. 101 e 115 cod. proc. civ. per difetto di corrispondenza tra chiesto e pronunciato quanto all’affermazione di non originalità del concorso ideato, che nessuna delle parti, all’atto della cristallizzazione del thema decidendum ai sensi dell’art. 183 cod. proc. civ., aveva messo in discussione;

(iv) la violazione o falsa applicazione degli artt. 183 e 112 cod. proc. civ. per aver considerato tempestiva l’avversa allegazione comparativa col “Superenalotto” in base a un preteso potere di verifica d’ufficio;

(v) la violazione degli artt. 111 cost., 132 e 112 cod. proc. civ. a proposito dell’affermata identità dei settori di applicazione dei due concorsi senza effettiva motivazione e comunque senza osservanza del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato;

(vi) la violazione o falsa applicazione dell’art. 2041 cod. civ. per avere la corte d’appello respinto la domanda di indebito arricchimento sull’errato presupposto della mancata allegazione e dimostrazione della diminuzione patrimoniale subita.

II. - I primi cinque motivi possono essere esaminati unitariamente.

I motivi sono infondati per le ragioni che seguono.

III. - L’ambito (ancora) controverso attiene alla tutela invocata dall’attore ai sensi dell’art. 99 l.a., in ordine ai cd. progetti di lavori di ingegneria o di altri analoghi.

I diritti relativi ai progetti di lavori di ingegneria sono il diritto al compenso e quello esclusivo di riproduzione dei piani e disegni.

La condizione necessaria affinché il progettista possa diventare titolare di tali diritti è che il progetto costituisca “soluzione originale di problemi tecnici”, vale a dire che in esso si possano rinvenire elementi di novità tali da indurre a una conclusione di effettiva originalità di contenuto tecnico-scientifico delle idee espresse mediante il progetto.

Questa Corte, in lontani ma sempre condivisibili precedenti, ha stabilito che la suddetta disciplina può estendersi ai progetti relativi ai concorsi a pronostici.

Tuttavia, poiché i progetti di lavoro tecnico-scientifici possono formare oggetto di diritti connessi con il diritto di autore e godere dell’afferente protezione soltanto quando comportino la soluzione originale di problemi tecnici, è stato affermato che la tutela del diritto d’autore non assiste l’inventore di un gioco per pronostici che non concreti né un’opera dell’ingegno, né - per quanto qui interessa - la soluzione originale di un problema tecnico, ma che, al contrario, si colleghi a concorsi già noti, mutandone semplicemente gli eventi da pronosticare o i relativi simboli o la schedina di gioco (v. Cass. n. 4625-77, Cass. n. 3097-75 e finanche la remota Cass. n. 143-54).

In sostanza ciò vuol dire che di per sé non costituisce soluzione originale di problemi tecnici un’applicazione mera di calcolo di combinazioni matematiche già note rispetto a concorsi a pronostici in competizioni sportive.

IV. - Tale orientamento va in questa sede confermato, né d’altronde esso è messo in discussione dal ricorrente. Il quale invece fin dall’inizio ha sostenuto, per quel che dalla sentenza si evince, che il suo era un progetto con le dette caratteristiche.

L’elemento decisivo della controversia, dunque, riposava (e riposa) nell’interrogativo se il concorso progettato presentasse caratteristiche tali da presupporre l’applicazione di regole tecniche nuove e aggiornate a problemi già noti, ovvero l’applicazione di regole già note a settori nuovi con estensione di conoscenze tecnologiche.

V. - Codesto aspetto, che notoriamente implica valutazioni in fatto istituzionalmente riservate al giudice del merito, è stato risolto negativamente dalla corte d’appello.

La quale ha accertato che nessun elemento di novità caratterizzava il gioco “Zerovanta”, poiché il gioco - secondo l’ideatore incentrato sul far pronosticare il minuto esatto di cui viene fatto il primo goal nelle partite di calcio comprese in un elenco ufficiale, esclusi i minuti di recupero di fine tempo (primo e secondo) - implica uno schema tecnico analogo a quello attuato dalla formula del “Superenalotto”, senza effettiva rilevanza dell’ambito distintivo degli eventi sportivi. E questo perché è da escludere, nella formula impiegata, ogni effettivo collegamento della soluzione tecnica con le partite di calcio. Difatti, come ammesso dallo stesso Vanni, pronosticare il minuto in cui in un gruppo predeterminato di partite verrà segnato il primo goal “è quasi tanto azzardato quanto pronosticare quali numeri usciranno per primi su un gruppo predeterminato di ruote del lotto”.

VI. - L’argomentazione della corte d’appello è idonea a supportare la conclusione assunta, e costituisce valida spiegazione del perché il gioco “Zeronovanta” debba essere considerato avulso dall’ambito dell’art. 99 l.a.

La spiegazione è nel fatto che l’ideatore ha semplicemente applicato regole tecniche note a un settore di gioco sostanzialmente non dissimile, per modalità di determinazione dell’esito del concorso, da quello per il quale erano già applicate. Cosa che la corte capitolina ha tratto dal confronto con la formula del “Superenalotto”, riferita a eventi tecnici (quali i risultati della estrazione del lotto) risolti e resi pubblici in modo identico a quello successivamente impiegato dal ricorrente.

VII. - Le critiche svolte nel ricorso sono a tal riguardo infondate.

Lo sono innanzi tutto sul versante processuale (motivi primo, terzo, quarto e quinto).

La corte d'appello ha esposto la ragione che l'ha indotta a prendere in esame, quale comparativo, la tecnica sottostante la schedina del "Superenalotto", nella misura in cui ne ha rilevato la notoria caratteristica dello schema tecnico in virtù dell'enorme diffusione del gioco in ambito nazionale.

Non può seguirsi il ricorrente in ordine alla affermata violazione dell'art. 115, secondo comma, cod. proc. civ. di riflesso all'uso della scienza privata del giudice, per l'elementare ragione che nel caso concreto il giudice ha fatto ricorso non alla scienza privata ma a nozioni di fatto di comune esperienza. Le quali riguardano fatti acquisiti alla conoscenza della collettività con tale grado di certezza da apparire indubitabili e incontestabili, a fronte invece degli elementi valutativi che implicano cognizioni particolari ovvero nozioni che per avvenuta rientrano giustappunto nella scienza privata del giudice.

È decisivo constatare che la decisione non è stata impugnata deducendo invece l'assunzione, da parte del giudice di merito, di una inesatta nozione di fatto notorio, da intendersi come fatto oggettivamente conosciuto da un uomo di media cultura in un dato tempo e luogo (ex aliis Cass. n. 3550-19, Cass. n. 4428-20). Cosicché la circostanza che quello relativo al "Superenalotto" fosse da considerare uno schema tecnico oggettivamente conosciuto da persone di media cultura rimane intonsa, e rende legittima la parametrizzazione a tale schema dell'ideazione messa in atto dal Vanni, a prescindere dalle allegazioni comparative fatte dalle parti nella fase del processo di primo grado di cui all'art. 183 cod. proc. civ.

Invero è legittima l'inferenza valutativa in ordine all'avvenuta mera replicazione dell'idea sottostante, con semplice applicazione a un diverso settore di gioco.

VIII. - Tenuto conto dei superiori rilievi non si può dire che la valutazione a tal riguardo fornita dalla corte territoriale sia stata viziata da un difetto di motivazione, giacché la motivazione risulta intelligibilmente tradotta dalla comparazione per l'appunto tra i problemi tecnici comuni ai due schemi di gioco; per la soluzione dei quali è d'altronde ancora decisivo osservare che neppure in questa sede il ricorrente ha spiegato in qual senso, invece, la sua ideazione si sarebbe dovuta considerare come soluzione originale.

Ne segue che non possiede alcuna rilevanza la questione relativa all'istituzione del gioco (asseritamente equivalente) denominato "Totobingol" in epoca successiva alla presentazione di "Zeronovanta".

La circostanza non è rilevante poiché a sua volta "Zeronovanta" non era stato ideato, secondo l'accertamento operato dal giudice del merito, con soluzione originale rispetto al già esistente "Superenalotto". E da questo punto di vista è inammissibile il secondo motivo di ricorso, teso a censurare la mancata considerazione dell'iter di approvazione del concorso "Totobingol" quale nuovo gioco su eventi sportivi, dal momento che non è minimamente spiegato perché codesto iter si sarebbe dovuto considerare decisivo a fronte della comparazione operata dalla corte del merito col già esistente "Superenalotto".

Devesi rammentare che, per giurisprudenza oramai consolidata, la deduzione del vizio di omesso esame di cui al novellato art. 360, n. 5, cod. proc. civ. implica la specifica indicazione non solo del fatto storico il cui esame sia stato omesso e del dato, testuale o extratestuale, da cui esso risulti esistente, ma anche e soprattutto della ragione di decisività di quel fatto rispetto alla motivazione assunta dalla sentenza impugnata (v. Cass. Sez. U n. 8053-14).

IX. - Il sesto motivo è inammissibile.

Il ricorrente insiste nel dire che la diminuzione patrimoniale dedotta sub specie di ingiustificato arricchimento del Coni sarebbe stata coincidente "con quanto tale opera avrebbe reso"; cosa che si dice essere stata compiutamente allegata a provata. Ma il ricorso

difetta di autosufficienza, non essendo stato specificato in quale modo sia avvenuta la corrispondente asserita allegazione, volta che la corte territoriale ha affermato, invece, che la questione dedotta a motivo d'appello atteneva alla pretesa di ottenere "il risarcimento da mancato guadagno".

Ciò rende la censura inammissibile in nuce.

E va comunque osservato che, anche a seguirne la formulazione, la tesi del ricorrente finisce sempre per alludere al lucro cessante, in contrasto con la prevalente giurisprudenza di questa Corte secondo cui, in tema di azione di indebito arricchimento, l'indennità prevista dall'art. 2041 cod. civ. va liquidata nei limiti della diminuzione patrimoniale effettivamente subita da chi ha eseguito la prestazione, con esclusione di quanto si sarebbe percepito secondo il titolo (v. Cass. n. 14526-16, Cass. n. 23780-14).

X. - Il ricorso principale è dunque rigettato e il ricorso incidentale condizionato resta assorbito. (omissis)

ROSSELLA RIVARO

La tutela degli schemi di gioco nel diritto d'autore (*)

INDICE SOMMARIO: 1. La tutela dei concorsi a pronostico nella giurisprudenza. – 2. La tutela degli schemi di gioco nel diritto d'autore: idee, idee elaborate, progetti. – 3. La tutela degli schemi di gioco come «lavori analoghi» ai progetti di ingegneria.

1. La sentenza che si annota offre l'occasione per far luce su un equivoco che è andato perpetrandosi nel tempo circa l'astratta proteggibilità degli schemi di gioco a pronostico come progetti di lavori di ingegneria e che, peraltro, sembra riflettere le più generali difficoltà di lettura che hanno interessato l'art. 99 l.a. sin dalla sua introduzione.

La questione oggetto della controversia è se possa essere riconosciuto un diritto a equo compenso ex art. 99 l.a. all'ideatore di un gioco incentrato sul pronostico dell'esatto minuto in cui venga realizzato il primo goal nelle partite di calcio comprese in un dato elenco. Il ragionamento della corte muove da un principio assolutamente consolidato in tema di progetti di lavori di ingegneria – ma, come si dirà, non per ciò solo condivisibile –: e cioè che un progetto meriti tutela soltanto se costituisca la soluzione originale di un problema tecnico, vale a dire a condizione che il contenuto tecnico-scientifico delle idee ivi espresse presenti elementi di effettiva novità e originalità, equiparabili a quelli necessari per accedere alla tutela brevettuale. Il progetto deve quindi importare l'applicazione di nuovi principi o regole tecniche oppure quantomeno l'estensione di principi o regole preesistenti a settori nuovi.

Ciò premesso, la decisione annotata afferma che una simile valutazione può essere riferita e quindi il diritto a equo compenso astrattamente riconosciuto anche all'ideatore dei concorsi a pronostici, senza tuttavia illustrare le ragioni dell'equiparazione di questi schemi di gioco ai progetti di ingegneria veri e propri e limitandosi

(*) Questo scritto ha ricevuto un giudizio positivo di un referee.

III GIUDICI DI MERITO ITALIANI

1995 TRIBUNALE DI ANCONA – 7 dicembre 2021 – Pres. FILIPPELLO – Est. POM-
PETTI – Cioci Angelo (avv. Pierdominici) c. Associazione Gruppo Danza Oggi
(avv. Crippa).

Ai fini della tutela d'autore, la creatività e l'originalità sussistono anche qualora l'opera (nella specie una scenografia teatrale) sia composta da idee e nozioni semplici comprese nel patrimonio intellettuale di persone aventi esperienza nella materia purché formulate e organizzate in modo personale e autonomo rispetto alle precedenti e idonee a manifestare scelte libere e creative (1).

L'autore che agisce per far valere i diritti patrimoniali su un'opera ha l'onere di allegare e provare i profili di novità e originalità della medesima (2).

Il bozzetto teatrale è tutelato ex art. 86 l.a. se sia redatto per iscritto, dettagliato, nuovo e non corrispondente a una mera idea, in modo da consentire la realizzazione della scenografia teatrale tutelata dal diritto d'autore (3).

Il diritto al compenso di cui all'art. 86 l.a. spetta al bozzettista anche nell'ipotesi in cui l'utilizzazione non riguardi direttamente il bozzetto, ma la scenografia che ne è stata tratta (4).

(omissis) Orbene ciò sinteticamente ma doverosamente riportato e passando all'esame del merito delle domande attoree questo Tribunale ritiene che siano infondate e come tali vadano integralmente rigettate.

Si è giunti a tale conclusione sulla base delle motivazioni di fatto e di diritto che si vanno ad illustrare.

La difesa attorea nel rispetto dei termini deputati alla fissazione del “*thema decidendum*” (ovvero atto di citazione e successiva memoria di cui all'art. 183 comma VI n. 1 c.p.c.) ha dedotto (in sintesi e per quanto d'interesse) che:

- Il Cioci aveva personalmente concepito, disegnato e prodotto le scenografie teatrali utilizzate dalla associazione convenuta per lo spettacolo di danza “Hopera” nonché aveva curato il disegno delle luci di scena, come era evincibile dalle locandine pubblicitarie realizzate per lo spettacolo presso il Teatro Sociale di Brescia del 9 ottobre 2015 (ove era possibile riscontrare la paternità del Cioci sia delle scenografie che del disegno luci) nonché da quanto emerso dalla corrispondenza intercorsa fra le parti oltreché da apposito mandato ricevuto dalla convenuta (doc. 8) per la “gestione audio-luci” e delle attività collaterali;

- Il suddetto spettacolo teatrale veniva ripetuto in seguito in altre città italiane, ove nelle relative locandine si poteva ricavare la figura del Cioci l'attribuzione della paternità tanto delle scenografie che del disegno luci;

- le scenografie create dal Cioci consistevano tecnicamente, nel creativo assemblaggio di 3 teli in PVC ignifugo di colore grigio medio, tipo zanzariera, della lunghezza di 1,70 mt, movimentati da 3 motori tubolari ad alta velocità, in ispecie scelti dal Cioci nei motori Blue Garda 20/75 su rullo ad ogiva di lunghezza 1,80 mt, agganciati ad americana piana o altro supporto simile con ganci a C. e poi controllati via Relè DMX della ditta DMX4all.de e poi remotati con MA2 della Grandma Lighting mediante show file ampio e

coinvolsero un ampio e documentato lavoro creativo di autonomo concepimento ed assemblaggio di componentistica varia e la connessione di detta componentistica ai fini della creazione di una particolare scenografia semovente che si coordinava con lo spettacolo di danza cui si riferiva (vedansi docc. 6 e 7: acquisto e impianto di motori e tende mobili);

- il disegno luci coinvolse (come d'uso oggigiorno con i moderni strumenti informatici) la creazione di un autonomo *file* informatico (cd. *show file*) che programmasse l'intero dispiegarsi di accensione e spegnimento luci e variazioni cromatiche di esse durante lo spettacolo, a tempo e in una connessione artistica di colori e modalità con le danze della compagnia teatrale (la riproduzione in stampa è allegata quale doc. 32), e di una pianta luci che ben definisse dove le luci dovessero essere montate, su ogni palco di ogni rappresentazione, per giungere a detto risultato di connessione artistica di colori e modalità con le danze della compagnia teatrale;

- pertanto il Cioci aveva il diritto alla paternità delle proprie opere creative, sia con riferimento alla scenografia che alle luci di scena per lo spettacolo "Hopera ed in particolare aveva il diritto di ottenere che tale paternità venisse riconosciuta una volta per tutte dalla convenuta all'atto della rappresentazione dello spettacolo Hopera che continuava ad essere portato in scena ancora oggi;

- il Cioci vantava diritti patrimoniali sulle predette opere creative ed in particolare aveva diritto al compenso professionale quale autore delle scenografie teatrali per lo spettacolo "Hopera" quantificato in E. 5000,00 come da richiesta (cfr. doc. 20 fasc.) corrispondente all'abituale compenso da questi percepito in altri incarichi (cfr 33);

- il Cioci aveva altresì diritto al compenso per l'opera creativa del disegno luci per lo spettacolo "Hopera", ritenuto incarico autonomo rispetto a quello della scenografia e quantificato in € 2.500,00 all'abituale compenso da questi percepito in altri incarichi; - il Cioci aveva altresì diritto al risarcimento del danno morale (quantificato in € 18.000,00) derivante dal plateale e meschino disconoscimento effettuato dalla convenuta della paternità delle opere creative al predetto commissionate da stimare, tenuto conto della pubblicazione su riviste specializzate e della pubblicità in genere relativa allo spettacolo (cfr. docc. 23 e 24).

Orbene le suddette deduzioni sono rimaste prive di fondamento.

Orbene in diritto va preliminarmente rilevato che:

- Il carattere creativo e la novità dell'opera sono elementi costitutivi del diritto d'autore sull'opera dell'ingegno; ne consegue che, prima ancora di verificare se un'opera possa costituire plagio di un'altra, il giudice del merito deve verificare, anche d'ufficio, se quest'ultima abbia o meno i requisiti per beneficiare della protezione richiesta, e ciò sia sotto il profilo della compiutezza espressiva, sia sotto il profilo della novità (cfr. fra le tante anche in motivazione Cass. Sez. 1, Sentenza n. 24594 del 23/11/2005; Cass. 2011 n. 25173; Cass. 2014 n. 13524);

- La protezione del diritto d'autore di qualsiasi opera, postula, infatti il requisito dell'originalità (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 581 del 2007 anche in motivazione);

- Si pone dunque la necessità di stabilire se l'opera sia o meno frutto di un'elaborazione creativa originale rispetto ad opere precedenti, ancorchè con due importanti precisazioni: che la creatività e l'originalità sussistono anche qualora l'opera sia composta da idee e nozioni semplici, comprese nel patrimonio intellettuale di persone aventi esperienza nella materia propria dell'opera stessa, purché formulate ed organizzate in modo personale ed autonomo rispetto alle precedenti; e che la consistenza in concreto di tale autonomo apporto forma oggetto di una valutazione destinata a risolversi in un giudizio di fatto, come tale sindacabile in sede di legittimità soltanto per eventuali vizi di motivazione Sez.

1, Sentenza n. 581 del 2007 anche in motivazione; si vedano tra le altre, in argomento, Cass. 27-10-2005, n. 20925, e Cass. 2-12-1993, n. 11953);

- Soltanto in relazione ad un'opera che abbia il menzionato requisito dell'originalità, la legge sul diritto d'autore, con l'affermazione di carattere generale di cui all'art. 12 c.c., e l'art. 2577 c.c. attribuiscono all'autore il diritto di sfruttare l'opera (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 745 del 2007);

- La Suprema Corte ha già avuto occasione di chiarire che il concetto giuridico di creatività, cui fa riferimento la norma della L. n. 633 del 1941, ex art. 1, non coincide con quello di creazione, originalità e novità assoluta, riferendosi, per converso, alla personale e individuale espressione di un'oggettività appartenente alle categorie elencate, in via esemplificativa, nell'art. 1 della Legge citata, di modo che un'opera dell'ingegno riceve protezione a condizione che sia riscontrabile in essa un atto creativo, seppur minimo, suscettibile di manifestazione nel mondo esteriore, con la conseguenza che la creatività non può essere esclusa soltanto perché l'opera consiste in idee e nozioni semplici, ricomprese nel patrimonio intellettuale di persone aventi esperienza nella materia. (Cass. 5089/04);

- Il concetto giuridico di creatività, elevato, come visto, a presupposto della tutela accordata dalla legge 633/1941 al diritto d'autore postula che l'opera dell'ingegno sia frutto di «personale e individuale espressione di un'oggettività appartenente alle categorie elencate in via esemplificativa nell'art. 1 della legge» e consiste non già nell'idea che alla base della sua realizzazione «ma dalla forma della sua espressione, ovvero dalla sua soggettività» (Cass., Sez. I, 28/11/2011, n. 25173) o, come di nuovo da ultimo ribadito in ambito eurounitario, «che rifletta la personalità del suo autore, manifestando le scelte libere e creative di quest'ultimo» (C. Giust. 12.9.2019, C-683/17, Cofemel).

- Va osservato a tale proposito che la creatività, nell'ambito di tali opere dell'ingegno, non è costituita dall'idea in sè, ma dalla forma della sua espressione, ovvero dalla sua soggettività, di modo che la stessa idea può essere alla base di diverse opere che sono o possono essere diverse per la creatività soggettiva che ciascuno degli autori spende, e che in quanto tale rileva per l'ottenimento della protezione;

- Non diverso concetto risulta espresso nella relazione che accompagnava il progetto della legge sopra menzionata, nella quale si sottolinea l'esigenza che "l'opera abbia un merito, sia pure modesto, perché altrimenti non avrebbe il valore creativo che giustifica la protezione e che dà all'opera la necessaria originalità". Il carattere di creatività coincide, in sostanza, con quello di originalità rispetto ad opere precedenti e non può essere, quindi, escluso sol perché l'opera sia composta da idee e nozioni "semplici", comprese nel patrimonio intellettuale di persone "aventi esperienza nella materia", tanto più che come autorevole dottrina ha precisato oggetto della protezione del diritto di autore non è l'idea o il contenuto intrinseco dell'opera, ma la rappresentazione formale ed originale in cui essa si realizza, ai fini della comunicazione ai terzi.

Venendo al caso di specie, si deve rilevare il difetto assoluto (totalmente dirimente ai fini di causa) di allegazione e di prova da parte della attrice del fatto (contestato dalla controparte e costituente il titolo della sua pretesa) che la scenografia e le luci dello spettacolo teatrale Hopera avesse profilo di novità ed originalità (si da poter assurgere ad opera tutelabile, alla luce della normativa invocata, dalle altrui condotte di utilizzo).

A tal riguardo è doveroso rilevare che la difesa attorea:

- non ha prodotto in atti nessuno progetto redatto per iscritto né in relazione alla scenografia né in relazione al disegno luci (a tal riguardo è del tutto irrilevante il doc. n. 32 non essendo stato depositato il file informatico né è possibile accertare che si tratta di

una riproduzione in stampa del predetto come invece apoditticamente affermato dall'attore; è del tutto irrilevante anche il doc. n. 38 dal quale non è possibile comprendere cosa effettivamente sia stato oggetto di registrazione di Copyright. Infatti nel predetto emergono solamente le dichiarazioni del Cioci ovvero che si tratta della scenografia per lo spettacolo teatrale di danza denominata Hopera e al predetto commissionata dalla odierna convenuta. Circostanza quest'ultima fra l'altro ivi rimasta indimostrata, come si dirà meglio infra. Invero l'attore non ha neppure prodotto un video della rappresentazione scenica dell'opera per cui è causa);

- Non ha quindi consentito al Tribunale di verificare processualmente se i predetti presentassero profili di novità e di originalità e se quindi potessero essere effettivamente considerati frutto di un'elaborazione creativa ed originale nel senso appena sopra precisato.

- Non ha neanche indicato (a prescindere da siffatto dirimente difetto di prova) quali fossero - secondo la sua prospettazione - i profili di novità e creatività (cfr. il difetto assoluto di allegazione al riguardo entro il cd. *thema decidendum*; cfr. il carattere apodittico e per ciò solo processualmente irrilevante della affermazione attorea di cui all'atto di citazione, pagg. 10 e 11, per cui "*le scenografie create dal Cioci consistevano tecnicamente, nel creativo assemblaggio di 3 teli in PVC ignifugo di colore grigio medio, tipo zanzariera, della lunghezza di 1,70 mt, movimentati da 3 motori tubolari ad alta velocità, in ispecie scelti dal Cioci nei motori Blue Garda 20/75 su rullo ad ogiva di lunghezza 1,80 mt, agganciati ad americana piana o altro supporto simile con ganci a C. e poi controllati via Relè DMX della ditta DMX4all.de e poi remotati con MA2 della Grandma Lighting mediante show file ampio e coinvolsero un ampio e documentato lavoro creativo di autonomo concepimento ed assemblaggio di componentistica varia e la connessione di detta componentistica ai fini della creazione di una particolare scenografia semovente che si coordinava con lo spettacolo di danza cui si riferiva*"; a tal riguardo va rilevato che nessuna rilevanza probatoria hanno le e-mail richiamate dalla difesa attorea e prodotte sub doc. nn. 6 e 7. La difesa attorea non ha neppure dimostrato che il Cioci abbia pagato il materiale oggetto delle richieste di cui alle citata e-mail. Del tutto apodittico è anche l'assunto relativo al disegno luci rispetto al quale la difesa attorea - sempre in citazione- si è limitata ad affermare che: "*il disegno luci coinvolse la creazione di un autonomo file informatico (cd. show file) che programmasse l'intero dispiegarsi di accensione e spegnimento luci e variazioni cromatiche di esse durante lo spettacolo, a tempo e in una connessione artistica di colori e modalità con le danze della compagnia teatrale (la riproduzione in stampa è allegata quale doc. 32), e di una pianta luci che ben definisse dove le luci dovessero essere montate, su ogni palco di ogni rappresentazione, per giungere a detto risultato di connessione artistica di colori e modalità con le danze della compagnia teatrale*". Ma il suddetto file non è stato mai depositato come già sopra rilevato. Inoltre non sono versate in atti pubblicazioni tecniche che ne sanciscano tali qualità ed altresì la riconducibilità allo stesso attore; né controparte ha depositato una perizia giurata atta a certificare tali specifiche caratteristiche. In relazione a quest'ultimo aspetto, ovvero quello delle luci relative allo spettacolo Hopera rappresentato a Brescia, risulta documentato che fra le odierna parti è intercorso un rapporto professionale, regolamentato da apposito contratto scritto prodotto sub doc. 8 del 05/10/2015 nel quale le mansioni al predetto affidate consistevano in 1) messa a punto impianto luci, 2) datore luci durante lo spettacolo; 3) smontaggio degli elementi luci durante lo spettacolo; per tale attività il Cioci ha regolarmente ricevuto compensi, così come analiticamente documentati in termini di fatturazione e corresponsione, cfr. doc. 2 di parte convenuta, e come confermato dallo stesso attore in sede di interrogatorio formale);

Termine estratto capitolo